

Eficacia y oponibilidad de la cesión de créditos: nuevas normas y propuestas, nacionales e internacionales

por

M.^a EUGENIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA REFORMA DEL «MODELO» FRANCÉS:
 - 2.1. LA TRADICIONAL REGULACIÓN FRANCESA.
 - 2.2. EL PROYECTO DE REFORMA DEL ARTÍCULO 1690 DEL *CODE*.
3. NORMAS INTERNACIONALES UNIFICADORAS:
 - 3.1. EL ANTEPROYECTO DE LA ACADEMIA DE PAVÍA.
 - 3.2. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO.
 - 3.3. EL BORRADOR DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA.
 - 3.4. LA CONVENCIÓN DE UNCITRAL SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.
 - 3.5. LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES.
4. DERECHO ESPAÑOL: NORMAS GENERALES Y ESPECIALES SOBRE CESIÓN DE CRÉDITOS. TENDENCIAS Y PROBLEMAS:
 - 4.1. LA INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DE LOS ARTÍCULOS 1526 Y 1527 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA REFORMA DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE COMERCIO.
 - 4.2. CESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS.
 - 4.3. PRENDA DE CRÉDITOS.
 - 4.4. CESIÓN DE CRÉDITOS FUTUROS Y *FACTORING*.

1. INTRODUCCIÓN

Al tratar el tema de los efectos de la cesión de créditos, suele distinguirse entre la eficacia de la cesión entre las partes (cedente y cesionario) y la eficacia frente a terceros propiamente dicha (entre los que se incluye al deudor cedido). Y en el ámbito de los terceros es habitual aludir, además de al deudor cedido, como se ha dicho, a los cesionarios sucesivos y a los acreedores, bien del cedente, bien del cesionario (aunque no siempre se toma en consideración la posición de todos ellos). Ahora bien, después de trazarse esta distinción entre posibles afectados por el negocio de cesión, no siempre se extraen las debidas consecuencias de ella. Suele ocurrir que se separan los requisitos necesarios para que tenga lugar el efecto transmisivo entre las partes (cedente y cesionario) de los presupuestos precisos para que la transmisión pueda afectar a los terceros, incluyendo a todos los terceros en un mismo apartado, excepto al deudor cedido, respecto del que se hacen consideraciones particulares. Mas, si bien es cierto que todos son terceros en relación con el contrato de cesión, no pueden recibir el mismo tratamiento, no ya el deudor cedido, sino tampoco los terceros que son acreedores (ya del cedente, ya del cesionario) o los terceros que son subadquirentes del crédito. Así como para unos debe ser determinante la fecha de la cesión, para otros puede plantearse el juego de la publicidad registral. Y para todos ellos ha de tenerse en cuenta el sistema de transmisión de la propiedad, que habría de aplicarse tanto en las relaciones entre cedente y cesionario, como respecto de los terceros: una vez comprobado si las reglas generales para la producción del efecto traslativo se cumplen en la cesión de créditos y determinado cuándo se produce dicho efecto, cuestión diferente es como afecta la transmisión producida a los terceros.

Por otra parte, en orden a la oponibilidad de la cesión de créditos también es lugar común afirmar que hay tres sistemas: el del momento de la cesión, el de la notificación al deudor cedido, y el de la inscripción registral. Incluso se ha postulado que el criterio no debe ser único, sino que, diferenciando entre la eficacia *inter partes* y la eficacia frente a terceros, procede la aplicación de uno u otro o una combinación de varios. Frente a esta tesis, se analizará si cabe mantener un sistema único para la eficacia de la cesión entre las partes y frente a todos, de manera que, entendiendo producida la transmisión del crédito en determinado momento, el cambio de titularidad afecte a todos, sin perjuicio de que entre los terceros, y a efectos del otorgamiento de determinada protección, no deba confundirse el tratamiento del deudor cedido con el de los acreedores de cedente o cesionario, o el de estos con los cesionarios sucesivos.

Siendo una operación de extraordinaria importancia en el ámbito financiero, la cesión de créditos ha sido objeto de nueva regulación tanto en textos de carácter nacional (así, en las propuestas de reforma de los Códigos, españoles y francés, y en leyes especiales españolas), como en textos de ámbito internacional que pretenden armonizar la disciplina sobre el tema. Pero llama la atención que,

aunque algunos superan varios de los inconvenientes tradicionalmente puestos de manifiesto por la doctrina, otros originan nuevas controversias, dejando también algunos abiertas ciertas cuestiones u ofreciendo soluciones contradictorias, como se irá explicando a lo largo de este trabajo. Todas estas nuevas disciplinas persiguen varios objetivos, como son el de la celeridad y rapidez en la circulación de los créditos, junto con la seguridad de la operación y el no empeoramiento de la situación del deudor; cómo y en qué medida se consiguen estos propósitos es lo que se analizará en estas páginas, tomando como punto de partida ciertos principios ineludibles en aras de la coherencia de cada sistema. Esos principios básicos quedarán sometidos, sin embargo, a ciertas matizaciones cuando la finalidad de la operación de cesión de créditos lo requiera, pues el efecto traslativo pleno no se produce en ciertos casos (como el de la cesión en garantía), o cuando el crédito cedido tenga características particulares, como cuando se trata de un crédito hipotecario o un crédito futuro.

2. LA REFORMA DEL «MODELO» FRANCÉS

2.1. LA TRADICIONAL REGULACIÓN FRANCESA

De todos es conocido que el artículo 1690 del Código Civil francés ha sido referente inexcusable en cualquier aproximación a la cesión de créditos¹. La exigencia de notificación para la eficacia frente a terceros de la cesión, contenida en dicha norma, se ha considerado de tal importancia que la regulación francesa ha constituido un modelo que se ha contrapuesto al germánico, que prescinde de aquella exigencia². La necesidad de notificación ha sido analizada desde

¹ Para una investigación histórica acerca de la formación de las normas del *Code*, GAVIDIA, «La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: la cesión y la transmisión *inter vivos* de otros bienes», en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, IV, págs. 1093-1188.

² Al modelo francés, seguido en Italia, se ha contrapuesto el modelo germánico, en el que el sistema alemán ha encontrado reflejo en el austriaco y en el suizo. Del detenido estudio de GAVIDIA, «Sistemas germánicos de cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1992, I, págs. 53 y sigs.; en particular, págs. 101-113) sobre la regulación alemana anterior a la reforma de 2002, pero que se ha mantenido tras esta, podemos destacar las notas que aquí interesan en un esfuerzo de síntesis: la producción del efecto traslativo en la cesión de créditos depende del convenio de cesión, entendido como un acuerdo de voluntades abstracto que no requiere forma específica, sin que sean necesarios actos posteriores, como la entrega del crédito o la notificación de la cesión al deudor. Las obligaciones que se imponen al cedente, como entregar al cesionario los documentos probatorios del crédito y expedir un documento que acredite la cesión, a requerimiento de aquel, no son condiciones de eficacia de la transmisión, sino tan solo un efecto del contrato, cuya finalidad es facilitar al cesionario la prueba de su adquisición para reclamar el pago al deudor y para enajenar el crédito. Que tampoco sea necesaria la notificación de la cesión al deudor para que se produzca la transmisión es la nota más conocida del sistema alemán codificado frente al francés; desde el primer momento se impuso el parecer de quienes excluyeron la notificación al deudor como requisito

dos perspectivas íntimamente relacionadas, como son la de la oponibilidad del cambio de titularidad del crédito y el sistema de transmisión de la propiedad, en relación con la *traditio*. Ahora, propuesta la reforma del *Code* en materia de cesión de créditos, conviene analizar los problemas originados por la regulación vigente, la interpretación doctrinal y jurisprudencial de la misma, y, sobre todo, la normativa que se propone.

El Código Civil francés dispone en el artículo 1689 que la cesión del crédito se opera entre cedente y cesionario desde la entrega del título. Pero según el artículo 1690 el cesionario solo estará vinculado con los terceros mediante la notificación judicial de la transmisión hecha al deudor; a lo que añade el párrafo segundo que, no obstante, el cesionario podrá estar igualmente vinculado por la aceptación de la transmisión hecha por el deudor en escritura pública. Al deudor cedido se refiere el artículo 1691, estableciendo que si paga al cedente antes de que este o el cesionario le notifiquen judicialmente la transmisión, queda válidamente liberado³.

de eficacia. No obstante, ello no significa que no tenga relevancia, pues, aunque no afecta al sistema traslativo, sí es uno de los medios de protección al deudor. Como el acto de cesión tiene eficacia traslativa sin necesidad de otro acto posterior (entrega o notificación), tras la cesión ya no es el cedente sino el cesionario el titular del crédito y, por tanto: es el cesionario quien puede exigir el pago al deudor o negociar sobre el crédito, son los acreedores del cesionario quienes pueden embargar el crédito y es el cesionario cuya cesión fue la primera eficaz según la fecha el que prevalece en casos de doble cesión. En fin, la abstracción del negocio de disposición y la eliminación de la entrega o la notificación como requisitos del efecto traslativo, favorecen claramente la circulación de los créditos, haciéndola lo más amplia, rápida y segura posible. No obstante, el sistema alemán, tan favorable a las exigencias del tráfico, no implica una total desconsideración del deudor, cuyo interés también se tiene en cuenta: no para regular la producción del efecto traslativo, pero sí para decidir cuándo le es oponible la cesión, estableciéndose un conjunto de reglas de protección del deudor.

En concreto, en el Código Civil alemán vigente se regula la cesión de créditos en los § 398 a 413. De este régimen nos interesa destacar, también resumidamente, las siguientes reglas: básicamente lo que se dispone es que el acreedor puede transmitir el crédito mediante un contrato y con la conclusión del mismo el nuevo acreedor se subroga en el lugar del acreedor precedente (§ 398). El nuevo acreedor debe aceptar la prestación que el deudor realice al acreedor precedente después de la cesión (así como los negocios entre estos sobre el crédito cedido posteriores a la cesión), a no ser que el deudor conociera la cesión en el momento de la prestación (o de la celebración del negocio) (§ 407). En caso de cesión múltiple, esto es, si el acreedor precedente cede de nuevo a un tercero el crédito ya cedido, se aplican por analogía las normas del § 407 en favor del deudor frente al adquirente anterior, si el deudor paga al tercero (o si entre estos se celebra un negocio jurídico) (§ 408). Y se termina disponiendo que el deudor solo está obligado a pagar al nuevo acreedor contra presentación del documento de la cesión expedido por el acreedor precedente (§ 410). Por tanto, a la regla de transmisión del crédito en virtud del contrato se añaden dos relativas al deudor: una, la de la liberación del deudor que paga al cedente mientras no conozca la cesión (que se aplica también en caso de cesiones sucesivas, por analogía), y otra, la de la vinculación del deudor con el cesionario solo contra la presentación del documento de cesión.

³ Una comparación de las regulaciones alemana y francesa en cuanto a los efectos de la cesión respecto de terceros diferentes del deudor cedido, ofrece CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, París, 2001, págs. 459-533.

A propósito de estas normas señalaba Pantaleón que para la generalidad de los autores franceses la entrega del título no es requisito necesario para que se entienda producida la transmisión del crédito entre cedente y cesionario, lo que sucede por efecto del mero consentimiento. Sin embargo, el artículo 1690 hace depender la titularidad del crédito por parte del cesionario, tanto en relación con el deudor como con los terceros, de la notificación mediante agente judicial al deudor cedido o de la aceptación por este en acto auténtico. Ante esta norma, los juristas franceses, explica el autor citado, sostenían que el contrato de cesión tiene eficacia traslativa inmediata de acuerdo con las reglas generales entre cedente y cesionario, pero frente al deudor cedido y otros terceros la cesión solo es eficaz desde el momento de la notificación judicial o de la aceptación por el deudor en acto auténtico⁴. Y como resulta sumamente incongruente, explica Pantaleón, afirmar la eficacia traslativa inmediata de la cesión entre cedente y cesionario y, a la vez, negar tal eficacia respecto del deudor cedido, a la vista del artículo 1690 habría que concluir que, salvo anterior aceptación de la cesión por parte del deudor cedido, el momento traslativo del crédito es el de la notificación de la cesión al deudor; por tanto, habría que atribuir a dicha notificación el papel de requisito constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario, solución esta rechazable incluso para la doctrina francesa. Ahora bien, independientemente de dicha conclusión y ante lo inconsecuente de la postura descrita, termina el autor citado, también algunos autores franceses postularon la eficacia inmediata de la cesión de créditos frente al deudor, respecto del cual las formalidades del artículo 1690 no serían otra

⁴ GAVIDIA, «El sistema italiano de cesión de créditos», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona, 1993, págs. 1395-1434, señala que el sistema del Código Civil italiano de 1865 era fiel reflejo del francés y, por tanto, también para él se realizaba la distinción entre transmisión *inter partes* y en relación a terceros, resultando poco acorde con el principio consensualista (regla general establecida en el art. 1376) de la adquisición del crédito por el cesionario con la perfección del título de cesión, pues era decisiva la notificación al cedido o la aceptación de este. Dicha distinción sufre, sin embargo, alteraciones en el Código italiano de 1942, pues la relación cedente-cesionario queda básicamente como antes (adquisición del crédito con la perfección del título), pero en cuanto a los terceros habría que diferenciar, explica el autor citado. En cuanto al deudor, del artículo 1264. 2 se deduce una clara aproximación a las consecuencias propias del principio consensualista, al reconocer relevancia al conocimiento que de la cesión no notificada ni aceptada tuviera el deudor (no se libera si el cesionario prueba que conocía la cesión, aun no notificada ni aceptada de acuerdo con el apartado 1 del art. 1264, cuando pagó al cedente), con lo que el sistema italiano se separa del francés y se acerca al germánico. Esto, que favorece al cesionario y a la más rápida circulación de los créditos, parece altamente censurable a GAVIDIA, en cuanto supone desprotección del deudor. Y en cuanto a otros terceros, como acreedores del cedente y otros cesionarios, el artículo 1265 mantiene el criterio francés porque la prevalencia se decide por la notificación o aceptación con fecha cierta, lo que, sigue el autor mencionado, refuerza la seguridad de los acreedores (no les perjudica una cesión no notificada ni aceptada), pero hace insegura la adquisición del primer cesionario (pues no la consolida si otra cesión se notifica o acepta antes).

cosa que medios para que la cesión llegue a su conocimiento con el fin de que no pueda ya alegar que pagó de buena fe al cedente⁵.

GAVIDIA mantenía que el sistema de cesión de créditos no debe coincidir necesariamente con el sistema de transmisión de derechos reales⁶. Así, decía, en el Code no coinciden: el de derechos reales es consensualista, mientras que el de créditos sigue requiriendo, como ya sucediera antes del Code, la notificación o la aceptación de la cesión por el deudor, conforme al artículo 1690⁷. No obstante, el significado de esta exigencia de notificación originó diversas interpretaciones doctrinales que, según GAVIDIA, no eran incompatibles entre sí y que tenían mucho de acertadas, si bien se diferenciaban porque unas insistían en unos puntos más que en otros; así, la necesidad de notificación o aceptación se explicó como *traditio* o modo, como requisito de publicidad de la cesión, o como medida de protección del deudor⁸. Este mismo replanteamiento del sistema transmisivo habrá de reproducirse para el ordenamiento español, si bien en sentido inverso, puesto que a partir de la teoría del título y el modo como sistema general para la transmisión del dominio, habrá que analizar si se mantiene también para los cambios de titularidad del crédito.

Hoy puede leerse también en la doctrina francesa que la transmisión del crédito se produce por el mero consentimiento: se trata de un sistema transmisivo consensual⁹. Ahora bien, este efecto traslativo inmediato se limita por algunos

⁵ PANTALEÓN, «Cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1988, IV, págs. 1060-1063.

⁶ GAVIDIA, *La cesión de créditos. Sistema español de cesión de créditos (Formación, sistema traslativo y protección del deudor)*, Valencia, 1993, pág. 206.

⁷ ANDERSON, «La notificación al deudor en la cesión de créditos hipotecarios», en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Tomo I, Madrid, 1999, págs. 1257-1258, explica que la interpretación del artículo 1690 venía marcada por una doble tensión: por un lado, esta norma era reflejo de la teoría del título y el modo, en la que se asentaba el Derecho francés anterior, y de la atribución del valor de *traditio* a la notificación; por otro, la recién estrenada regla del sistema traslativo francés (transmisión *solo consensu*), que exigía una explicación coherente con la misma. La doctrina francesa decimonónica salvó esta dificultad mediante la distinción entre eficacia entre las partes (el cesionario adquiere la titularidad del crédito frente al cedente por el solo consentimiento) y eficacia frente a terceros, incluido el deudor (la adquisición de la titularidad por el cesionario no se produce hasta la notificación de la cesión al deudor o hasta que este haya aceptado en documento auténtico). No obstante, señala también ANDERSON en nota a pie como se refleja en las explicaciones de los comentaristas del Código francés lo paradójico de distinguir diferentes momentos de transmisión del crédito, según a quien se oponga la cesión.

Añade la autora que no todos los comentaristas franceses decimonónicos abandonaron del todo las concepciones del *ancien droit*, requiriendo una toma de posesión por parte del adquirente, no bastando el mero consentimiento para la transmisión de bienes muebles, lo que se traducía en materia de cesión de créditos en equiparar la notificación a la toma de posesión.

⁸ GAVIDIA, «El sistema codificado francés de cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, II, págs. 485-552.

⁹ CASHIN-RITAINE, *ob. cit.*, pág. 311; FLOUR - AUBERT - FLOUR - SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, París, 2004, pág. 240; GHESTIN - BILLIAU - LOI-

autores a las partes, cedente y cesionario, pues la vinculación cedido-cesionario (a efectos del pago del primero o de la reclamación por el segundo), así como la salida del cedente de la relación obligatoria (esto es, la pérdida de su condición de titular del crédito, tanto en relación con sus acreedores, como respecto de cesionarios sucesivos), se sigue aplazando al cumplimiento de la exigencia de notificación o aceptación del deudor¹⁰. Esto conduciría a mantener en la actualidad las dudas sobre el sistema traslativo francés de cesión de créditos, a pesar de adoptarse el sistema *solo consensu* como premisa.

No obstante, las formalidades previstas en el artículo 1690, notificación o aceptación, se interpretan por algunos como requisitos de publicidad, en orden a la oponibilidad de la cesión a los terceros¹¹. Ahora bien, esta interpretación no

SEAU, *Traité de Droit Civil. Le régime des créances et des dettes*, París, 2005, págs. 349-350; TERRÉ - SIMLER - LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, París, 2009, pág. 957; BÉNAVENT, *Droit civil. Les obligations*, París, 2010, pág. 520; MALAURIE - AYNÉS - STOFFEL - MUNCK, *Les obligations*, París, 2011, págs. 763 y 764.

¹⁰ Según FLOUR - AUBERT - FLOUR - SAVAUX, *ob. cit.*, págs. 240-241, 244-245, con anterioridad a la notificación, la cesión produce efecto entre cedente y cesionario, pero no frente al cedido. Este sigue siendo deudor del cedente y no tiene ninguna obligación con el cesionario, que solo se convertirá en acreedor por la notificación o aceptación de la cesión. La jurisprudencia extrae las consecuencias normales del artículo 1690: admite que con anterioridad al cumplimiento de los requisitos de publicidad del artículo 1690 el deudor no puede negar el pago al cedente. No obstante, también hay sentencias contradictorias, que admiten el pago al cesionario y las reclamaciones de este, lo que es denunciado por la doctrina. Sin embargo, esta jurisprudencia presenta menos inconvenientes de lo que parece: el pago del cedido al cesionario podría ser considerado como una aceptación tácita y las reclamaciones del cesionario como un equivalente de la notificación.

La cesión es inoponible a los acreedores del cedente, siguen los autores mencionados, hasta el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 1690. Si el embargo ha sido practicado por los acreedores del cedente antes de dicho cumplimiento, la atribución del crédito al acreedor embargante es plenamente oponible al cesionario, que no será pagado sino sobre el sobrante, si es el caso. Si la cesión se hubiera hecho pública con anterioridad al embargo, es oponible al acreedor embargante, no estando el crédito disponible para el deudor-cedente.

BÉNAVENT, *ob. cit.*, págs. 521-522, explica: antes de la notificación judicial, el deudor continúa vinculado únicamente con su acreedor inicial, al que puede y debe pagar (sin embargo, esta regla resulta atemperada por la idea de fraude: si el deudor conoce la cesión, participaría en un fraude si paga al acreedor inicial). Respecto al cesionario, en cuanto no ha sido investido oficialmente del crédito todavía, no podría reclamar el pago al deudor (también esta regla resulta atemperada por la jurisprudencia: el cesionario no solo puede adoptar medidas conservativas de su derecho, sino también demandar el pago al deudor si ello no perjudica a terceros. Después de la notificación judicial es cuando el cedente sale de la relación obligatoria y ya no podrá reclamar el pago ni tendrá ningún derecho).

En cuanto a los terceros, termina el autor citado, hay que distinguir dos categorías: *a*) para los terceros interesados en que el cedente sea todavía acreedor, la notificación es una medida decisiva: mientras no haya sido efectuada, pueden considerar titular del crédito al cedente (así, los acreedores del cedente, que podrán embargar el crédito, o el segundo cesionario, que adquirirá si notifica antes que el primero); *b*) para los acreedores del cesionario, la notificación no tiene la misma importancia: podrán embargar el crédito antes de la notificación porque no puede el cesionario poner al abrigo el crédito que ha adquirido absteniéndose de notificar.

¹¹ FLOUR - AUBERT - FLOUR - SAVAUX, *ob. cit.*, págs. 232, 239.

clarifica nada desde el momento en que se consideran necesarios los requisitos de publicidad del artículo 1690, no ya en relación con los efectos liberatorios del pago por el cedido de buena fe, admitiendo la eficacia de la cesión frente al mismo conforme al principio consensualista, sino, como se sigue haciendo, para entender que el cesionario no es acreedor del cedido hasta que se produzcan la notificación o la aceptación¹². Destaca, por eso, la explicación de AYNÉS sobre el significado de la notificación al deudor cedido, por cuanto presupone que la cesión es eficaz frente a este, puesto que puede hacerla valer si la conoce y le interesa, aunque también pueda alegar su protección por desconocimiento si es esto lo que le conviene; así, sostiene AYNÉS: las formalidades del artículo 1690 son formalidades de publicidad destinadas a solucionar un conflicto entre los causahabientes del cedente, respecto de los cuales son sustanciales. Pero en relación con el deudor cedido su papel es diferente. La Corte de Casación ha definido los terceros que pueden prevalecerse de la falta de cumplimiento de dichas formalidades: «los que, no habiendo sido parte en el acto de cesión, tienen interés en que el cedente sea todavía acreedor». Este interés no es igual para el deudor cedido que para los otros terceros, señala el autor citado. Al deudor cedido puede interesar que el cedente sea acreedor todavía cuando esa situación produce su liberación: pagó al cedente, o devino acreedor del cedente y puede oponerle la compensación, o el cedente perdonó o disminuyó la deuda; en esos casos interesa al deudor ignorar la cesión realizada. En los demás casos poco le importa que haya cambiado la identidad de su acreedor, e incluso la cesión puede resultarle ventajosa, por ejemplo si deviene acreedor del cesionario: debería poder invocar una cesión de la que tiene conocimiento, incluso si las formalidades del artículo 1690 no se han cumplido. Al cedido interesa conocer la identidad de su acreedor si quiere realizar respecto del mismo un acto que implique su liberación. Por tanto, el principio es que puede legítimamente considerar al cedente como su acreedor en tanto que no haya sido advertido por el cesionario del cambio de acreedor. El simple conocimiento de la cesión, adquirido de forma distinta a la advertencia del cesionario, no debería bastar para hacerle oponible el cambio de acreedor¹³.

La doctrina francesa también critica las severas formalidades requeridas por el Código, por cuanto conducen a hacer de la cesión de créditos un mecanismo pesado¹⁴. La jurisprudencia, por su parte, ha atenuado el formalismo del artículo 1690, admitiendo equivalentes de la notificación y de la aceptación en

¹² TERRÉ - SIMLER - LEQUETTE, *ob. cit.*, págs. 950, 953-955.

¹³ AYNÉS, «Cession de contract, cession de créance: rôle de la signification au débiteur cédé», en *Recueil Dalloz*, 2009, núm. 12, pág. 844.

¹⁴ Sobre el significado de la notificación, la aceptación, el conocimiento y la entrega en el artículo 1690, y su correspondiente juego en relación con el deudor y otros terceros, GHESTIN - BILLIAU - LOISEAU, *ob. cit.*, págs. 347-362.

documento público¹⁵. Se ha señalado que estas decisiones son aparentemente contrarias a otra línea jurisprudencial según la cual hasta el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 1690, el deudor cedido no puede hacer valer la cesión, ni es oponible frente a él. Pero esta aparente contradicción se soluciona por algunos autores mediante una tesis que, como la de AYNÉS anteriormente descrita, no descarta la eficacia inmediata de la cesión también frente al cedido, sin olvidar las reglas de protección del mismo. Todo se explica, dicen, por las dos cualidades que puede tener el deudor cedido: cuando se trata de saber si queda liberado por el pago al cedente o al cesionario, solo cuenta su buena fe, es decir, el conocimiento que pueda tener de la cesión, incluso si las formalidades del artículo 1690 no han sido cumplidas. Basta con aplicar las normas sobre los efectos liberatorios del pago hecho de buena fe. Así se entiende que el cesionario pueda reclamar el pago, haciendo conocer su cualidad de esta manera. Cuando, por el contrario, el interés del deudor es que el cedente siga siendo su acreedor, porque, mientras, él mismo adquirió un crédito compensable contra el cedente, debe ser tratado como un verdadero tercero al que es inoponible la cesión. Todo ello, naturalmente, con la salvedad de que el deudor hubiera conocido la cesión cuando trató con el cedente, del cual podía sospechar la ausencia de la cualidad de acreedor¹⁶.

2.2. EL PROYECTO DE REFORMA DEL ARTÍCULO 1690 DEL CODE

La reforma del Código Civil francés de 1804 perseguía la confrontación del mismo con los Principios europeos de Derecho de los contratos elaborados por la Comisión Lando, con la finalidad de modernizarlo, renovándolo sin destruirlo. Pero CABANILLAS ha señalado que el resultado no coincide con dichos Principios, con los que existen más divergencias que convergencias, así como tampoco con otros textos unificadores, como la Convención de Viena, los Principios UNIDROIT, el proyecto de la Academia de iusprivatistas de Pavía, etc., puesto que ha prevalecido la tradición nacional, si bien incorporando soluciones doctrinales y jurisprudenciales¹⁷.

Por lo que a la cesión de créditos se refiere, el anteproyecto de reforma del Código francés contiene una regulación bastante más compleja. Para empezar, el artículo 1253 prescribe la forma escrita de la cesión, con sanción de nulidad, sin perjuicio de los casos en que la forma auténtica es exigida. Y a continuación

¹⁵ CASHIN-RITAINE, *ob. cit.*, pág. 408; FLOUR - AUBERT - FLOUR - SAVAUX, *ob. cit.*, pág. 233.

¹⁶ MALAURIE - AYNÉS - STOFFEL - MUNCK, *ob. cit.*, págs. 764-766.

¹⁷ CABANILLAS, «El anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)», en *Anuario de Derecho Civil*, 2007, II, págs. 621-627, 631-633.

distingue el artículo 1254, estableciendo normas separadas, la oponibilidad de la cesión de créditos a los terceros y a los cesionarios sucesivos, por un lado, y la oponibilidad de la transmisión al deudor, por otro. Comienza, así, el artículo 1254 disponiendo que el establecimiento del acto transmisivo (venta, donación u otro título particular, según el art. 1251) basta, por sí mismo, para operar la transmisión del crédito, y desde ese momento esta se considera hecha respecto de terceros y les es oponible sin formalidad; si los terceros discuten la fecha de la cesión, la prueba de su exactitud incumbe al cesionario, que puede llevarla a cabo por todos los medios (apartado inicial); finalmente, el conflicto entre cesionarios sucesivos de un mismo crédito se resuelve a favor del primero en la fecha, cuya prueba se lleva a cabo por todos los medios (apartado tercero). Sin embargo, la cesión de créditos solo es oponible al deudor por la notificación hecha, en papel o en forma electrónica, por el cedente o por el cesionario (apartado segundo).

Por tanto, así como el Código vigente supedita a la notificación de la cesión tanto la eficacia de esta respecto de terceros como la liberación del deudor cedido, el anteproyecto de reforma prescinde de tal notificación con relación a los terceros, para los que solo es relevante la fecha de la transmisión por venta o donación (igual que para los cesionarios sucesivos), aunque mantiene la exigencia de notificación respecto del deudor cedido. Con ello, se ha dicho, se trata de asegurar los derechos del primer cesionario, mientras que se mantiene una protección eficaz del deudor cedido.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto, SYNDET explica que en un Código Civil renovado debe existir un lugar para organizar de manera más homogénea el comercio jurídico de los créditos, aludiendo al régimen de las cuatro operaciones reguladas en el Código (subrogación, novación, delegación y cesión de créditos), de carácter obsoleto o marcado por su imprecisión. La circulación de los créditos constituye una parte no insignificante de la economía moderna, sigue, y los profesionales del dinero y del crédito tienen una necesidad imperativa de eficacia, seguridad y rapidez. Desde esta perspectiva, los textos del Código Civil presentan preocupantes insuficiencias y, afirma SYNDET, si se desea que el Código Civil no se convierta en un repertorio antiguo, sino que constituya la base legal del comercio jurídico en materia de créditos, es preciso proponer una renovación profunda de las soluciones. Eso es lo que se ha hecho en el proyecto. Una de las novedades es el abandono del «célebre artículo 1690» (así lo califica SYNDET): la exigencia de notificación constituye una formalidad pesada y, a menudo, desalentadora; el sistema propuesto es profundamente diferente. Así, reposa sobre una norma de forma y una distinción. Tanto en las relaciones entre partes como respecto de terceros, la transmisión del crédito se considera realizada desde la conclusión del acto (art. 1254); las formalidades a fin de oponibilidad desaparecen y una norma probatoria, relativa a la fecha del acto (art. 1254. 2), permite conjurar el riesgo de antifecha. En cambio, tratándose

de la oponibilidad de la cesión al deudor cedido, una notificación escrita (pero sin intervención necesaria de un oficial público) es exigida: es preciso que el deudor sepa, sin ambigüedad, a quien debe pagar¹⁸.

Algunos autores franceses han visto en esta regulación una nueva disociación en la transmisión de la propiedad del crédito, puesto que el sistema sería distinto en función de a quién se quiera hacer oponible: las partes del contrato y los terceros distintos del deudor (acreedores del cedente y cesionarios sucesivos), por un lado, y el deudor cedido, por otro. Y esta nueva disociación se ha explicado por la protección que permite dispensar al primer cesionario y al deudor cedido. Así, se considera protegido al primer cesionario contra derechos concurrentes desde el acto de la cesión, en la medida en que es este acto el que hace oponible a los terceros la transmisión del crédito. Y en cuanto al deudor, sus intereses quedan salvaguardados porque solo la notificación le hace oponible la cesión¹⁹.

A pesar de la aproximación al sistema germánico que supone, y a pesar también de que se halla en la línea de la doctrina y de la jurisprudencia que flexibilizan las exigencias del artículo 1690, el anteproyecto de reforma de este artículo no ha estado exento de críticas, que se centran en el periodo intermedio entre la cesión y la notificación.

PETIT analiza si con la regulación del anteproyecto se logra en la cesión de créditos la seguridad que se fijaba como uno de los objetivos de la reforma. Y concluye que dicha seguridad es difícilmente compatible con la regla *prior tempore potior iure* que se establece para solucionar los conflictos entre sucesivos cesionarios de un mismo crédito; el sistema de oponibilidad inmediata de la cesión origina un riesgo de aumento de los conflictos en caso doble cesión del crédito, que podría salvarse organizando un sistema de publicidad de la cesión que impusiera al deudor cedido una obligación de información de las cesiones de las que tuviera conocimiento. Por otra parte, no aborda el anteproyecto, dice, la cuestión de los medios del primer cesionario que no puede reclamar el pago al cedido porque este ya pagó de buena fe a un segundo cesionario, acreedor aparente. Y, finalmente, respecto del deudor cedido, si la cesión le es oponible solo desde la notificación, no tendría que respetar esta durante el periodo que media entre la cesión misma y su notificación; por tanto, resulta que una novación, una remisión de la deuda, una prórroga del plazo, etc, acordada con el cedente con posterioridad a la cesión pero antes de la notificación, constituirían excepciones oponibles al cesionario. La regla sobre inoponibilidad de la cesión al cedido hasta la notificación se justifica para la protección del mismo, ya que ha de poder liberarse pagando al cedente mientras ignore la cesión; pero refuerza considerablemente la posición del cedido y crea grandes riesgos para el

¹⁸ CABANILLAS, *ob. cit.*, págs. 710-712.

¹⁹ EMY, «A propos de l'opposabilité d'une cession de créance. Reflexions sur l'avant projet de réforme du droit des obligations», en *Recueil Dalloz*, 2008, III, pág. 2890.

cesionario, que puede ver desaparecer el crédito cedido por las maniobras de un deudor cedido deshonesto. La solución, que debe conseguir el equilibrio entre los intereses del cedente y del cedido, termina PETIT, pasa por cierta reforma del anteproyecto: mantener la regla sobre oponibilidad inmediata de la cesión a los terceros, incluido el deudor cedido, que debe respetarla, quedando fijada la extensión del crédito desde el establecimiento del escrito de cesión; pero admitir el pago liberatorio por el deudor a aquel que piensa que es su acreedor, en tanto no haya sido advertido de la cesión²⁰.

A juicio de EMY, la disociación de campos de oponibilidad derivada de la regulación propuesta conlleva automáticamente considerables dificultades de orden teórico y práctico, que podrían justificar el mantenimiento de la solución actual: una fecha de oponibilidad de la cesión común a los terceros y al deudor cedido²¹. La elección del anteproyecto, explica el autor citado, consagra un nuevo punto de equilibrio en la cesión de crédito, operación corriente que precisa una mejor protección del cesionario. Sin embargo, sigue, esta cuestión debe ser analizada no solo en términos de política jurídica, sino también en términos de técnica jurídica. Y desde este punto de vista el sistema propuesto no es verdaderamente eficiente, por dos razones. El periodo clave entre la cesión y la notificación está caracterizado por una disociación de la propiedad del crédito entre el cedente y el cesionario. Y, según EMY, la transmisión de la propiedad de un bien, cualquiera que sea, no puede diferenciarse según las personas a quien se quiere oponer. Aplicado a la cesión de créditos, la idea de dos campos de oponibilidad distintos en el periodo mencionado se traduce en dos afirmaciones para EMY: la primera, el crédito existiría a la vez en el patrimonio del cedente, desde la perspectiva del cedido, y en el patrimonio del cesionario, desde la perspectiva de los terceros; se trataría, por tanto, de un bien dotado del don de la ubicuidad. La segunda, aquel que es titular del crédito *erga omnes* no lo es desde la perspectiva del cedido y, por tanto, no puede obtener la ejecución de su derecho hasta la notificación, lo que el cedente podría hacer aunque se supone que no es el titular del derecho; se trataría, por consiguiente, de un crédito cuyo titular no es el acreedor. Así pues, la disociación en la transferencia de la propiedad implica un régimen jurídico potencialmente perjudicial para todos los implicados. La consecuencia necesaria de la norma sobre oponibilidad a los terceros desde el momento de la cesión es que la objetividad y fiabilidad derivadas actualmente de la notificación judicial van a desaparecer y dejar paso a la incertidumbre de la fecha de la cesión. Y aunque, consciente de las posibilidades de fraude, el anteproyecto instaura un sistema probatorio específico, no será suficiente, según EMY, para reprimir la inseguridad jurídica.

²⁰ PETIT, «Réflexions sur la sécurité dans la cession de créance dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations», en *Recueil Dalloz*, 2006, núm. 41. págs. 2819-2824.

²¹ EMY, *ob. cit.*, págs. 2886-2893.

Según EMY, la idea de disociación en la transmisión de la propiedad (desde el establecimiento del acto entre las partes y respecto de terceros, y desde la notificación para el deudor cedido) revela una contradicción fundamental desde el punto de vista teórico. Así, resultaría que dos derechos de propiedad van a coexistir en un mismo lapso de tiempo; pero según la lógica del sistema jurídico, aplicable a todos los bienes, no se puede dividir la propiedad de un bien en dos campos de oponibilidad distintos. Por otra parte, la disociación entre la transmisión *inter partes* y la transmisión respecto de terceros no figura en el Código, a pesar de la redacción imprecisa del artículo 1690, que no hace referencia a una transmisión *inter partes*. Aunque sobre la cuestión hubo en la doctrina dos tesis contrapuestas, y también decisiones contradictorias en la Corte de Casación, la mejor doctrina ha concluido, explica EMY, que en relación con la cesión de créditos, no existe la transmisión de propiedad *solo consensu*. En el mismo sentido, no es de recibo la tesis que, contraria a la rigidez de la actual notificación judicial, postula que el simple conocimiento por el cedido puede bastar para hacer oponible la cesión frente a él: bien, porque conduciría a sacrificar al cedido, que podría pagar dos veces (si otro cesionario notifica su cesión), bien porque haría de ese conocimiento el pivote de la oponibilidad *erga omnes* de la cesión.

Continúa EMY preguntándose por la utilidad de un derecho de propiedad sobre un crédito oponible a todos, salvo al cedido. El acreedor cesionario podría hacer todo con ese crédito, excepto ejercitar su contenido; por el contrario, sería el cedente quien podría obtener todas las utilidades, incluso ceder a un tercero su derecho oponible exclusivamente al deudor cedido. Por otra parte, el anteproyecto establece que el conflicto entre cesionarios sucesivos se resuelve a favor del primero en la fecha, pero no precisa cómo debe actuar el cedido que recibe varias notificaciones antes de haber pagado (¿le corresponde la carga de la prueba de las fechas de los actos de cesión?), ni determina la solución en estos casos de doble cesión (¿debe prevalecer la oponibilidad del derecho del primer cesionario en virtud del art. 1254 o la oponibilidad del derecho del segundo cesionario que ha notificado el primero al amparo del art. 1254.2?). Estas hipótesis reposan sobre el postulado que EMY rechaza, la posibilidad de disociar la transmisión de la propiedad, y se evitarían incluyendo en el anteproyecto una fecha de oponibilidad (de transmisión de propiedad *erga omnes*) común a todos.

Finalmente, destaca EMY los problemas de prueba para determinar la fecha de la cesión, de manera que el sistema actual cuenta con la ventaja de regular eficazmente la cuestión de las fechas de oponibilidad, a partir de las notificaciones judiciales. Y termina señalando la

posible frustración del objetivo de protección del primer cesionario, quien, por el contrario, tendrá sumo interés en notificar rápidamente para asegurar totalmente su posición; mientras no lo haga, el cedente, todavía acreedor frente al cedido, puede realizar un buen número de operaciones que puede perjudicar los intereses del cesionario.

Como conclusión rechaza el autor citado la oponibilidad *erga omnes* (también respecto del cedido) de la transmisión de la propiedad desde la fecha del acto de cesión, porque esta opción, si bien no tropieza con ningún obstáculo teórico, es peligrosa en la práctica, ya que desplaza al cedido la casi totalidad de los inconvenientes de la operación, incluso sin haber sido parte en ella. Por eso, los redactores del anteproyecto no se equivocaron al tener en cuenta la necesaria protección del cedido. Espera EMY que la reforma de la cesión de créditos sea menos revolucionaria y conserve las bases del sistema actual, del cual constituye la piedra angular la información entregada al cedido. Bastaría con sustituir la notificación judicial por una simple notificación para poner fin a la pesadez del sistema actual. Incumbiría al cesionario diligente realizar esta formalidad para consolidar plenamente su derecho. Esta notificación continuaría asegurando la oponibilidad *erga omnes* de la transmisión de la propiedad, lo que evitaría una disociación en la transmisión de la propiedad, así como un nuevo conflicto en relación con la fecha de la transmisión, y aseguraría de manera equitativa la protección de intereses diferentes. La notificación podría ser indispensable para asegurar la efectividad (e incluso la oponibilidad a terceros) del derecho del primer cesionario.

Los problemas planteados por los autores franceses citados ya habían sido analizados, y algunos superados, por la doctrina española ante la necesidad de clarificar el sistema español de cesión de créditos. Descansando la regulación española en una regla de eficacia de la cesión frente a los terceros (el art. 1526, que también se refiere a la fecha del acto), junto con una norma de protección del deudor cedido (el art. 1527, que no exige la notificación, pero sí regula la trascendencia del conocimiento de la cesión por el mismo), también se hizo necesario aclarar cuando se produce la transmisión del crédito, tanto entre las partes como frente a terceros, incluido el deudor, todo ello en relación con el sistema de transmisión de la propiedad. Por eso, algunas respuestas a las cuestiones expuestas por la doctrina francesa se encuentran sin dificultad en las tesis que ya tuvo ocasión de mantener la doctrina española. Asimismo, algunos de los temas planteados para la regulación francesa que ahora se propone encuentran reflejo en los que, a su vez, suscitaron las propuestas unificadoras de la cesión de créditos en el ámbito internacional. Y, de otro lado, ¿se ha seguido, como se pretendía, en la propuesta de reforma francesa lo dispuesto en los PECL para la cesión de créditos?

3. NORMAS INTERNACIONALES UNIFICADORAS

En los textos unificadores redactados para el ámbito europeo se adoptan normas sustantivas, como es lógico si se presentan como alternativa al Derecho Internacional Privado, pese al riesgo de confrontación con el Derecho interno de cada Estado, peligro este que sí ha supuesto un obstáculo para la unificación en materia de sistema de transmisión de la propiedad en general. Esto se destaca por cuanto pone de manifiesto que, como queda demostrado en este trabajo, no ha de ser igual el sistema traslativo de la propiedad y los derechos reales que el sistema de transmisión de los créditos. No obstante, el señalado es un riesgo con tendencia a disminuir si se tiene en cuenta la inclinación de los Derechos nacionales a la admisión del sistema de adquisición del crédito por el mero acuerdo entre cedente y cesionario, bien por la reforma del Derecho positivo, bien por una interpretación doctrinal del mismo, bien porque fuera ya el sistema tradicionalmente admitido.

Comenzando por los textos normativos que pretenden unificar el Derecho privado en Europa, han de mencionarse el Anteproyecto de Pavía, los Principios Lando y el borrador de Marco Común de Referencia. Los Principios de Derecho Contractual Europeo elaborados por la Comisión Lando eran la referencia a considerar para la reforma del Código Civil francés, como ya vimos, y también han sido uno de los referentes para las propuestas de reforma de los Códigos civil y de comercio elaboradas por la Comisión General de Codificación en España, por lo que resulta obligada la referencia a ellos, así como a los textos que los precedieron y a los posteriores que los han superado, y, en particular, al borrador del Marco Común de Referencia.

3.1. EL ANTEPROYECTO DE LA ACADEMIA DE PAVÍA

El Anteproyecto de Código europeo de contratos, elaborado por la Academia de iusprivatistas europeos con sede en Pavía, recogió en el artículo 122 (apartados 1 a 3) para la cesión de créditos tanto la tradición alemana como la tradición francesa²²; así, la cesión, que no requería forma alguna ni el consentimiento del deudor, se podía realizar de dos maneras: una, mediante un primer contrato causal por el que el cedente se obliga a ceder el crédito al cesionario, teniendo lugar la cesión por un segundo contrato abstracto (tradición alemana); otra, por efecto del simple consentimiento, prevaleciendo este segundo modo en caso de duda (tradición francesa). La combinación de modelos, francés y germánico,

²² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «Cesión de créditos», en Carlos VATTIER *et al.* (dir.), *Código europeo de contratos. Academia de iusprivatistas europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al profesor don José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Tomo II, Madrid, 2003, pág. 490.

se observa también en los siguientes apartados del artículo 122; así, continúa el apartado 4 regulando los efectos frente al deudor cedido, que se producen cuando le es notificada la cesión o cuando la acepta, salvo que el cesionario pruebe que conocía la cesión (todavía no notificada ni aceptada) cuando pagó al cedente, en cuyo caso no queda liberado. Y termina el apartado 6 del artículo 122 con la oponibilidad de la cesión a terceros, que se produce por el hecho de que el contrato, la comunicación o la aceptación sucesiva resulten de documentos que tengan fecha cierta, a menos que se pruebe que los terceros tenían conocimiento de la cesión misma; y si el mismo crédito hubiera sido objeto de muchas cesiones a personas diferentes, prevalece la cesión que primero ha sido comunicada al deudor o que haya sido aceptada en documento fehaciente.

La relevancia del conocimiento de la cesión por el deudor cedido o por los otros terceros supone una aproximación al modelo alemán, mientras que la importancia de la notificación al deudor (o la aceptación por este en documento fehaciente) para la eficacia de la cesión frente al mismo y en los casos de cesiones sucesivas recuerda al modelo francés (tanto anterior como posterior a la reforma del Code). Esta combinación de notificación y conocimiento de la cesión es similar a la que después se estableció en los Principios Lando, por lo que nos remitimos a lo que para ellos se dirá. Por lo demás, la norma establecida para el caso de cesiones sucesivas supone inseguridad para el cesionario, que debe ser rápido en notificar para impedir que prevalezca la adquisición de un segundo cesionario que notifica antes, y no resulta coherente con un sistema consensual de transmisión de los créditos que se quiere adoptar como punto de partida, de acuerdo con el cual el cesionario que adquiere el crédito es el primero en celebrar el contrato (que tenga fecha cierta). No obstante, también a propósito de los PECL habremos de volver sobre una norma similar.

3.2. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Los Principios de Derecho Contractual Europeo elaborados por la Comisión Lando ya advertían, en la introducción a la Parte III, de la diversificación que debía hacerse entre las transmisiones de créditos y las transmisiones de la propiedad de muebles o inmuebles, de manera que el capítulo dedicado a la cesión de créditos no cubría estas últimas, ya que el concepto de crédito, entendido como derecho a exigir el cumplimiento de una obligación, no comprendía la propiedad de los bienes o la propiedad intelectual. En el análisis general del capítulo 11, tras destacar la importancia de la cesión de créditos en el ámbito de los negocios y de las finanzas en todos los países europeos, se dice que los Principios tratan de encontrar un equilibrio entre varios puntos de vista: las necesidades del comercio, que inclinan a prescindir del consentimiento del deudor, y el peligro que ello supone para este, junto con los riesgos a que queda

sometido el cesionario. El objeto de la regulación, se dice al comentar su ámbito de aplicación, es facilitar la cesión de créditos, asegurando al mismo tiempo que los derechos del deudor no resulten perjudicados por la cesión. ¿Con qué normas trata de conseguirse ese equilibrio?²³

El artículo 11: 201 dispone que la cesión de un crédito transmite al cesionario todos los derechos que tuviera el cedente en torno al cumplimiento del crédito cedido. Y el artículo 11: 202 establece que la cesión surte efecto en el momento en que se celebra el acuerdo de cesión, o el momento posterior que convengan cedente y cesionario.

En el comentario al artículo 11: 201 se especifica que solo afecta a las relaciones cedente-cesionario, porque la cesión no obliga por sí misma al deudor a cumplir a favor del cesionario; esta obligación solo nace en los casos en que se cumplan las condiciones del artículo 11: 303. Nada se aclara sobre el ámbito del artículo 11: 202.

De acuerdo con estas normas, pues, si la transmisión del crédito en virtud del acuerdo se ciñe a las relaciones cedente-cesionario, excluyéndose al deudor cedido, respecto del que es precisa la notificación, según vamos a ver inmediatamente, ¿ello implica una disociación, de nuevo, del sistema transmisivo en función de quien vaya a resultar afectado por el mismo? Así, en relación con el deudor, es necesaria la notificación para que resulte obligado frente al cesionario, requisito que se extiende al caso de cesiones sucesivas para elegir al cesionario que puede recibir el pago, según el apartado 1 del artículo 11: 401, que inmediatamente veremos. Mas el cesionario es el nuevo titular del crédito desde que se convino la cesión, en virtud del artículo 11: 202, lo que se aplica en el conflicto del mismo con los acreedores del cedente, tal y como establece el apartado 2 del artículo 11: 401, lo que se confirma en los apartados 3 y 4, como enseguida se verá.

Pues bien, si el cesionario puede ejercitar contra los acreedores del cedente una tercería de dominio o un derecho de separación en el concurso, en los casos de embargo del crédito por aquellos o en los supuestos de insolvencia del cedente, ambas cosas desde que se convino la cesión, ¿cómo se puede afirmar, a la vez, que no puede exigir el cumplimiento al deudor? Si el cesionario es titular del crédito desde la celebración del contrato con el cedente, no tiene sentido que lo sea frente a los acreedores ante la eventualidad del embargo o concurso, o que también lo sea para sus propios acreedores y subadquirentes, y, en cambio, no lo sea para la reclamación del pago al deudor; autorizadas voces han señalado lo absurdo que resulta que el derecho de crédito no se

²³ REPRESA, *La cesión de créditos: eficacia entre las partes y respecto de terceros*, Madrid, 2011, págs. 58-60.

pueda ejercitar frente al deudor. Esta incongruencia solo se salva admitiendo que el cesionario es titular del crédito *erga omnes*, pudiendo incluso reclamar el cumplimiento al cedido, sin perjuicio de que este pueda exigir que se acredite la cesión (un documento sobre la cesión suscrito por el cedente) y de que el desconocimiento por el mismo de la cesión sea determinante en orden a los efectos liberatorios del pago al cedente.

Los efectos en relación con el deudor se contemplan en el artículo 11: 303, del que destacan varias reglas: el deudor solo está obligado a cumplir a favor del cesionario cuando reciba la notificación escrita de cedente o cesionario; si conoce la cesión por vías distintas, el deudor puede optar por suspender el pago o cumplir a favor del cesionario; si el deudor paga al cedente, solo queda liberado si lo hizo ignorando la cesión.

Y se añade en el comentario a este artículo que al deudor no se le puede exigir que pague al cesionario, salvo que se le notifique la cesión; si conoce la cesión (comunicación no escrita u otras vías) es libre de actuar, pero lo que no puede hacer es pagar al cedente, pues desde que tiene noticia de la cesión ya no está legitimado para pagar al cedente (sería de mala fe) y, si lo hace, se arriesga a tener que pagar una segunda vez al cesionario. La mayoría de los ordenamientos, aclaran las notas a este artículo, protegen al deudor estableciendo que, salvo que reciba una notificación escrita o acepte la cesión, no resulta obligado a pagar al cesionario, si bien puede quedar liberado si paga al cesionario cuando tiene noticia de la cesión; se exceptúa el Derecho español, en el que, se dice en las notas, el conocimiento del deudor se considera equivalente a la comunicación a todos los efectos, por lo que si un deudor tiene noticia de la cesión deberá pagar al cesionario aun cuando no haya habido comunicación; y en el Derecho francés (se dice para el anterior a la reforma) se exige que el deudor pague al cedente, incluso cuando el deudor sea consciente de la cesión, si no ha recibido comunicación o no ha aceptado la cesión.

También estas reglas merecen ser comentadas: si el cesionario es el nuevo acreedor y, por tanto, como tal, puede reclamar el cumplimiento, ha de considerarse obligado al deudor a cumplir frente a él. Prueba de la incongruencia que encierran las normas expuestas es que si la vinculación del cedido con el cesionario dependiera de la notificación, no debería admitirse la liberación del deudor por pago a un acreedor (el cesionario) respecto del que no está obligado hasta dicha notificación, y debería admitirse el pago al cedente, con el que mantiene su vinculación hasta la notificación; sin embargo, si conoce la cesión, se dice, no queda liberado por el pago al cedente y es eficaz el pago al cesionario. Habrá que reconocer, entonces, que sí, una vez que conoce la cesión,

el cedido queda liberado pagando al cesionario, es porque está vinculado con él, sin perjuicio de que se proteja su buena fe al pagar a un acreedor aparente cuando paga al cedente ignorando la cesión. Y, afirmado que el cedido está obligado a pagar al cesionario, otra cosa es que la cautela aconseje no hacerlo mientras no se le notifique la cesión por el cedente o por el cesionario, aunque en este último caso acompañando un documento sobre la cesión expedido o suscrito por el cedente. Por tanto, lo que complica las cosas es el establecimiento de una notificación al deudor como requisito de su vinculación con el cesionario²⁴, obviando que la obligación del deudor frente al cesionario existe desde el acuerdo de cesión cedente-cesionario.

Lo que más dudas suscita es el tratamiento que debe recibir el conocimiento de la cesión por el deudor sin que se le haya notificado. Partiendo de que queda liberado el deudor que paga al cedente sin conocer la cesión, y si algún sentido ha de tener esta norma, habría de concluirse que no se libera el cedido que paga al cedente conociendo la cesión. ¿Qué ha de hacer entonces el deudor cuando conoce la cesión por vías distintas a la notificación? En el comentario al artículo 11: 303 se dice que en Derecho español el conocimiento equivale a la comunicación, de manera que el cedido ha de pagar al cesionario. Los autores que más detenidamente han estudiado la cuestión, PANTALEÓN y GAVIDIA, coinciden en fijar en el de la notificación (por el cedente o por el cesionario que, además, acompañe un documento relativo a la cesión suscrito por el cedente) el momento a partir del cual si el cedido paga al cesionario, lo hace sin riesgo, lo que se comparte en la doctrina del Tribunal Supremo²⁵; y respecto del mero conocimiento de la cesión, sin notificación, ambos autores se inclinan por el pago al acreedor originario²⁶. Y en la jurisprudencia pueden

²⁴ Así también las SSTs 19-2-2004 (Ar. 1427) y 13-7-2004 (Ar. 4671). Sin embargo, la STS 1-10-2001 (Ar. 7138) afirmó que sea cual fuere la fecha en que se hizo la cesión, el deudor estará siempre obligado frente a quien ostente legalmente la titularidad del crédito; frente al deudor cedido tan solo ha de probarse la cesión por el que reclama el pago.

²⁵ SSTs 15-3-2002 (Ar. 1891), 12-12-2002 (Ar. 305), 20-10-2003 (Ar. 7759) y 11-3-2008 (Ar. 4044).

²⁶ Según PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., págs. 1067-1068, 1070-1078, salvo algunos casos (al deudor le resulta sencillo contactar con el acreedor originario o son convincentes las alegaciones del presunto cesionario que entrega una notificación), en los demás hará bien el deudor en pagar al acreedor originario; si luego resulta que el presunto cesionario es el verdadero cesionario, él habrá quedado liberado *ex* artículo 1527 del Código Civil: ni la mera notificación de un sedicente cesionario puede considerarse conocimiento de la cesión, ni podría considerarse de mala fe al deudor que paga al originario acreedor pese a dudar o estar convencido de la existencia de una cesión verdadera y válida del crédito. Si el deudor paga sin más al presunto cesionario, por más que su honestidad y alegaciones resulten convincentes, lo hará a riesgo de tener que volver a pagar al acreedor originario si este tenía razón. El deudor no correrá riesgo no pagando al sedicente cesionario: el deudor no puede ser condenado a pagar a quien le reclame como cesionario sin el respaldo, bien de una notificación escrita de la cesión por parte del originario acreedor, bien de un documento otorgado por este en el que conste el contrato de cesión. En modo alguno puede considerarse conocimiento de

encontrarse resoluciones partidarias de la consignación o del pago al acreedor originario²⁷.

Por último, el orden de prelación se establece en el artículo 11: 401, del que se extraen los siguientes principios: en caso de cesiones sucesivas, según el apartado 1 tiene preferencia el cesionario que antes haya comunicado la cesión al deudor si en el momento de la última cesión el último cesionario ignoraba o no tenía obligación de conocer las cesiones anteriores; pero en virtud del apartado 2, sin perjuicio de lo anterior, la preferencia se determinará conforme al orden en que aquellas hubieran tenido lugar. El sistema se completa con lo que previamente dispone el artículo 11: 204, que establece, entre las obligaciones del cedente, que este se compromete a que tendrá derecho a ceder el crédito, y a que el crédito no se haya cedido previamente, ni sometido a garantía, carga o gravamen alguno a favor de otra parte; lo primero significa que el cedente debe ser titular del crédito, y lo segundo supone que si el cedente ha cedido anteriormente el mismo crédito a otro cesionario, su obligación se considerará

la cesión las noticias de la misma. A lo más que podría llegar, y con muchas dudas, es a defender la oportunidad de una consignación judicial, caso de resultar sensiblemente gravosa la localización del presunto cesionario para el deudor y tener las informaciones de los terceros un extraordinario poder de convicción.

GAVIDIA, *La cesión de créditos. Sistema español de cesión de créditos (Formación, sistema traslativo y protección del deudor)*, Valencia, 1993, págs. 282- 314, sienta las siguientes premisas: no cualquier noticia de una cesión es tener conocimiento de ella, por lo que el deudor puede prescindir de esa insuficiente noticia y seguir tratando al supuesto cedente como acreedor. No corresponde al deudor indagar sobre la titularidad del crédito. Ha de tratarse de un conocimiento efectivo, no siendo admisibles las presunciones de que este existió. A ello añade que la facultad de consignar no es la solución, sino un remedio para evitar la mora del deudor, si no somos capaces de ofrecerle un cuadro de actuaciones seguras, sin riesgo de tener que pagar otra vez.

Según el autor citado, conocimiento de la cesión será solo aquel que excluya la buena fe del deudor, es decir, que haya de tenerla en cuenta porque ha puesto fin a la apariencia de titularidad del cedente. La destrucción de esta apariencia deberá desprenderse de alguna actuación del cedente o a él imputable. El conocimiento excluyente de la buena fe y, por tanto, de la protección, ha de ser cierto, no bastando con haber tenido noticia de una posible cesión. De esta destrucción de la apariencia de titularidad del cedente no hay por qué deducir que el deudor no pueda negar el pago al cesionario. Obligado a pagarle lo está desde que se produjo la cesión, lo que sucede es que si no tenía conocimiento de ella las consecuencias de su error no las sufrirá él sino el cesionario, quedando a este su recurso contra el cedente. Pero es que, además, si el deudor conoce la cesión puede, a pesar de esto, negarse a pagar al cesionario en tanto no tenga un medio de prueba por escrito con el que pueda demostrar a los efectos del artículo 1164 del Código Civil, que se dirigió al que aparentemente estaba legitimado para realizar el crédito. Este medio de prueba será el documento sobre la cesión expedido por el cedente o en el que este le notificó la cesión.

Finalmente, si se trata de un crédito hipotecario, GAVIDIA mantiene que la publicidad registral de la cesión proporcionará la apariencia que permitirá al deudor actuar con seguridad si se dirige al titular registral.

También sobre la cuestión, REPRESA, *ob. cit.*, págs. 32-42.

²⁷ SSTs 28-5-2004 (Ar. 3553), y 4-11-2008 (Ar. 6928).

incumplida, incluso en el caso de que la última cesión tuviera preferencia conforme a las normas de prelación del artículo 11: 401.

En el apartado 1 se adopta el enfoque de aquellos ordenamientos que no tratan la cuestión en términos de validez, sino de preferencia, expone el comentario, de manera que se prefiere la segunda cesión que se notifica (ya por el cesionario, ya por el cedente) antes que la primera, si el cesionario no sabía ni tenía por qué conocer la cesión anterior. Este enfoque refleja dos ideas, sigue el comentario: la primera es que el hecho de notificar la cesión equivale a adquirir la posesión (medio conocido de adquirir la preferencia en caso de bienes muebles); la segunda es que el cesionario podía haber preguntado al deudor si ha recibido notificación de cesión y extraer alguna conclusión al respecto, salvo que el segundo cesionario conozca la cesión previa por otros medios o hubiera debido conocerla por encontrarse inscrita en un registro, por ejemplo. Otro enfoque posible, según el comentario, es el de los sistemas que aplican la regla *nemo dat quod non habet* y, por tanto, consideran ineficaz la segunda cesión porque el acreedor ya no tenía nada que ceder. Así, añade la nota, el Derecho alemán concede preferencia al primer cesionario, como corolario del principio que rige en su legislación, que considera que la segunda cesión no produce efectos legales.

Pues bien, se ha señalado que existe una contradicción entre los apartados 1 y 2, salvo que se entienda que el segundo solo entra en juego cuando no puede hacerlo el primero por falta de notificación²⁸. Sin embargo, y teniendo en cuenta que en el comentario a los Principios la eficacia traslativa inmediata del acuerdo de cesión se circunscribe a las partes, matizándose que respecto del deudor cedido es preciso que se den las circunstancias del artículo 11: 303, y ateniéndonos también a lo que se explica en relación con la posesión en el comentario a estos artículos, podría salvarse la contradicción de otro modo, como ha quedado señalado más arriba: el apartado 1 se refiere solo a la doble cesión del mismo crédito y dispone una regla de protección del adquirente de buena fe que primero notifica, por entenderse que es primero en adquirir la posesión, de la misma manera que se adquiere el crédito frente al deudor al notificársele la cesión. Para ambos tipos de terceros, el deudor cedido y los cesionarios sucesivos, se volvería a un sistema traslativo que no se agota en el mero acuerdo cedente-cesionario. Esta posible interpretación salva la incongruencia con el

²⁸ ORTI, «Cesión de créditos futuros y *factoring*», en *InDret*, núm. 4/2010, pág. 24, considera que los apartados 1 y 2 son criticables, por contradictorios, a no ser que el apartado 2 entre en juego en la hipótesis de falta de notificación, en cuyo caso el criterio de la prioridad temporal resultaría meramente subordinado al primero.

siguiente apartado del artículo, como vamos a ver, pero la referencia a la posesión como medio de adquirir la preferencia en la adquisición no se halla muy en consonancia con el sistema consensualista de transmisión de la titularidad del crédito, ni con la idea, que se expone también en el comentario al artículo 11: 401, de que si ninguna de las partes notifica la cesión se aplica la regla de la prioridad temporal (sin perjuicio de que la preferencia del primer cesionario sea provisional, perdiéndola si el segundo cesionario notifica)²⁹.

El apartado 2, en cambio, vendría a disponer la preferencia de la primera cesión entre las partes y frente a los acreedores de las mismas, lo que queda corroborado en los apartados 3 y 4, en los que resulta preferido el cesionario frente a los acreedores del cedente en los casos de embargo del crédito o de concurso del cedente. De modo que las reglas generales de transmisión consensual del crédito regirían entre las partes y frente a los acreedores de estas, pero no para el ulterior cesionario, que adquiere si notifica y es de buena fe, desplazando al primer cesionario. Los legisladores nacionales también consagran supuestos de protección de los terceros adquirentes de buena fe por entender que la tutela de su interés, dándose determinadas circunstancias, admite el sacrificio de las reglas generales³⁰. Ahora bien, si se establece una garantía del cedente por la titularidad del crédito, como se establece en el artículo 11: 204, el conflicto se podría resolver con una indemnización al segundo cesionario, manteniendo la adquisición del primero conforme a la transmisión consensual del crédito y perdiendo de la notificación del segundo.

Al conflicto entre el cesionario y un acreedor del cedente que embarga el crédito se refiere el apartado 3, en el que se prefiere al cesionario una vez que la cesión haya surtido efecto conforme al artículo 11: 202. Así pues, se dice expresamente en el comentario a la norma, la cesión, una vez surte efecto, tiene preferencia sobre cualquier crédito posterior. Esta última afirmación ha de matizarse por cuanto desconoce que, eficaz la cesión, el derecho del cesionario ha de ser preferido al de cualquier acreedor del cedente, sea anterior o poste-

²⁹ GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pág. 215, sostiene, a propósito del artículo 1526.2 (aunque señala que lo mismo vale para el art. 1526.1), que impide acudir al artículo 1473 del Código Civil, de modo que en el conflicto entre cesionarios del mismo crédito prevalecerá, si ninguna de las cesiones ha sido inscrita o si el que ha inscrito era de mala fe, la fecha del título. La razón es muy sencilla, aclara: para evitar que la entrega o la entrada en posesión puedan ser utilizadas para decidir el conflicto entre diversos cesionarios de un mismo crédito, como es lo más adecuado para un sistema consensualista de cesión.

³⁰ No obstante, en relación con la consulta previa de un registro a la que se refiere el comentario al apartado 1, deben tenerse en cuenta las palabras de GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pág. 283: no corresponde al deudor indagar sobre la titularidad del crédito; muestra de ello es que en la cesión de créditos hipotecarios se permite al deudor liberarse pagando al cedente, aunque la cesión ya esté inscrita, con lo que se pone de manifiesto que no tiene obligación alguna de consultar el Registro y que la información ya publicada no le afecta si, desconociendo la cesión, pagó al cedente, a menos que hubiese renunciado a la notificación.

rior: al del acreedor posterior desde luego, porque cuando el cedente contrajo la deuda ya no existía el crédito en su patrimonio, sino en el del cesionario; pero también es preferente frente a los acreedores anteriores a la cesión, ya que los acreedores no pueden imponer que el patrimonio del deudor permanezca invariable, ni pueden perseguir el crédito que el cedente-deudor cede como si hubieran constituido una garantía real sobre el mismo. A salvo las normas sobre fraude de acreedores, no pueden estos impedir que el deudor ceda sus derechos o venda sus bienes. De manera que la preferencia frente a acreedores anteriores solo puede tener la salvedad de que se demuestre que la fecha del embargo o de la declaración de concurso es anterior a la fecha de la cesión³¹.

Por último, también se prefiere al cesionario en caso de concurso del cedente frente a sus acreedores, pero dentro del respeto de las leyes que resulten aplicables al concurso (y que se refieran a la publicidad como condición para la prelación, al orden de preferencia de créditos o a la ineficacia de los negocios en el procedimiento concursal)³².

Como se dice en el comentario a la norma, la preferencia del cesionario significa que si se trata de una cesión plena los créditos cedidos no formarán parte de la masa del concurso, mientras que si es una cesión con finalidad de garantía el interés de la masa del concurso se limitará al exceso que quedara después de que se haya liberado el objeto garantizado. Y esta prioridad queda sometida a lo que disponga la legislación concursal estatal correspondiente acerca de la prelación de créditos, la nulidad de negocios en el procedimiento concursal o la necesidad de inscripción registral de la cesión. En relación con este último requisito, se añade en el comentario que la falta de inscripción «hará nula la cesión» contra los acreedores del cedente y el cesionario solo tendrá un crédito personal contra la masa del cedente, equiparado en rango a los créditos generales.

Semejante afirmación ha de criticarse: la resistencia del cesionario al concurso del cedente implica que este puede ejercitar un derecho de separación a fin de que no se integre en la masa del concurso el crédito cedido (art. 80 de la Ley Concursal), y esta posibilidad al alcance del cesionario no puede quedar supeditada a que el mismo haya inscrito en un Registro la cesión, pues su titularidad ha de ser oponible a los acreedores sin necesidad de publicidad registral, siendo suficiente con la certeza de la fecha del contrato por el que se efectúa la cesión.

³¹ Vid. SSTS 4-11-2002 (Ar. 10005) y 12-5-2003 (Ar. 3900) en relación con cesiones simuladas en fraude de acreedores.

³² ORTI, *ob. cit.*, pág. 33, indica que esta norma, aunque sanciona la eficacia de la cesión frente al concurso, carece de virtualidad, al quedar subordinada a la normativa concursal aplicable, la del tribunal del foro donde se ventile el concurso.

Como ha sido en Uncitral donde más se ha insistido en el tema de la oponibilidad mediante inscripción registral, nos remitimos a lo que explicamos en el apartado dedicado a la Convención sobre cesión de créditos en el comercio internacional.

3.3. EL BORRADOR DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA

El DCFR ofrece una regulación más prolija y detallada de la cesión de créditos, que mantiene algunas de las normas de los PECL y añade otras que, o bien completan aquella regulación, o bien aclaran o insisten precisamente en las cuestiones más controvertidas de la cesión de créditos en diferentes países europeos, como es precisamente la del momento o los efectos traslativos³³. En primer lugar, al establecer los requisitos para la cesión, aclara que no se requiere ni notificación al deudor ni consentimiento del mismo [art. 5: 104 (4)]. Respecto del cedente, dispone el DCFR que garantiza que el derecho no ha sido objeto de una cesión anterior a otro cesionario, así como que no ha sido cedido en garantía a favor de otra persona ni es objeto de cualquier otro gravamen [art. 5: 112 (2) (E)]; y, además, se compromete a no ceder el mismo derecho a otra persona que pudiera tener prioridad sobre el cesionario, así como a ceder al cesionario todo derecho destinado a asegurar el cumplimiento o tomar las medidas necesarias para ello [art. 5: 112 (5) y (6)]. Con relación a los efectos de la cesión, se producen tan pronto como la cesión se lleva a cabo: el cedente deja de ser el acreedor y el cesionario se convierte en acreedor en el momento en que los requisitos básicos se cumplen (arts. 5: 113 y 5: 114). Aunque bastantes normas se dedican en el DCFR a la protección del deudor, la básica es que el deudor se libera con el cumplimiento al cedente si no ha recibido una notificación de la cesión, ya sea del cedente ya sea del cesionario, y no conoce que el cedente ya no puede recibir el pago (art. 5: 119)³⁴. Y, finalmente, con varias reglas trata

³³ Hay que tener en cuenta otros documentos posteriores al DCFR, aunque no se refieran a la cesión de créditos. Así, en virtud de la decisión de la Comisión de 26 de abril de 2010, se crea un Grupo de expertos que debe prestar asistencia a la Comisión para la preparación de una propuesta de marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo, incluido el Derecho en materia de contratos mercantiles y de consumo. En concreto, partiendo del proyecto de marco común de referencia y de otros trabajos de investigación en este campo, así como del acervo de la Unión, el Grupo asistirá a la Comisión para seleccionar las partes del proyecto de marco común de referencia que sean pertinentes para el Derecho contractual y para reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados. En esta línea, debe citarse el documento *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders «and legal practitioners» feedback*. Y después, el 11 de octubre de 2011, se ha publicado por la Comisión europea *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law* (COM(2011) 635 final).

³⁴ El deudor puede solicitar la notificación o la confirmación de la cesión, pruebas o información suficientes de la misma (art. 5: 120); ahora bien, cuando el deudor se libera

de solucionarse el problema de la prioridad entre cesionarios sucesivos, basadas en la notificación: el cesionario cuya cesión se notifique antes al deudor tiene prioridad sobre cualquier cesionario anterior, si en el momento de esa posterior cesión ese cesionario no sabía ni podía razonablemente esperarse que conociera la cesión anterior; por su parte, el deudor se libera pagando al primero en notificar, aunque consciente de la competencia entre cesionarios³⁵.

¿Qué valoración merecen estas normas? Es loable sin duda el esfuerzo de claridad y coherencia que suponen la afirmación expresa de la no necesidad de notificación al deudor para la cesión, la admisión de la transmisión por el mero consentimiento o acuerdo cedente-cesionario, el establecimiento de una responsabilidad contractual del cedente por la titularidad del crédito y la fijación del momento en que el cedente deja de ser acreedor y pasa a serlo el cesionario en el de la celebración del contrato. Ahora bien, la norma que resuelve el conflicto entre cesionarios sucesivos no resulta muy adecuada para un sistema de transmisión consensual de la titularidad del crédito y conduce a una adquisición *a non domino* que favorece al segundo cesionario que es el primero en notificar, siempre y cuando fuera de buena fe al contratar, en detrimento del primer cesionario que, según las reglas generales, era ya el nuevo acreedor desde que celebró el contrato. Como en los PECL, se ha optado por establecer una regla de preferencia y no de validez, cosa que también ocurre en los Derechos nacionales en ciertos supuestos en los que, con ciertas condiciones, se consagran determinadas adquisiciones *a non domino*. Lo que ocurre es que en este caso no es muy coherente con un sistema que establece una responsabilidad contractual del cedente por la titularidad del crédito, como también dijimos para los PECL. Pero es más, la buena fe del cesionario posterior cuya adquisición se mantiene solo se considera necesaria en el momento en que celebró el contrato de cesión con el cedente, y poco importa que conozca (o sea razonable esperar que conozca) la primera cesión en el momento de notificar, lo que es significativo cuando es a esta notificación a lo que la norma asocia la preferencia en la adquisición; ahora bien, parece razonable la norma que exige la ignorancia de la primera cesión solo en el momento de contratarse la segunda (y no en el de la notificación de esta) porque lo que pretende es que no pueda ser preferente el segundo cesionario que se apresura en notificar conociendo ya la primera cesión al contratar, a la vez que permite que pueda ser preferido el segundo cesionario que no conocía la primera cesión cuando contrató sin que le perjudique el conocimiento sobrevenido de la cesión.

pagando al cedente, el derecho del cesionario frente al cedente es preferente tiene prioridad sobre el derecho de otros reclamantes, siempre y cuando lo pagado se pudiera distinguir del resto del activo del cedente (art. 5: 122).

³⁵ REPRESA, *ob. cit.*, págs. 60-63.

Por lo demás, si no es exigible al deudor que averigüe o realice indagaciones acerca de la titularidad del crédito, parece razonable que quede liberado si paga al primer cesionario en notificar, como dispone el DCFR para el caso de doble o múltiple cesión. Lo que suscita más dudas, sin embargo, es que esa liberación se produzca aunque sea consciente del conflicto entre los diversos cesionarios sucesivos, pues ello supone privar de efecto alguno al conocimiento de alguna de las cesiones por el deudor, lo que no se halla muy en la línea de la regla que establece la liberación del deudor por pago al cedente si no ha recibido notificación de la cesión y no conoce que el cedente ya no puede recibir el pago. No obstante, también los textos internacionales a los que nos referimos a continuación prescinden del conocimiento de la cesión por el cedido (si bien a todos los efectos). Y es que, como se ha visto en relación con los PECL, el tratamiento que ha de recibir el cedido que conoce la cesión sin que se le haya notificado es cuestión complicada.

3.4. LA CONVENCIÓN DE UNCITRAL SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) adoptó la Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, aprobada por la Asamblea General el 12 de diciembre de 2001, con la finalidad de promover la disponibilidad transfronteriza de capital y crédito financiero a tipos de interés más asequibles, facilitando así el tráfico transfronterizo de bienes y servicios.

En el artículo 2 se considera «cesión» la «transferencia consensual» del derecho de crédito. También habría que tener en cuenta el artículo 13, en virtud del cual, y salvo pacto en contrario, cedente o cesionario, o ambos, podrán notificar la cesión al deudor, cuyos derechos y obligaciones no quedan afectados por la cesión (art. 15), y, sobre todo, los artículos 14, que establece que la cesión es eficaz entre el cedente y el cesionario independientemente de si se ha notificado al deudor, y 17, que prevé la liberación del deudor que paga de conformidad con el contrato originario hasta que reciba la notificación (debiendo pagar solo al cesionario después de la misma)³⁶ y otros supuestos

³⁶ LOJENDIO, «Proyecto de convención internacional sobre cesión de créditos», en *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, vol. II, Universidad de Valladolid, 1998, pág. 1261, comentando los artículos 15 y 16 del Proyecto de Convención sobre cesión de créditos al que se dedicaba un Grupo de trabajo de la UNCITRAL, señalaba que el momento relevante a partir del cual el deudor solo se libera pagando al cesionario es el de la notificación de la cesión (regulándose en el art. 15 los requisitos del aviso). Mientras no sea notificado, añade, el deudor puede liberarse pagando al cedente (art. 16, párrafo 1): «no se trata de que la cesión no fuera eficaz, también frente al deudor, desde que se produjo,

de pago liberatorio del cedido, así como la facultad de este de exigir prueba suficiente de la cesión³⁷.

La Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención aclaraba que, efectuada mediante un contrato válido, la cesión será válida entre cedente y cesionario a raíz de su acuerdo (arts. 2 y 11); no se requiere notificación para que la cesión surta efecto (art. 14). Según dicha Nota, se niega toda relevancia al hecho de si el deudor tuvo o debió haber tenido conocimiento de una cesión anterior de la cual no fue notificado; la Convención adopta este criterio, explica, para dar una certeza jurídica razonable al pago liberatorio del deudor, lo que constituye un factor importante que el cesionario tendrá en cuenta al fijar el precio de una operación. Este enfoque, sigue, no incentiva ni la mala fe ni el fraude. Siempre resulta difícil probar lo que el deudor sabía o debió haber sabido, y, en cualquier caso, la Convención no invalida en nada la normativa relativa al fraude del Derecho interno aplicable.

El artículo 22 dispone que la Ley del Estado donde esté situado el cedente registrará la prelación del derecho de un cesionario sobre el crédito cedido frente al derecho de otra parte reclamante³⁸. No obstante, en un Anexo regula diferentes sistemas de prelación (el de inscripción registral, el de la fecha del contrato de cesión y el de notificación al deudor) y en el artículo 42 prevé que en cualquier momento un Estado declare que queda vinculado por uno de los sistemas contemplados³⁹. La regla del artículo 22 es una norma de Derecho internacional privado que se adoptó, explica Lojendio OSBORNE, ante el fracaso del intento de lograr un acuerdo sobre una regla sustantiva uniforme, dadas las diferencias

sino de proteger al deudor que paga a quien ya no es su acreedor». Si ha recibido la notificación, termina este autor, solo se libera pagando al cesionario o siguiendo las instrucciones de este (art. 16, párrafo 2).

³⁷ REPRESA, *ob. cit.*, pág. 56.

³⁸ La normativa sobre la cuestión se completa con las aclaraciones del artículo 5: la del apartado m) acerca de la expresión «otra parte reclamante»: incluiría otro cesionario del mismo crédito del mismo cedente, un acreedor del cedente o el administrador de la insolvencia; y apartado g) en relación con el término «prelación»: se entiende como la preferencia de que goza el derecho de una persona sobre el derecho de otra, añadiéndose que la determinación de esa preferencia dependerá, en su caso, de si se trata de un derecho personal o real, de si constituye o no un derecho de garantía de una deuda u otra obligación y de si se han cumplido los requisitos necesarios para dar eficacia a ese derecho frente al de otra parte reclamante.

³⁹ Vid. los artículos 1 y 2 de la Sección I del Anexo de la Convención (relativa al régimen de prelación basado en la inscripción), los artículos 6 y 7 de la Sección III del propio Anexo (reguladora del régimen de prelación basado en la fecha del contrato de cesión) y los artículos 9 y 10 de la Sección IV (acerca del régimen de prelación basado en la fecha de notificación del contrato de cesión).

entre los sistemas imperantes; los esfuerzos más intensos, explica, pretendían la implantación de un sistema de registro (imperante en países como Estados Unidos o Canadá), pero ante la fuerte oposición de países de Derecho continental, prevaleció la norma del artículo 22, que permite mantener los tradicionales regímenes jurídicos que regulan la eficacia de la cesión. Los países en los que regía un sistema de registro, países preferentemente financiadores, insistieron durante la elaboración del proyecto en la mayor facilidad para conceder crédito si el financiador-cesionario se sintiera más seguro contando con el sistema de registro para regir la prelación; y precisamente que se fuera implantado dicho sistema era la finalidad del Anexo y del artículo 42, a juicio del autor citado. La importancia del sistema de registro, termina, queda demostrada también en la Convención de Ciudad del Cabo sobre garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, elaborada por UNIDROIT y aprobada el 16 de noviembre de 2001, en la que los conflictos de prelación entre cesionarios se resuelven en función del orden temporal de inscripción en un registro⁴⁰.

Esta inclinación hacia una prelación basada en la inscripción registral se manifiesta en los trabajos posteriores de la UNCITRAL y, en el seno de la misma, del Grupo de Trabajo VI, dedicado a las garantías reales. La Comisión encomendó a dicho Grupo la preparación de un texto relativo a la inscripción registral de las garantías reales sobre bienes muebles y, con el fin de ayudarlo en sus deliberaciones, la Secretaría elaboró una nota, que, por su trascendencia para el tema que nos ocupa, no podemos dejar de exponer, aunque muy sucinamente. Esto es lo que se explicaba en esa Nota de la Secretaría, de la que se ha extraído lo más significativo en relación con la cesión de créditos:

El reconocimiento de las garantías reales sin desplazamiento plantea problemas de información para los terceros. Es importante que los compradores o los acreedores garantizados potenciales estén seguros de que los bienes en posesión de una persona no estén gravados por una garantía real anterior. Es igualmente importante que los acreedores no garantizados y el representante de la insolvencia del otorgante puedan determinar los bienes del otorgante que ya están gravados y, por tanto, potencialmente no disponibles para atender sus reclamaciones. El establecimiento de un registro de garantías reales permite resolver el problema del secreto que plantean las garantías reales sin

⁴⁰ LOJENDIO, «Cesión de créditos e insolvencia del cedente en el artículo 22 de la Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 2001)», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, 2005, págs. 794, 797-799.

LOJENDIO, «Proyecto de convención...», cit. págs. 1252, 1262-1263, en relación con el Proyecto de Convención, explicaba que la cuestión de la eficacia de la cesión frente a terceros, de su oponibilidad por parte del cesionario, es el principal tema de la Convención proyectada, el de mayor interés y el que encierra mayor dificultad.

desplazamiento de una forma que protege los derechos tanto de los acreedores garantizados (que se aseguran de que, si registran a tiempo, sus garantías reales serán oponibles frente a reclamantes concurrentes posteriores) como de los terceros (quienes se protegen consultando el registro antes de negociar con los bienes del otorgante). El régimen jurídico del registro debería incorporar las siguientes reglas básicas: *a)* la inscripción registral es una condición previa de oponibilidad a terceros de una garantía real sin desplazamiento; *b)* la prelación entre garantías reales sin desplazamiento registradas sobre el mismo bien se determina por el orden temporal de su inscripción.

Una cesión pura y simple de un crédito crea el mismo problema de insuficiencia de información para los terceros que una garantía real sin desplazamiento. El acreedor asegurado o cesionario potencial no cuenta con medios eficientes de verificar si los créditos ya han sido cedidos. Aunque podría indagarse acerca de los deudores, no sería viable en la práctica si la operación abarca créditos presentes y futuros en general. Para atender esta preocupación, deben hacer extensivos a las ventas puras y simples de créditos los requisitos para la inscripción registral aplicables a las garantías reales sin desplazamiento.

Los terceros pueden poner plena confianza en el sistema de registro para determinar si les afectan otras garantías reales que el otorgante pueda haber dado sobre sus bienes (aunque las conocieran). El acuerdo de garantía ajeno al registro es el que pone de manifiesto la existencia de la garantía real. La inscripción registral es un mero requisito para que la garantía real se pueda hacer oponible a terceros.

En el 19.º periodo de sesiones, que tuvo lugar en Nueva York del 11 al 15 de abril de 2011, el Grupo de Trabajo VI avanzó en la materia elaborando un Proyecto de reglamento modelo y un Proyecto de guía para un registro de las garantías reales sobre bienes muebles. En este último se repitieron las ideas de la Nota de la Secretaría expuestas y, además, se añadió lo siguiente:

El someter la cesión pura y simple de créditos al requisito de la inscripción no significa que esas cesiones vayan a ser catalogadas como operaciones de garantía. Solo se pretende que la oponibilidad del derecho de todo destinatario de una cesión pura y simple de créditos esté sujeta a las mismas reglas en materia de creación, oponibilidad y prelación de su derecho que las aplicables a una garantía real sobre esos mismos créditos.

Tras el 20.º periodo de sesiones, celebrado en Viena los días 12 a 16 de diciembre de 2011, el Proyecto de guía para un registro de garantías reales, en el

que viene trabajando el Grupo VI, sobre la base de las consideraciones anteriores e insistiendo en el problema de la falta de información de los acreedores, añadió:

Para remediar esta falta de información, el régimen de las operaciones garantizadas hace extensiva a la cesión pura y simple, a título de garantía, de créditos la obligación de inscripción registral exigible al titular de toda garantía real, reconociéndose la prelación de toda cesión en garantía previamente inscrita sobre la garantía de todo cesionario de esos mismos créditos, ulteriormente inscrita. Otras cesiones puras y simples, como la venta ordinaria, no están sujetas a inscripción por no cumplir la función de garantía asignable a la cesión de créditos.

Pues bien, es llamativo que la insistencia en un sistema de oponibilidad basado en la inscripción registral se mantenga para la cesión de créditos sin una distinción clara entre los terceros a quienes afectaría⁴¹. Así, si bien la publicidad registral afectaría a los terceros adquirentes, que podrían atenerse a la inscripción de la cesión a favor de determinado cesionario, no alcanzaría, en cambio, a los acreedores, pues estos no pueden embargar más que lo que en cada momento se halle en el patrimonio del deudor, ni pueden impedir que el deudor ceda sus créditos. De modo que, frente a los acreedores del cedente, el cesionario podría ejercitar, bien una tercería de dominio para levantar el embargo trabado sobre el crédito cedido, bien un derecho de separación en el concurso del cedente, y ambas cosas probando que el crédito en cuestión ya no se halla en el patrimonio del cedente-deudor, sino en el suyo por haberlo adquirido con anterioridad a dichos embargo o concurso. El cesionario podrá oponer a los acreedores la titularidad del crédito que ya le correspondía antes de iniciarse el procedimiento ejecutivo, individual o colectivo, contra los bienes del deudor por los acreedores, resultado indiferente que con anterioridad el crédito estuviese inscrito a nombre del cedente, pues, como se ha dicho, no tienen los acreedores un derecho a que el patrimonio del deudor no disminuya tras contraer la deuda. Distinto del caso de los acreedores es el de los adquirentes del crédito y el de los constituyentes de garantías, quienes sí pueden confiar en lo que derive del Registro, teniendo en cuenta que el de estos dos tipos de terceros ha sido el ámbito propio de la publicidad registral. Estas ideas se basan en las que brillantemente ha expuesto Miquel GONZÁLEZ a propósito del pacto de reserva de dominio y su eficacia en relación con los terceros⁴². Por lo demás, nos remitimos a lo que posterior-

⁴¹ Y ello a pesar de que el apartado g) del artículo 5 dispone que la determinación de la preferencia dependerá, en su caso, de si se trata de un derecho personal o real.

⁴² MIQUEL, «La reserva de dominio», en Salustiano DE DIOS *et al.* (coords.) *Historia de la propiedad. Crédito y garantía*, Madrid, 2007, págs. 528, 556, 569-572, 580-581, 585-588. Explica este autor, en relación con el pacto de reserva de dominio y la supuesta publicidad de la posesión, que la propiedad mobiliaria no requiere ningún tipo de publicidad para ser eficaz

mente se dirá a propósito de la necesidad de inscripción registral en la cesión de créditos en garantía.

3.5. LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

El artículo 9. 1. 1 de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales de 2010⁴³ dispone que la cesión de créditos es la transferencia mediante un acuerdo entre el cedente y el cesionario. Y el artículo 9.1.7 añade que un crédito es cedido por el mero convenio entre cedente y cesionario, sin notificación al deudor. Hasta la notificación de la cesión, el deudor se libera pagando al cedente, pero después de la notificación solo se libera pagando al

erga omnes; la idea contraria es un tópico muy difundido que no distingue la diferencia entre acreedores y terceros adquirentes y que confunde la función de la posesión en el campo de la prueba (que sí existe), con la pretendida función de publicidad positiva a favor de terceros (que no existe). La necesidad de publicidad de las garantías en interés de los acreedores del comprador es un tópico infundado. Ningún acreedor podría invocar su confianza en que el bien que ha embargado pertenecía a su deudor por la posesión en que este se encontraba cuando le concedió crédito. Proteger a los acreedores por la publicidad de la posesión de su deudor es inconsecuente ya que nada impide al deudor enajenar sus bienes después de haber contraído una deuda. Los acreedores no tienen derecho a una composición determinada del patrimonio del deudor en un momento dado por la supuesta publicidad posesoria. Si un tercero acredita que lo poseído por el deudor le pertenece a él, nadie dudará de que pueda levantar el embargo.

Según MIQUEL, el principio básico de nuestro sistema es que la propiedad es eficaz *erga omnes*, salvo los casos establecidos por la ley. La norma general es que los acreedores no pueden cobrar a costa de bienes ajenos a su deudor y que la propiedad es eficaz *erga omnes*, sin perjuicio de las normas protectoras de terceros.

Rechaza el autor citado que el artículo 15 LVPBM se refiera a todo tercero (acreedores y terceros adquirentes). Esa interpretación, dice, impondría una publicidad a la propiedad mobiliaria que no se impone a la inmobiliaria. Los compradores de inmuebles en documento privado que han adquirido la propiedad por tradición levantan embargos a favor de acreedores del titular registral; se admite la prueba de la propiedad de adquirentes en documento privado en contra de la publicidad registral. Se reconoce, por tanto, sigue MIQUEL, que la falta de inscripción no les perjudica y que los acreedores del titular registral no son terceros protegidos, aunque anoten el embargo. El artículo 15 LVPBM no debe interpretarse en el sentido de que lo no inscrito es inoponible a los acreedores del comprador porque estos no son propiamente terceros protegidos por la apariencia o publicidad de la posesión respecto de la composición del patrimonio de su deudor. Así pues, la reserva de dominio no inscrita debe ser oponible a los acreedores y a los terceros adquirentes de mala fe o a título gratuito; y es inoponible a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. El concepto de tercero del artículo 15 LVPBM merece una interpretación estricta, porque el principio es que el propietario prevalece sobre acreedores que embargan lo suyo y que los adquirentes de mala fe o a título gratuito no merecen ser mantenidos en una adquisición *a non domino*, concluye MIQUEL.

⁴³ En su 90.ª sesión, el Consejo de Administración de UNIDROIT adoptó la tercera edición de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales («Principios de UNIDROIT 2010»). No obstante, no se introdujeron cambios en el capítulo 9, sección 1, relativa a la cesión de créditos, cuya redacción, es, por tanto, igual que en la edición de 2004.

cesionario; el orden en que las notificaciones hayan sido recibidas determina la liberación del deudor en caso de sucesiones sucesivas; no obstante, la notificación no surte efectos si no se suministra prueba adecuada de la cesión, que el deudor puede solicitar al cesionario (arts. 9.1.10, 9.1.11 y 9.1.12). Finalmente, el cedente garantiza al cesionario, salvo pacto en contrario, que el crédito no ha sido previamente cedido a otro cesionario y está libre de cualquier derecho o reclamación de un tercero (art. 9.1.15)⁴⁴.

Con estas normas queda diseñado un sistema de transmisión consensual del crédito que traslada a los efectos del contrato el desplazamiento patrimonial (prescindiendo de la notificación al deudor) y la responsabilidad del cedente por la falta de titularidad del crédito, puesto que si ha sido cedido con anterioridad a otro cesionario, este lo habrá adquirido desde la celebración del contrato y no quedará más que una indemnización al segundo cesionario al que se cedió un crédito ajeno. De esta manera quedan resueltas indirectamente las cuestiones de preferencia entre cesionario y acreedores del cedente o entre cesionarios sucesivos. La notificación al deudor es lo que determina cuándo se produce un pago liberatorio del mismo, omitiéndose cualquier referencia a su conocimiento de la cesión, como en la Convención de UNCITRAL; por tanto, los Principios establecen una regla de protección al deudor en atención a su buena fe (que viene marcada por la ausencia de notificación) que en nada prejuzga que el cesionario pueda reclamarle la prestación si prueba la cesión.

4. DERECHO ESPAÑOL: NORMAS GENERALES Y ESPECIALES SOBRE CESIÓN DE CRÉDITOS. TENDENCIAS Y PROBLEMAS

4.1. LA INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DE LOS ARTÍCULOS 1526 Y 1527 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA REFORMA DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE COMERCIO

Conviene comenzar recordando que el artículo 1526 del Código Civil no dispone el sistema transmisivo respecto de los derechos de crédito, sino que se limita a establecer cuando la cesión produce efecto frente a tercero, que no es sino desde la certeza de la fecha, de conformidad con los artículos 1218 y 1227 del Código Civil si se hubiera consignado en documento público o privado. Por tanto, que la oponibilidad del efecto transmisivo a los terceros dependa de la certeza de la fecha no significa que dicho efecto no se haya producido ya, no solo entre las partes, sino también frente a terceros, aunque no les perjudique sino con determinadas condiciones, ni tampoco puede implicar trasladar estas condiciones al ámbito del sistema de transmisión de la titularidad del crédito,

⁴⁴ REPRESA, *ob. cit.*, pág. 57.

para considerarlas presupuesto de la misma⁴⁵. Además, entre esos requisitos no podría hallarse ni la entrega ni la notificación al deudor, no solo porque así se desprende del tenor literal del artículo 1526, que no se refiere a ellos, sino también porque tampoco se contienen en el artículo 1527 del Código Civil, que respecto de un tercero que se considera especial, el deudor cedido, se refiere al conocimiento de la cesión por él mismo para que la transmisión del crédito, ya producida de acuerdo con el sistema oportuno, le alcance y ya no pueda liberarse pagando al cedente. Debe plantearse en Derecho español si la transmisión de la titularidad del crédito queda sujeta a la teoría del título y el modo o no, y, una vez descartado esto, no hay razón para considerar *traditio* a una notificación que nuestro Derecho no exige, y mucho menos deducir la necesidad del modo del conocimiento de la cesión por el deudor al que alude el artículo 1527, cuando precisamente la referencia al conocimiento como requisito de oponibilidad de la cesión al deudor cedido supone una aproximación al modelo alemán, en el que, como sabemos, el crédito se transmite por el consentimiento de cedente y cesionario y la referencia al conocimiento del deudor cedido obedece al principio de protección del mismo, para quien una cesión no consentida no puede suponer perjuicio.

Debe destacarse como en un tema tan difícil y controvertido, como el de los efectos de la cesión de créditos entre las partes y frente a terceros, la doctrina, con algunas variaciones o divergencias, ha llegado a una coincidencia en lo fundamental. Así, con apoyo en los sólidos argumentos de autores como PANTALEÓN o GAVIDIA, doctrina y jurisprudencia posterior han mantenido el sistema de transmisión consensual en materia de cesión de créditos, de manera que los efectos traslativos se producen entre cedente y cesionario al celebrarse el contrato de cesión, sin necesidad de *traditio* ni de notificación al deudor cedido, sin perjuicio de la relevancia de esta última en otro orden de efectos⁴⁶.

⁴⁵ SSTs 27-6-2003 (Ar. 4313) y 4-11-2008 (Ar. 6928).

⁴⁶ Vid. GARCÍA-CRUCES, «El contrato de *factoring* como cesión global de créditos futuros», en *Anuario de Derecho Civil*, 1989, II, págs. 383, 387-389, 407-408; GARCÍA CANTERO, «Comentario a los artículos 1526 a 1530», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIX, 2.ª ed., Madrid, 1991, págs. 695, 698 y 705; GAYA SICILIA, «La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido: ¿carga del cedente o del cesionario?», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, pág. 391; ARANDA, *La prenda de créditos*, Madrid, 1996, págs. 162-168; RECALDE, «Contrato de *factoring* y cesión de créditos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 10 de mayo de 1997)», en *Revista General de Derecho*, núm. 643, 1998, pág. 3993, y «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el *factoring*», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, Madrid, 2005, pág. 4336; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 489; GARCÍA VICENTE, «Comentario a la STS de 27 de junio de 2003 (RJ 2003/4313)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65, 2004, pág. 586; LOJENDIO, *Cesión de créditos...*, cit., págs. 799 y 812; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 6.ª ed., Madrid, 2008,

Así, en relación con dicha notificación se ha discutido si es necesaria para la eficacia de la cesión frente al deudor, para que este quede vinculado con el cesionario, o si, dando un paso más, debe partirse de la eficacia de la cesión incluso frente al deudor, de modo que la notificación sea determinante solo en materia de protección al deudor cedido y del pago liberatorio de este.

Pues bien, importantes razones llevan a considerar más acertada la segunda tesis y a considerar que, siendo el deudor un tercero, los efectos traslativos también se producen frente al mismo desde la celebración del contrato por cedente y cesionario, aunque no resulte perjudicado si no conocía la cesión, de modo que el artículo 1527 vendría a matizar el artículo 1526 en cuanto al deudor cedido. En materia de cesión de créditos se deben combinar dos planos: el jurídico-real, por lo que se refiere a la transmisión de la titularidad del crédito, y el obligacional, en cuanto lo cedido no es la propiedad o un derecho real, sino el lado activo de una relación obligatoria en la que la parte pasiva queda al margen de la cesión. Desde el primer punto de vista, y teniendo en cuenta, además, que los derechos de crédito se pueden asimilar a los bienes muebles en este ámbito⁴⁷, habría que afirmar que la titularidad de los mismos es oponible *erga omnes* y no puede quedar reducida a una relación *inter partes* cedente-cesionario⁴⁸; como señala MIGUEL GONZÁLEZ, la propiedad debe ser oponible a los acreedores del cedente, pero también, pensamos, en el caso de la cesión de créditos, al cedido, como tercero que es. Ahora bien, la condición de parte en la relación obligatoria que experimenta una modificación subjetiva por cambio de acreedor impone una consideración especial del cedido, partiendo del principio de que una cesión no consentida, y ni siquiera conocida, no debe suponer un empeoramiento en su situación.

De otro lado, como dice PANTALEÓN, son cosas completamente distintas, que se han venido confundiendo, que la notificación al deudor o el conocimiento por este de la cesión sean requisito de la transmisión del crédito al cesionario o requisito de eficacia respecto del deudor cedido, por un lado, y que el deudor se

págs. 971 y 982; PEÑA, «Comentario a la STS de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6928)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, 2009, pág. 899; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Comentario a los artículos 1526-1530», en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. IV, Pamplona, 2011, pág. 307; REPRESA, *ob. cit.*, págs. 25-27, 111-116. STS 3-11-2009 (Ar. 5826).

No obstante, en el mismo año que el trabajo de PANTALEÓN se publica también la monografía de NAVARRO, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Granada, 1988, págs. 104, 145-153, quien sostiene la tesis cabalmente contraria: la aplicación de la teoría del título y el modo a la cesión de créditos, de manera que este no se puede entender transmitido por la mera perfección del contrato, siendo necesaria la entrega.

⁴⁷ Díez-PICAZO, *ob. cit.*, pág. 976, afirma que los créditos siguen en punto a su transmisión el régimen jurídico de los bienes muebles (salvo que se trate de créditos garantizados con hipoteca, que deben ser considerados como inmuebles).

⁴⁸ Idea tomada de las que mantiene MIGUEL GONZÁLEZ, a propósito de la reserva de dominio. Vid. nota 42.

libere si paga al cedente antes de conocer la cesión («pese a ser ya el cesionario su único y verdadero acreedor») o que el deudor pueda denegar la prestación al cesionario legítimamente mientras el cedente no le notifique la cesión o el cesionario le ofrezca un documento de cesión del crédito otorgado por el cedente, por otro lado. En la doctrina española, PANTALEÓN, en un estudio que es referente obligado en la materia, defiende que la cesión de créditos (la compraventa, donación, cesión en/para pago, etc.) es un contrato típicamente traslativo. Y lo es, a su juicio, no solo en los sistemas de transmisión consensual del dominio (caso francés o italiano), sino también en los supuestos en que rige la teoría del título y el modo para la transmisión de la propiedad (caso español): dicha teoría y, por tanto, los artículos 609 y 1096 del Código Civil español no son aplicables a la cesión de créditos, ni puede considerarse «modo» la notificación de la cesión al deudor cedido. En nuestro ordenamiento, sigue, no existe norma que exija notificación de la cesión al deudor cedido (ni en el Código Civil ni en la Ley Hipotecaria), de modo que no puede sostenerse que dicha notificación sea elemento constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario, ni es posible mantener la teoría del título y el modo para la transmisión de créditos. PANTALEÓN insiste en la grave incongruencia que supone afirmar la eficacia traslativa inmediata de la cesión entre cedente y cesionario (desde la celebración del contrato de cesión) y retrasar, en cambio, la eficacia de la cesión respecto del deudor cedido al momento de la notificación o al conocimiento de la misma (siendo deudor del cedente hasta entonces): «una titularidad de un crédito que sea inoponible al deudor es un absurdo lógico». Así pues, sostiene, la cesión de créditos es también inmediatamente eficaz frente al deudor cedido, sin necesidad de que le haya sido notificada, ni de que haya tenido conocimiento de ella por cualquier otro medio; y si, según el artículo 1527 del Código Civil, se libera pagando al cedente, no se libera porque pague a quien sigue siendo acreedor para él, sino porque paga a un acreedor aparente (que tampoco es ya acreedor respecto de él)⁴⁹.

⁴⁹ PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., págs. 1060, 1063- 1070, 1078, 1084-1086, 1099-1101). Es absurdo, dice, imaginar la existencia de un deber o carga del deudor de investigar si el crédito contra él ha sido cedido o no. El artículo 1527 no es dato normativo favorable a la tesis de la ineficacia de la cesión frente al deudor cedido mientras no le sea notificada o mientras no tenga conocimiento de ella, sino que es una «medida de protección del deudor cedido, que resulta necesaria precisamente por el hecho de que, como se deduce *a contrario* del artículo 1526 del Código Civil, la cesión de créditos puede ser plenamente eficaz *erga omnes* sin notificación de la misma al deudor, ni conocimiento de ella por este».

Considera este autor aplicable su tesis también a los créditos mercantiles (págs. 1078-1080), a pesar de que el artículo 347 del Código de Comercio dispone que para la transmisión basta con ponerla en conocimiento del deudor cedido, quedando obligado este con el nuevo acreedor en virtud de la notificación. Carece de sentido, dice, aplicar otro régimen jurídico a la cesión de los demás créditos, especialmente si se trata de defender un régimen más formalista para los créditos mercantiles. El Código Civil es ley posterior al Código de Comercio, además de que la regulación en aquel de la cesión de créditos es más completa en lo fundamental. En

De consulta obligada en esta materia son también los estudios de GAVIDIA SÁNCHEZ⁵⁰, de los que resulta igualmente imprescindible partir para afrontar el análisis de las propuestas de reforma de los Códigos Civil y de Comercio⁵¹. Según GAVIDIA, al efecto traslativo se refiere el artículo 1526 del Código Civil, y lo único que hace es excluir su oponibilidad en contra de terceros si no consta en documento de fecha cierta o si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad, según los casos, pero sin excluir la eficacia traslativa *inter partes*. Con la cesión válida el cedente deja de ser titular del crédito, pero solo desde que la

consecuencia, concluye, en la cesión de créditos mercantiles, al igual que en la de los civiles, la notificación de la cesión al deudor o el conocimiento de la misma por este ni es requisito constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario, ni es requisito de eficacia de la cesión respecto del deudor cedido.

Acerca del artículo 347 del Código de Comercio, y en la línea de PANTALEÓN, la STS 23-7-2007 (Ar. 4698). Partidaria de la notificación como presupuesto de la vinculación del cedido con el cesionario, en cambio, la STS 11-7-2005 (Ar. 5009).

⁵⁰ GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., págs. 177, 198-216, 250-251. Añade este autor que cuando en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria se emplea el término cesión, no se está pensando en el efecto cesión resultado de una entrega traslativa *ex* artículo 609 del Código Civil, sino en el título de cesión que la produce, pero que, conforme al artículo 1526 del Código Civil, no surte efecto contra tercero si no consta la certeza de su fecha o si no se ha inscrito en el Registro, de manera que, *a contrario*, está claro que, aún sin fecha cierta o sin inscripción en el Registro, la cesión del crédito sí surte efecto traslativo (inoponible a tercero) y que si consta la certeza de la fecha o si está inscrita en el Registro, la transmisión es oponible *erga omnes*. Además, la vigente regulación de la cesión de créditos es la del proyecto de 1851 y este, a su vez, procede del Código del cantón suizo de Vaud, resultando que en ninguno de los dos era necesaria la entrega para la producción del efecto traslativo; por tanto, cuando en el anteproyecto de Código Civil se volvió al sistema de título y modo para la transmisión de los derechos reales, se mantuvo el sistema de cesión del proyecto isabelino y la entrega del crédito siguió sin ser requerida para la adquisición del crédito por el cesionario; y cuando se aprueba la Ley de bases, la base número 20 cobra todo su sentido, sancionándose la separación de los sistemas de transmisión derivativa *inter vivos* de los derechos: sistema de título y modo para la propiedad y los demás derechos reales, por un lado, y cesión sin necesidad de entrega para los créditos, derechos y acciones, por otro.

⁵¹ También cabe mencionar la tesis de ANDERSON, *La cesión de créditos hipotecarios (Requisitos para la transmisión-adquisición)*, Barcelona, 1999, págs. 44, 90-108, y *La notificación...*, cit., págs. 1259-1264, para quien los artículos 1526 y 1527 responden a un sistema traslativo puramente consensualista, de manera que la transmisión del crédito tendría lugar por el mero acuerdo de voluntades: el artículo 1526 solo recoge una condición de oponibilidad a terceros de la cesión ya producida, y el artículo 1527 contempla un supuesto de protección de la buena fe del deudor ante la negligencia de cedente y cesionario, que no le pusieron en conocimiento de la misma. Y esta autora justifica tal innovación con la admiración que sentía GARCÍA GOYENA por el sistema traslativo *solo consensu*, de modo que, suprimida toda referencia a la notificación en el Proyecto de 1851, se disipaba cualquier duda acerca de la naturaleza inmediatamente traslativa del acuerdo de cesión. Ahora bien, expuestas por la autora las limitaciones a que queda sometida dicha eficacia inmediata, concluye que nuestro sistema de cesión de créditos se sitúa a medio camino entre el alemán y el francés, agravando la distinción francesa entre diferentes frentes de eficacia, presentando hasta tres, según se trate de hacer valer la transmisión entre cedente y cesionario, o frente al deudor o frente a los demás terceros.

fecha de la cesión deba tenerse por cierta o desde su inscripción en el Registro esa transmisión perjudica a terceros no interesados en ella: los acreedores del cedente, otro cesionario en caso de doble o múltiple cesión, el deudor que pagó al cedente o negoció con él. No obstante, los terceros interesados en la cesión podrán hacerla valer frente al cedente o al cesionario, pudiendo probar la fecha del documento por cualquier medio de prueba y no solo por lo previsto en los artículos 1218 y 1227 del Código Civil: así, los acreedores del cesionario, un subadquirente del cesionario, el deudor que se niega a pagar al cedente o a negociar con él. Respecto del artículo 1527 del Código Civil, sigue GAVIDIA, su ratio se halla en relación con el artículo 1164 del Código Civil y con el mismo se consigue referir el principio de no empeoramiento de la situación del deudor no solo a la situación en que se encontraba antes de la cesión, sino hasta que tuvo conocimiento de ella; aunque el deudor es un tercero, con lo dispuesto en el artículo 1527 se le otorga un tratamiento más favorable que el que reciben los demás terceros en el artículo 1526; en suma, la cesión no conocida por el deudor no es ineficaz, ni siquiera ineficaz para él, sino que le es inoponible, no le perjudica, sin perjuicio de que pueda probar que sí es eficaz y hacerla valer si es eso lo que le interesa. A favor de la no necesidad de la entrega del crédito para la eficacia traslativa de la cesión se encuentra, entre otros argumentos, añade GAVIDIA, que el artículo 609 no es aplicable a la transmisión y adquisición de créditos, sino a la propiedad y a los demás derechos reales, puesto que ha de interpretarse a la luz de lo que se establecía en la Ley de bases, de la que se deduce su aplicación solo a la traslación del dominio o derecho a él semejante.

Pues bien, podemos señalar algunos indicios de que para nuestro Derecho positivo se va acogiendo la doctrina favorable a la transmisión consensual de los derechos de crédito y que este es también el previsible camino que seguirán nuestros Códigos, tanto el civil como el de comercio⁵². Las propuestas de la Comisión General de Codificación, tanto la de la sección de Derecho Civil como la de la sección de Derecho Mercantil, pretendían una revisión y puesta al día de los respectivos Códigos en consonancia con la evolución de los diferentes ordenamientos europeos y en la línea de algunos textos unificadores internacionales, entre los que se citaban expresamente los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los Principios de Derecho europeo de los contratos elaborados por la Comisión Lando.

No obstante, conviene citar también, como muestra de la tendencia señalada, la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de

⁵² El artículo 31 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que deroga la Ley 7/1995, de 23 de marzo, e incorpora la Directiva 2008/48/CE, simplemente dispone que se informará al consumidor de la cesión de los derechos del prestamista a un tercero, excepto cuando el prestamista original, de acuerdo con el nuevo titular, siga prestando los servicios relativos al crédito al consumidor.

las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras (modificada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, aunque no en lo que aquí interesa), que se refiere a las cesiones de los créditos empresariales por parte de un empresario a favor de una entidad de crédito, estableciendo que tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión, siempre que se justifique la certeza de la fecha por alguno de los medios establecidos en los artículos 1218 y 1227 del Código Civil o por cualquier otro medio admitido en Derecho. Por tanto, así como el artículo 1526 se refiere a la certeza de la fecha de la cesión para regular la oponibilidad a terceros, la disposición citada menciona ya la certeza de la fecha del contrato de cesión para fijar el momento en que la cesión afecta a los terceros.

La propuesta de anteproyecto de ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad, elaborada por la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, se ocupó de la cesión de créditos mercantiles en el marco del «absolutamente indispensable» (como se le denomina en la Exposición de Motivos) proceso de modernización de la legislación mercantil española⁵³. La regulación que se propone, explica la Comisión, trata de facilitar la circulación de los créditos mercantiles con la necesaria seguridad para los interesados. Se aplicaría a las cesiones de créditos mercantiles a título oneroso, salvo a las sometidas a un régimen especial, y se completaría con las normas del Código Civil en lo no previsto (art. 74). Al efecto transmisivo se refiere el artículo 75, cuando dispone que los créditos mercantiles (existentes o futuros) se podrán transmitir por el acreedor cedente mediante acuerdo con el cesionario sin necesidad de consentimiento del deudor, y «se entenderán transferidos, salvo pacto en contrario, en el momento de celebrarse el acuerdo de cesión». La seguridad del deudor cedido se garantiza de la siguiente manera: según el artículo 75.4, la cesión no afecta a los derechos y obligaciones del deudor, a menos que este lo consienta; y el artículo 78 regula la notificación: tanto el cedente como el cesionario pueden notificar la cesión al cedido, salvo pacto en contrario (aunque si la notifica el cesionario, el deudor puede pedirle que presente prueba suficiente de ella), y, realizada la notificación, solo el cesionario puede dar instrucciones para el pago; en virtud de la notificación de la cesión, el deudor queda obligado con el nuevo acreedor y desde ese momento solo se reputa legítimo el pago que le hiciere a él o siguiendo sus instrucciones.

Esta regulación suscita un comentario: la meridiana claridad de las normas que circunscriben el efecto traslativo al acuerdo de cesión y que descartan la necesidad de consentimiento del deudor se enturbia con la previsión de que sea precisa la notificación de la cesión para que el deudor quede obligado con el

⁵³ Propuesta publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia el 1 de febrero de 2006.

cesionario y que solo desde la notificación el cesionario puede dar instrucciones para el pago. ¿Es que la notificación al deudor supone nuevamente distinguir dos tipos de terceros (acreedores del cedente y ulteriores cesionarios, por un lado, y deudor, por otro) para disociar el sistema transmisivo del crédito, pareciendo, otra vez, que este no se ha transmitido frente al cedido hasta la notificación, asemejándose esta al modo? Si esto no es así, y creemos haber demostrado que no debe ser así, bastaría con el inciso final de la norma, disponiendo que desde la notificación solo es legítimo el pago hecho al nuevo acreedor; esto significaría que la cesión afecta al deudor desde el acuerdo de cedente y cesionario, y, por tanto, el cedente dejó de ser el acreedor, si bien se protege al deudor hasta la notificación de la cesión, tras la cual ya no queda liberado por el pago al cedente. Por lo demás, la regulación de la notificación y la omisión de toda referencia al conocimiento de la cesión por el cedido aproximan el sistema al de la Convención de UNCITRAL y a los Principios de UNIDROIT. Y, finalmente, y también como en estos últimos, la ausencia de normas sobre los posibles conflictos entre el cesionario y los acreedores del cedente o entre cesionarios sucesivos hace suponer que han de resolverse de acuerdo con la regla de transmisión del crédito al cesionario por el mero consentimiento. Únicamente se prevé, igual que en los Principios de UNIDROIT y también en los PECL (aunque estos establecen también diversos criterios de prelación, como vimos), y ello concuerda con lo que se acaba de afirmar, que el cedente responde frente al cesionario de los perjuicios que le ocasione la falta de titularidad (art. 77.1); y a esta disposición puede extenderse lo que a continuación decimos sobre la que también contiene la propuesta civil.

La propuesta de anteproyecto de ley de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, también se ocupó de la cesión de créditos (existentes o futuros) en el marco de la conveniente reforma del Derecho general de obligaciones y contratos⁵⁴. Según el artículo 1215, la transmisión del crédito se produce por el consentimiento de cedente y cesionario y sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor. Solo a petición del cesionario, dispone el artículo 1217. 2, el cedente está obligado a formalizar la cesión en escritura pública; pero el cedente, establece previamente el artículo 1217. 1, debe facilitar al cesionario el documento de donde resulte el crédito y los demás elementos probatorios del mismo de que disponga, así como colaborar de buena fe con el cesionario en la realización del crédito cedido. Por último, junto con las excepciones oponibles por el deudor cedido al cesionario, el artículo 1220 dispone que el deudor puede hacer valer frente al cesionario el pago hecho al cedente antes de tener aquel conocimiento de la cesión. Así pues, sistema de transmisión consensual

⁵⁴ *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Ministerio de Justicia, 2009.

del crédito y principio de protección del deudor hasta el conocimiento de la cesión (no la notificación, con lo que el sistema se aproxima al de los PECL). A ello se suma lo que dispone el artículo 1218, según el cual el cedente a título oneroso responde de la existencia, titularidad y transmisibilidad del crédito, a no ser que lo haya cedido como dudoso.

La norma que establece una garantía del cedente por la titularidad del crédito supone una responsabilidad contractual frente al cesionario al que se ha cedido un crédito ajeno o un crédito que ya había sido objeto de una cesión anterior, responsabilidad adecuada para un sistema en que prevalece la adquisición del crédito por el primero en celebrar el contrato (como ocurriría de acuerdo con los Principios de UNIDROIT, pero no conforme a los PECL). Esta responsabilidad presupone la validez del contrato que la origina y todo ello implica que en el sistema así diseñado, aunque el contrato produce efectos reales (y no es únicamente título, como en el terreno de la transmisión de la propiedad y los derechos reales), la titularidad del transmitente no es requisito constitutivo del contrato (lo que podría suponer la nulidad del mismo si faltara), sino que se trasladada al ámbito de las obligaciones derivadas del contrato: si el cedente responde por la titularidad del crédito, no lo hará si tras la celebración del contrato, que no es nulo pese a no ser titular del crédito cedido, deviene titular. En fin, en caso de cesiones sucesivas del mismo crédito, no es posible que se produzcan adquisiciones *a non domino* del crédito (como podría ocurrir si, tras afirmarse la transmisión en virtud del convenio cedente-cesionario, se estableciese que el primero en notificar resultaría preferido, pese a haber celebrado el contrato después) y el conflicto se resolverá con la correspondiente indemnización al segundo cesionario, que ve frustrada su adquisición al mantenerse la del primero.

4.2. CESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS

Es pacífico en la doctrina que, partiendo de que el artículo 1528 del Código Civil es una norma dispositiva, el crédito puede transmitirse sin la garantía hipotecaria que lo asegura, en cuyo caso esta se extinguiría⁵⁵. Ahora bien, para los casos en que se cedan ambos, crédito e hipoteca, se ha discutido cuál es el momento en que se produce la transmisión. Se refieren a ello los artículos 1526.2 del Código Civil y 149 de la LH; de acuerdo con el primero, si la cesión del crédito se refiere a inmuebles, surte efecto frente a terceros desde la inscripción

⁵⁵ JORDANO, «Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, 1999, pág. 1279: solo el cesionario, nuevo titular del crédito garantizado con la hipoteca, dice, puede ser titular de la hipoteca accesoria al crédito cedido, pero no necesariamente, ni simultáneamente (pág. 1280). BLANCO, *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid, 2009, pág. 66; REPRESA, *ob. cit.*, pág. 22.

registrar; en virtud del segundo, el crédito garantizado puede transmitirse de conformidad con el artículo 1526 del Código Civil y la cesión de la titularidad de la hipoteca deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. Pero esta es la redacción del artículo 149 LH tras la reforma que introdujo en el mismo la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario, ya que con anterioridad a la misma no se distinguía entre la transmisión del crédito garantizado y la de la hipoteca, sino que se establecía que el crédito hipotecario, como un todo, podía cederse siempre que se hiciese en escritura pública, se diese conocimiento al deudor de la misma y se procediese a la inscripción registral.

El tenor literal del artículo 149 LH anterior a la reforma suscitó la discusión doctrinal acerca del efecto transmisivo en la cesión de créditos hipotecarios, teniendo en cuenta que dicha norma requería tanto la notificación al deudor como la inscripción registral. Algunos autores se centraron en la exigencia de notificación al cedido, comparando el sistema con el de la cesión de créditos no garantizados, en el debate acerca de la vigencia o no en nuestro sistema de la teoría del título y el modo, mientras que otros lo hicieron en la necesidad de inscripción registral y en la controversia acerca de su carácter constitutivo o declarativo.

Entre los primeros destaca PANTALEÓN PRIETO, que mantiene su posición también para los créditos hipotecarios: la notificación de la cesión al deudor cedido no es elemento del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario; el artículo 149 LH debe ser leído conjuntamente con los artículos 151 LH y 243 RH, que demuestran que la cesión es válida y transfiere el crédito al cesionario, aunque no se haya puesto en conocimiento del deudor⁵⁶. GAVIDIA opinaba que la consecuencia de la no notificación no es la no cesión, ni la ineficacia de esta, sino su inoponibilidad al deudor⁵⁷. La supresión de la referencia al conocimiento del deudor en la reforma de 2007 viene a apoyar esta posición⁵⁸; y, aunque se mantenga en el Reglamento Hipotecario, cuyos artículos sobre la cuestión no han sido modificados⁵⁹, habrá que entender que

⁵⁶ PANTALEÓN, *Cesión de créditos*, cit., págs. 1063-1064. Añade que lo dispuesto en el artículo 176 RH no es sino consecuencia de lo que prescribe el artículo 1527 del Código Civil. También BLANCO, *ob. cit.*, págs. 127-135.

⁵⁷ GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pág. 283.

⁵⁸ Para BLANCO, *ob. cit.*, págs. 127-128, la supresión, con la reforma introducida en 2007, de la exigencia de notificación al deudor, no significa que los efectos de la cesión frente al mismo, como frente a los demás terceros, se producen también con la inscripción registral de la cesión, sino que las cosas siguen como antes, de manera que la oponibilidad de la cesión al deudor cedido depende de la notificación al mismo.

⁵⁹ Al conocimiento por el deudor de la cesión del crédito hipotecario se siguen refiriendo los artículos 176 y 242 RH, y a la notificación al mismo el artículo 243 RH.

Respecto del régimen anterior a la reforma de 2007, GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., págs. 268-275; ANDERSON, *La cesión...*, cit., págs. 123-145, y *La notificación...*, cit.,

ello es consecuencia de la regla del artículo 1527 del Código Civil; no obstante, la doctrina ha destacado la importancia de la notificación, en cuanto el pago liberatorio del cedido al cedente supondrá la extinción de la hipoteca.

Descartada la necesidad de dar conocimiento de la cesión al deudor en la nueva redacción del artículo 149 LH, son precisas, no obstante, igual que antes, la escritura pública y la inscripción registral. Respecto de la escritura, es sabido que la doctrina en general afirma la regla de libertad de forma para la cesión de créditos, incluidos los hipotecarios: en cuanto a estos, solo cabría considerar que la escritura es necesaria en cuanto presupuesto de la inscripción, de manera que su carácter declarativo o constitutivo dependería del carácter de la inscripción misma⁶⁰. Tras la reforma del artículo 149 LH en 2007, lo que sigue bajo el principio de libertad de forma claramente es la cesión del crédito garantizado, que se regula por el artículo 1526 del Código Civil, pero no la transmisión de la hipoteca, que queda sometida a la exigencia de escritura pública⁶¹; no obstante, ahora, igual que antes, el valor de la escritura puede depender del valor de la inscripción, en cuanto que, si esta es constitutiva, aquella es el único medio de acceso al Registro de la cesión de la titularidad de la hipoteca.

Y esta precisamente, la del valor de la inscripción registral en la transmisión del crédito hipotecario, ha sido la cuestión más debatida en la doctrina. Inicialmente algunos autores se inclinaron por el carácter declarativo de la inscripción registral de la cesión del crédito garantizado, cesión que ya habría tenido lugar entre cedente y cesionario extrarregistralmente, de manera que la constancia en el Registro solo era oportuna a efectos de su oponibilidad *erga omnes*⁶². Sin embargo, autorizadas voces han postulado posteriormente el carácter constitutivo de la inscripción registral, de modo que no hay efecto traslativo, ni siquiera inter partes, hasta que dicha inscripción se practique, y esta es la opción que se ha elegido también en algunas normas.

Así, para empezar, de las palabras de NAVARRO PÉREZ se puede deducir una distinción entre la transmisión del crédito y la transmisión de la hipoteca que lo garantiza, pues afirmaba que el incumplimiento del requisito de la inscripción que establecía el artículo 149 LH no afectaba a la validez ni a la eficacia de la cesión del crédito principal, que depende únicamente del cumplimiento

págs. 1265-1286; JIMÉNEZ, «Sobre la cesión de los créditos hipotecarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 694, 2006, págs. 467-481. Para el conocimiento y la notificación de la cesión tras la reforma, BLANCO, *ob. cit.*, págs. 159-173; REPRESA, *ob. cit.*, págs. 42-47.

⁶⁰ PANTALEÓN, *Cesión de créditos*, cit., pág. 1099. Asimismo, según JORDANO, *ob. cit.*, págs. 1288-1291, la escritura no es requisito de validez del contrato de cesión, ni en cuanto a la transmisión de la hipoteca, ni en cuanto a la del crédito; con relación a la hipoteca es solo un requisito mediato o indirecto, en cuanto que condiciona la inscripción registral. También JIMÉNEZ, *ob. cit.*, pág. 466.

⁶¹ BLANCO, *ob. cit.*, págs. 78-79, 108.

⁶² STS 4-6-2007 (Ar. 3426).

de las formalidades previstas en los artículos 1526 y 1527 del Código Civil. «La eficacia de la inscripción, todo lo más, trasciende a la transmisión de la hipoteca, es decir, del derecho accesorio, pero no afecta a la transferencia del derecho principal»⁶³.

JORDANO FRAGA parte de que cada uno de los derechos, el de crédito y el real de garantía, quedan sometidos a su propia ley de circulación, y de que la transmisión de ambos no es simultánea, sino que se produce una separación temporal/provisional. Así, la transmisión del crédito se produce por el simple acuerdo entre cedente y cesionario, pero la transmisión de la hipoteca requiere inscripción (constitutiva) en el Registro de la Propiedad, de manera que el cesionario no es titular de la garantía hipotecaria, tampoco frente al cedente, mientras la inscripción registral no se practique: la ley asigna el mismo valor a la inscripción registral a efectos del nacimiento de la hipoteca que a efectos de transmisión de la misma, de modo que lo que legalmente vale para la primera adquisición del derecho vale para las adquisiciones sucesivas; y ante el silencio del artículo 149 LH, el valor de la inscripción registral ha de extraerse de los artículos 1875 del Código Civil y 145 LH. Por tanto, si el primer cesionario no inscribe la cesión del crédito hipotecario a su favor, y el cedente vuelve a ceder el crédito garantizado con hipoteca a un segundo cesionario que reúne los requisitos del artículo 34 LH, será el segundo cesionario quien adquiera el crédito con la hipoteca (*ex arts.* 1526 CC y 34 LH), perdiendo el primer cesionario no inscrito su derecho de crédito previamente adquirido y viendo frustrada la posibilidad de consumir la adquisición de la hipoteca, sin perjuicio de la responsabilidad del doble cedente⁶⁴.

Por su parte, ANDERSON explica que una cosa es que la hipoteca sea funcionalmente accesorio al crédito y otra muy distinta que la transmisión del derecho real, a consecuencia de dicha accesoriedad, deba regirse por las normas dictadas para la cesión del derecho personal que garantiza. Se puede afirmar, dice, que la hipoteca es accesorio del crédito, sin dejar de reconocer que el cambio de titularidad de la hipoteca requiere el cumplimiento de ciertas formalidades que

⁶³ NAVARRO, *ob. cit.*, págs. 59-60. No obstante, observamos una contradicción en la explicación de este autor, por cuanto, tras afirmar que la inscripción mira solo a la oponibilidad a los terceros del traspaso de la hipoteca, mantiene también que mientras no se realiza la inscripción, el cedente es considerado titular de la hipoteca. Si esto último es cierto, será porque la inscripción es constitutiva, de modo que mientras no se practica no hay transmisión, ni siquiera entre cedente y cesionario, y no es solo un requisito de oponibilidad a terceros de la cesión del crédito hipotecario.

⁶⁴ JORDANO, *ob. cit.*, págs. 1275 y sigs. Lo explicado para la hipoteca se aplica también a la prenda, añade este autor: la garantía no se transmite al cesionario sin la pertinente *traditio*/modo, sin perjuicio de que la adquisición del crédito cedido ya se haya producido antes a favor del cesionario por el solo contrato de cesión; por tanto, lo normal es que primero se transmita el crédito y, sucesivamente, la prenda, originándose una transmisión temporalmente separada de crédito y garantía accesorio, producto de la aplicación de distintas leyes de tráfico.

se justifican por la naturaleza real y registral del derecho de garantía. No otorga, sin embargo, esta autora carácter constitutivo a la inscripción, aunque señala que es imprescindible practicarla, como deriva de la regulación positiva del ejercicio del derecho de hipoteca, que depende directamente de la legitimación que otorga el Registro. La inscripción de la cesión, sostiene, es más que una inscripción declarativa: el cesionario no inscrito no puede ejercitar la acción de devastación, ni negociar con el rango de la hipoteca, ni consentir la cancelación de la hipoteca, así como tampoco ejecutar la hipoteca a través del procedimiento judicial sumario o del procedimiento ejecutivo extrajudicial. Pero es menos que una inscripción constitutiva: en caso de doble cesión del crédito hipotecario por el mismo cedente, será preferido el que primero inscriba (siendo, además, de buena fe y habiendo adquirido a título oneroso, arts. 1473 CC y 34 LH), lo que supone una adquisición *a non domino* coherente con el carácter declarativo de la inscripción que es la regla general de nuestro sistema inmobiliario y con la idea de que es posible la adquisición del crédito fuera del Registro, pero no con una inscripción realmente constitutiva, que supondría que el único titular del crédito es el que consta en el Registro y no caben las adquisiciones *a non domino*⁶⁵.

En relación con la explicación de esta autora, efectivamente, parece que preferir al que primero inscriba supondría una adquisición *a non domino* del segundo cesionario si se mantuviera que la inscripción es declarativa y, por tanto, hubiera que admitir que el primer cesionario ya habría adquirido el crédito en virtud del convenio de cesión. Pero si se mantiene que la inscripción es constitutiva y que, por tanto, no hay adquisición, ni siquiera *inter partes*, por el primer cesionario que todavía no ha inscrito, no hay tal adquisición *a non domino*, sino una única adquisición, la del segundo cesionario que inscribe. Lo que ocurre es que si ha de separarse el sistema de circulación del crédito de las reglas de circulación de la hipoteca que lo asegura, esta disociación conduce a distintos efectos y, por tanto, a afirmar a la vez: de un lado, la adquisición *a non domino* del crédito por quien primero inscribe, pues adquiere el crédito a pesar de que ya lo habría adquirido el primero en contratar (de acuerdo con las reglas propias de transmisión de los créditos), y, de otro lado, la transmisión de la garantía hipotecaria del titular registral (el cedente garantizado). De manera que es posible que el crédito se ceda sin la hipoteca, pero, si esta no se excluye mediante pacto, se transmite a quien contrata con su titular según el Registro, arrastrando la adquisición del crédito por el mismo y provocando la frustración de la posibilidad de que el primer cesionario inscriba y sea preferido. En suma, la regla de protección del segundo cesionario produce la adquisición *a non domino* por este del crédito garantizado⁶⁶.

⁶⁵ ANDERSON, *La cesión...*, cit., págs. 163-188.

⁶⁶ GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pág. 217, al tratar la cesión de crédito ajeno, mantiene que son excepcionales los casos de adquisición *a non domino* de crédito cuya cesión

Finalmente, AMORÓS GUARDIOLA parte de los siguientes interrogantes: «¿cómo exigir la inscripción para reconocer la existencia del acreedor hipotecario primitivo, y no exigirla en cambio en la persona del cesionario acreedor garantizado posterior?»; «¿cómo es posible que, siendo constitutiva la inscripción de la hipoteca en su nacimiento originario, no lo sea en su adquisición derivativa por vía de cesión?». Las razones técnicas de esa exigencia legal parecen ser las mismas (la falta de posesión y la necesidad de publicidad), señala. AMORÓS GUARDIOLA parte de que es en los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria de 1946 donde se contienen los requisitos de la cesión de créditos, y no, por tanto, en el artículo 1526.2 del Código Civil, norma esta con un significado distinto. Los artículos 149 a 152 de la mencionada Ley coinciden con los artículos 150 a 152 de la Ley Hipotecaria de 1909; y, en concreto, el artículo 150 (que contenía los requisitos de escritura, inscripción y notificación al deudor), aunque no había sido modificado en 1909 (manteniéndose la redacción de la Ley Hipotecaria de 1861), debía ser situado y comprendido dentro de un sistema legal nuevo que imponía la inscripción constitutiva de la hipoteca: el sistema del Código Civil (art. 1875 CC). La cesión de créditos debía comprenderse dentro del nuevo marco legal, de manera que la inscripción es necesaria para la eficacia de la cesión frente a terceros (como antes del Código Civil), pero también «para la propia existencia del acto de cesión (inscripción constitutiva), de manera que el cesionario no será titular del crédito hipotecario mientras no haya inscrito la cesión, ni siquiera frente al cedente por virtud del contrato. Este solo sirve para la cesión del crédito ordinario sin garantía (que subyace a todo crédito hipotecario) o escriturario, pero no para la existencia de la cesión del crédito hipotecario, que exige la inscripción con carácter necesario, es decir, como requisito de validez y no de eficacia». Lo que regula el artículo 1526 es la prueba frente a terceros de los actos de cesión de créditos, remitiendo a la fecha fehaciente, de manera que, siendo su finalidad la probatoria, no puede considerarse una excepción de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. La remisión que realiza el artículo 1537 del Código Civil a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria excluye cualquier contradicción y determina la aplicación preferente de la Ley especial. Finalmente, en materia de derecho de hipoteca el principio inspirador es el de la inscripción constitutiva, y no debe acudir al principio general de inscripción declarativa que informa nuestro sistema hipotecario, pues, no existiendo laguna legal y estando la cuestión perfectamente regulada en el artículo 149 LH, este debe integrarse con los artículos del Código Civil relativos a la misma materia⁶⁷.

fue contratada por quien no era su verdadero titular; podrán resultar de la inoponibilidad de una cesión anterior no inscrita frente al cesionario posterior de buena fe que haya inscrito su derecho (arts. 1526. 2 CC y 32 LH).

⁶⁷ AMORÓS, «La cesión de los créditos hipotecarios», en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ *et al.* (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, 2003, págs. 3453, 3455-3471.

Pues bien, la actual redacción del artículo 149 distingue en incisos separados la cesión del crédito garantizado y la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantiza el crédito, estableciendo que esta última debe inscribirse y sin aclarar nada. El carácter de la inscripción registral sí quedaba claro en la redacción que el Anteproyecto de la Ley 41/2007 proponía: «el crédito garantizado con hipoteca podrá enajenarse o cederse con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario. La transmisión de la titularidad de la hipoteca que garantice el cumplimiento de una obligación exigirá los mismos requisitos que para su constitución». Y aunque en el Proyecto de Ley ya se introdujo la redacción hoy vigente, parece que esta debe interpretarse en el sentido de la del Anteproyecto.

Sin embargo, tras la reforma, no todos los autores están de acuerdo en la interpretación del régimen legal. Así, para MANRIQUE PLAZA la reforma no implica disgregar el régimen del crédito garantizado y la cesión de la titularidad de la hipoteca, de manera que se cederían separadamente, y tampoco ha sido una auténtica modificación del régimen jurídico, sino tan solo una mejora técnica, unas pequeñas diferencias terminológicas que en nada afectan a lo esencial; así, con relación a la cesión de la titularidad de la hipoteca, escritura e inscripción no son requisitos de validez de la cesión sino condicionantes de su eficacia frente a terceros⁶⁸. Sin embargo, Blanco distingue entre la transmisión del crédito al cesionario, que se produce desde el momento de la perfección del contrato (aunque frente a terceros no surte efectos sino desde la fecha de la inscripción en el Registro en virtud del art. 1526. 2 CC), y la transmisión del derecho real de hipoteca de cedente a cesionario, que es consecuencia de la inscripción y no del contrato de cesión (como deriva de la redacción actual del art. 149 LH)⁶⁹.

En consonancia con lo que ahora dispone el artículo 149 LH, la propuesta de anteproyecto de ley de modificación del Código de Comercio elaborada por la sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación disponía en el artículo 76 que la cesión de un crédito mercantil comprende sus garantías reales, sin necesidad de nuevo acuerdo. Pero añadía: «Si con arreglo al régimen propio del derecho de garantía fuera necesario un acto especial de cesión, el cedente estará obligado a realizarlo». Esta exigencia no aparece, en cambio, en la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del Código Civil de la sección civil, cuyo artículo 1216 se limita a establecer que la cesión de un crédito comprende la de la hipoteca, salvo pacto en contrario.

También se limitan a disponer la transmisión de los accesorios y garantías, junto con el crédito que se cede, el artículo 9. 1. 14 de los Principios de UNIDROIT y el artículo 5: 115 del DCFR. Más detallada, en cambio, es la

⁶⁸ MANRIQUE, «La hipoteca: constitución y cesión», en Valerio PÉREZ DE MADRID CARRERAS (coord.), *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2008, págs. 162-163.

⁶⁹ BLANCO, *ob. cit.*, págs. 80, 107, 111.

regulación del artículo 10 de la Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional de UNCITRAL: dispone en su apartado 1 que la garantía personal o real del pago de un crédito quedará transferida al cesionario sin necesidad de que haya un nuevo acto de transmisión; pero si, sigue la norma, con arreglo a la ley, la garantía únicamente es transferible mediante un nuevo acto de transmisión, el cedente estará obligado a transferirla al cesionario junto con el producto de ella; y ello se entiende sin perjuicio, añade el apartado 6, de cualquier requisito impuesto por otra norma de derecho que no sea la presente Convención respecto de la forma o de la inscripción en un registro de la transferencia de toda garantía del pago de un crédito cedido.

Por su parte, el artículo 11: 201 de los PECL dispone que la cesión de un crédito transmite al cesionario todos los derechos accesorios de garantía. Así, se dice en el comentario, la cesión «puede» transmitir los derechos accesorios que aseguren el cumplimiento del deudor, como las garantías reales; entendemos que el verbo entrecomillado quiere aludir a la posibilidad de pacto en contrario, posible en ordenamientos como el español, pues a continuación se añade que en muchos ordenamientos la transmisión de los derechos accesorios se considera inherente a la cesión, hasta el punto de que no puede excluirse por convenio, lo que supondría dejar al cesionario sin derechos respecto a la garantía, con el resultado de que ni el cedente ni el cesionario podrían ejecutarla. Y, por otra parte, los derechos accesorios se transmiten de manera automática al cesionario y no exigen una cesión separada (se aclara expresamente en el comentario al artículo 11: 204); sólo si se trata de derechos no accesorios (como garantías a primera demanda) no se transmiten de manera automática con la cesión y se han de transmitir de manera específica al cesionario. Pues bien, sin perjuicio de que no sea necesario un nuevo, y separado, acuerdo de cesión, esto se ha de entender en consonancia con la necesidad de inscripción registral que pueda establecer el Derecho estatal, lo que ha de extenderse a la regulación del DCFR o de los Principios de UNIDROIT.

4.3. PRENDA DE CRÉDITOS

En el Derecho español, autorizadas voces han asimilado cesión de créditos en garantía y prenda de créditos, descartando, puesto que nuestro sistema es causalista, que se transmita la titularidad plena al acreedor pignoraticio, que solo sería cotitular del crédito pignorado⁷⁰. No obstante, otros autores identi-

⁷⁰ PANTALEÓN, «Cesión de créditos», *cit.*, págs. 1042-1048, y «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal», en *La Ley*, Tomo 6, 1997, D-316, págs. 1461-1462, afirma que la cesión de créditos en garantía viene a ser una prenda de créditos, y explica que en un sistema de transmisiones patrimoniales causalista como el

fican la cesión en garantía con una cesión *pro solvendo*, afirmando el efecto traslativo⁷¹.

En los textos internacionales que se vienen examinando cesión plena y cesión en garantía suelen quedar sometidas a las mismas normas. Pero en algunos se incluyen determinadas aclaraciones que indican la diferencia entre ambas, en el sentido de que cuando se trata de constituir una garantía sobre el crédito, la cesión no implica transmisión plena⁷². Así, el artículo 9.1.1 de los Principios de UNIDROIT dispone que la cesión de créditos incluye una transferencia a modo de garantía. También el artículo 2 de la Convención de UNCITRAL dispone que se considerará transferencia la creación de derechos sobre créditos a título de garantía de una deuda u otra obligación; pero en la Nota explicativa de la Secretaría se aclaraba que la definición de cesión abarcaba tanto la constitución de una garantía real sobre los créditos cedidos, como la transferencia de la *plena* titularidad de los mismos, no especificándose lo que constituye cesión pura y simple o cesión con fines de garantía, por estimar preferible que dicha cuestión sea resuelta por el derecho aplicable a la cesión al margen de la Convención.

El artículo 11: 101 de los PECL, apartados 4 y 5, establece que quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la regulación tanto la cesión a título de garantía (lo que se considera inadmisibile por algunos autores)⁷³, como el

nuestro, las prendas de crédito no pueden producir el efecto de transmitir al cesionario la íntegra titularidad del crédito: en el Derecho español las cesiones de crédito con finalidad de garantía no pueden ser plenas, sino que sólo caben cesiones realmente limitadas, que generan una especial situación de cotitularidad del crédito entre cedente y cesionario congruente con la causa de garantía.

También para ARANDA, *La prenda de créditos*, cit., págs. 63-149, la prenda de créditos es una cesión de créditos con causa de garantía, de manera que no se transmite al acreedor pignoraticio o cesionario la titularidad plena, sino una serie de facultades del derecho de crédito, originándose una situación de titularidad concurrente sobre el mismo.

En el mismo sentido, afirmando que la cesión de créditos en garantía equivale a una prenda de créditos, RECALDE, *La separación concursal...*, cit., pág. 4336.

Vid. STS 5-3-2004 (Ar. 1808).

⁷¹ Sobre la cuestión, PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., págs. 1051-1052; GARCÍA VICENTE, «Comentario a las SSTs de 5 de marzo de 2004 (RJ 2004/1808 y 1811)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, 2004, pág. 1204, y *La prenda de créditos*, Navarra, 2006, págs. 233-238; ORTI, *ob. cit.*, págs. 10-11, 15.

⁷² Sobre los sistemas alemán y francés, CASHIN-RITAINE, *ob. cit.*, págs. 359-402.

⁷³ ORTI, *ob. cit.*, págs. 9-10, considera que la norma puede contentar a los países en los que impera un sistema abstracto en las transmisiones patrimoniales *inter vivos*, pero es inadmisibile donde rijan un sistema causalista, como en España. La función de la causa de la cesión (la transferencia del crédito) no opera este efecto si no va acompañada de una específica finalidad; si la cesión, añade, sirve para cumplir una función distinta de la genuina transmisión del crédito, la cesión no produce el efecto que le es propio, sin perjuicio de que pueda producir otro. Por tanto, concluye el autor citado, no son cesiones plenas y no producen la transferencia del crédito la cesión con finalidad de cobro y la cesión en garantía; y sí lo son, produciéndose el efecto transmisivo, la cesión en pago, tanto en su modalidad *pro soluto* como *pro solvendo*.

otorgamiento convencional de un derecho de garantía del crédito por un mecanismo distinto a la cesión. En el comentario a estas normas se explica que con esta fórmula general se evita la referencia a formas específicas de garantía de cada ordenamiento «que no implican transmisión, como el supuesto de la prenda o pignoración»; con las debidas adaptaciones, de modo que las referencias a la cesión deben entenderse hechas también a la entrega del crédito a título de garantía, se aplicará el capítulo dedicado a la cesión de créditos a los supuestos de constitución de garantías sin transmisión de derechos. Sin embargo, el artículo 5: 102 (2) del DCFR define la cesión como el contrato o acto jurídico dirigido a transmitir el derecho, a lo que añade el artículo 5: 103 que para las cesiones con finalidad de garantía se aplican las normas del libro IX, que tienen prioridad sobre las normas relativas a la cesión de créditos.

Partiendo de la tesis de la concurrencia de titularidades, en cualquier caso, la finalidad de garantía no impide la aplicación de los artículos 1526 y 1527 del Código Civil a esta cesión de créditos, en relación con la oponibilidad de la misma a terceros. Lo que ocurre es que, siendo ahora el cesionario un acreedor pignoraticio, no puede reproducirse cuanto se lleva dicho. En la cesión de créditos plena el cesionario es el adquirente del crédito y nuevo acreedor, pudiendo hacer valer su titularidad tanto frente a acreedores del cedente como frente a cesionarios sucesivos (además del deudor). En la prenda de créditos la eficacia de la cesión puede plantearse asimismo en relación con ulteriores cesionarios (tanto cesionarios plenos, como en garantía) (además del deudor), y frente a los acreedores del cedente, pero ahora para valorar si el cesionario puede, como acreedor garantizado que es, no ya ejercitar una tercería de dominio ante el embargo o un derecho de separación en el concurso, pues no es titular pleno del crédito, sino ejercitar una tercería de mejor derecho o gozar de privilegio.

Planteadas en estos términos la cuestión de la eficacia de la cesión de créditos en garantía, hay que partir de las palabras de PANTALEÓN⁷⁴: a la prenda de créditos se aplican por analogía los artículos 1526.1 y 1527 del Código Civil, de manera que su eficacia frente a terceros no requiere necesariamente instrumento público, ni es requisito constitutivo de la prenda la notificación de la cesión al deudor del crédito pignorado⁷⁵; en cuanto verdadero cotitular del crédito pignorado, la posición del cesionario-acreedor pignoraticio es privilegiada frente a los restantes acreedores del cedente-constituyente de la prenda

⁷⁴ PANTALEÓN, «Prenda de créditos», *cit.*, págs. 1461-1462.

⁷⁵ Sobre la función de la notificación de la prenda al deudor cedido, ARANDA, *La prenda de créditos*, *cit.*, págs. 157-174, y «La prenda de créditos en el Derecho español. Algunos problemas tradicionales y su regulación actual», en VV.AA., *Cuestiones actuales de las garantías mobiliarias*, MIGUEL GONZÁLEZ (dir.), Madrid, 2013, págs. 55-59; GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, *cit.*, págs. 61-73; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «La prenda de créditos: análisis de la realidad actual de una institución», en CAÑIZARES LASO (coord.), *Perspectivas actuales del Derecho de Garantías*, Navarra, 2013, págs. 152-156.

(debiendo decidir si ese privilegio se funda en una interpretación extensiva del art. 1922.2.º CC o en su aplicación analógica)⁷⁶. De manera que el éxito de la tercería de mejor derecho que ejercitase el cesionario-acreedor pignoraticio ante el procedimiento de ejecución singular promovido por los acreedores del cedente-deudor pignoraticio, dependerá de la certeza de la fecha de la cesión, de acuerdo con el artículo 1526.1 del Código Civil, sin que sean precisos el documento público o la inscripción registral de la cesión.

A la eficacia de la cesión de créditos en garantía en el concurso del cedente-deudor pignoraticio se refiere el artículo 90.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que regula los créditos con privilegio especial. Según el apartado 6.º, son créditos con privilegio especial los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, pero si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados⁷⁷. PANTALEÓN criticó la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, en la que no existía esta referencia especial a la prenda de créditos, proponiendo una norma según la que, para que gozara de privilegio el crédito, el contrato de cesión en garantía de créditos o derechos debería constar en documento de fecha cierta anterior a la fecha de la declaración judicial de concurso⁷⁸. Así pues, el acreedor garantizado (cesionario) podrá hacer valer en el concurso el privilegio que deriva de una cesión anterior a la declaración de concurso del cedente, si consta en documento con fecha fehaciente.

También se refirió a las formalidades de la pignoración de créditos, en el ámbito de las garantías financieras que regula, el Real Decreto-ley 5/2005, de

⁷⁶ Según ARANDA, *La prenda de créditos*, cit., págs. 199-231, y «La prenda de créditos en el Derecho español», cit., págs. 48-55, para la eficacia de la prenda de créditos frente a terceros (acreedores del cedente o cesionarios sucesivos) se aplica la normativa de la prenda y, por tanto, ha de estarse a la fecha cierta del contrato (art. 1865 CC). Frente a los acreedores del cedente, la posición del cesionario garantizado es similar a la de un acreedor pignoraticio ordinario: goza del privilegio del artículo 1922.2.º del Código Civil y, en caso de concurso del cedente-pignorante tiene un derecho de abstención y de ejecución separada como titular de una garantía; si se embarga el crédito pignorado, el cesionario garantizado puede ejercitar una tercería de mejor derecho para satisfacerse con preferencia frente al acreedor embargante (debiendo atenderse a las fechas de constitución de la prenda y del embargo). Si fuera el cesionario el insolvente, el cedente o sus acreedores podrían ejercitar una acción de separación *ex iure dominii*. Y finalmente, el conflicto entre el acreedor pignoraticio y los cesionarios sucesivos se resuelve atendiendo al criterio de la certeza de la fecha dispuesto en los artículos 1526 y 1865 del Código Civil.

También acerca del privilegio del acreedor pignoraticio, GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, cit., págs. 123-137.

⁷⁷ GARCÍA VICENTE, «La inconsistencia de la prenda y de la cesión de créditos futuros en el concurso del pignorante o cedente (Comentario SJM 2, Barcelona 30-9-2008)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18, 2009, págs. 405, 412-415, insiste en lo que dispone el artículo 90.1.6.º LC para considerar inaceptable la tesis del valor constitutivo de la notificación al deudor del crédito pignorado.

⁷⁸ PANTALEÓN, «Prenda de créditos», cit., pág. 1462.

11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que incorpora la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera⁷⁹. De acuerdo con el artículo 8, el acuerdo de garantía financiera deberá constar por escrito o de forma jurídicamente equivalente, sin que pueda exigirse ninguna otra formalidad para su constitución, validez, eficacia frente a terceros, ejecutabilidad o admisibilidad como prueba. No obstante, sigue el apartado segundo, además del acuerdo anterior, la constitución de la garantía requerirá la aportación del activo objeto de la garantía y constancia de ello por escrito o forma jurídicamente equivalente. A estas previsiones ha venido a añadir la Ley 7/2011, de 11 de abril, de reforma del Real Decreto-ley mencionado, que para los derechos de crédito, su inclusión en una lista de créditos presentada al beneficiario de la garantía por escrito o de forma jurídicamente equivalente bastará para identificar el derecho de crédito y para demostrar la aportación de este crédito como garantía financiera entre las partes y contra el deudor o los terceros. Sin embargo, añade la norma, el deudor que pague antes de ser notificado de la aportación del derecho de crédito en garantía, quedará liberado. En suma, la cuestión de la oponibilidad del acuerdo de garantía a terceros, incluido el deudor (salvo una regla específica de protección del mismo), se soluciona con la constancia del mismo por escrito.

Llegamos, así, a la regulación del tema que resulta más discutible. La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, introdujo en su disposición final tercera, apartado tercero, una modificación del artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de posesión, de 16 de diciembre de 1954, que pasó a disponer que los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento y «para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles»⁸⁰. Ya antes autores como GARCÍA VICENTE denunciaban el problema de las «garantías ocultas» o de la existencia de garantías sin publicidad alguna, si bien terminaba considerando excesiva la inscripción registral y planteando el tema como una cuestión de información dinámica de la situación de solvencia de los deudores⁸¹. PÉREZ DE MADRID explica que el *leit motiv* de la reforma que la Ley 41/2007 introduce en la LHMPD era poner fin a las garantías ocultas mediante la inclusión obligatoria de las prendas de créditos en el Registro de Bienes Muebles. Ahora bien, esto no se ha conseguido porque,

⁷⁹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 146-148, y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Las garantías financieras: más baratas, más fáciles, más seguras», en VV.AA., *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, MIGUEL GONZÁLEZ (dir.), Madrid, 2013, págs. 69-92.

⁸⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 148-152.

⁸¹ GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, cit., págs. 239-246. Admite este autor que es posible discutir si la publicidad registral informa sobre el grado de solvencia de un deudor o si tiene una función limitada a advertir a los sucesivos subadquirentes de las cargas o gravámenes que soportan los bienes que adquieren.

dice, como se deduce del artículo 56 LHMPSD, la inscripción de la prenda de créditos no asegura que no haya prendas anteriores preferentes, ni exactitud, ni legitimación, ni oponibilidad de lo no inscrito, ni fe pública ni reipersecutoriedad. Y es que, añade, la publicidad no tiene el monopolio de la oponibilidad, porque caben derechos reales oponibles a tercero por la constancia en documento público, como demuestran los artículos 1865, para la prenda, o el 1218, en general⁸².

En efecto, partiendo, con MIQUEL GONZÁLEZ, de que la publicidad registral no es un mecanismo de protección de los acreedores, sino de los adquirentes, nada supondrá para aquellos que la prenda de créditos se haya inscrito en el Registro de Bienes Muebles⁸³. La preferencia de la prenda debe derivar de su prioridad según su fecha, pero no de una inscripción, que puede que no exista cuando se consulta el Registro, constando, sin embargo, inmediatamente después. Así como el problema de las prendas ocultas podría presentarse a los terceros adquirentes (respecto de los cuales puede plantearse si habrían de soportar el gravamen no inscrito), no ocurre lo mismo con los acreedores, que, como dice el autor citado, no tienen derecho a una determinada composición del patrimonio del deudor, y, por tanto, resultarán afectados por los actos de su deudor anteriores al embargo, consten o no registralmente⁸⁴. La reforma que introdujo la Ley 41/2007 no tuvo en cuenta que, como disponen los artículos 1865 del Código Civil y 56 LHMPSD, la prenda ha de ser oponible a los acreedores si consta en documento de fecha auténtica anterior, sin necesidad de inscripción registral.

Desde esta perspectiva se entenderá, pues, el juicio desfavorable que también merece la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal de 2003, que establece un inciso más en el artículo 90.1.6.º LC (apartado 61 del artículo único), según el cual la prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso⁸⁵. La necesidad de constancia registral de la prenda anterior a la declaración de

⁸² PÉREZ DE MADRID, «La prenda de créditos y la reforma de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la posesión (LHMPSD)», en PÉREZ DE MADRID CARRERAS (coord.), *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2008, págs. 346, 349-350, 355-357.

⁸³ MIQUEL, «La reserva de dominio», *cit.*, págs. 528, 556, 569-572, 580-581, 585-588, e «Introducción», *cit.*, págs. 17-21.

⁸⁴ Como señalan MIQUEL - GARCIMARTÍN, «El nuevo artículo 90.1.6.º *in fine* de la Ley Concursal: opciones interpretativas y el dilema de los acreedores», en *El Notario del Siglo XXI*, 2011, núm. 40, pág. 28, ningún acreedor ordinario consulta el Registro antes de dar crédito, y hacen bien, porque nada impide que al día siguiente su deudor venda o grave los bienes.

⁸⁵ Sin embargo, el Proyecto de Ley, de 23 de marzo de 2011, disponía únicamente que la prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso.

concurso, para que el acreedor garantizado goce de privilegio especial cuando el crédito nazca después de la declaración de concurso, implica supeditar la condición de los acreedores a la publicidad registral y someter el privilegio derivado de la garantía a una inscripción de la prenda, siendo así que ésta, por el contrario, debería ser oponible a los acreedores en función de su fecha. Obviando esto, la inscripción registral de la prenda sin desplazamiento de créditos se establece porque «la publicidad busca la oponibilidad del privilegio frente a terceros», ha declarado la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de mayo de 2012 (*JUR* 2012/210678), «sobre los problemas organizativos que plantea la inscripción en “un Registro Público” a que se refiere el inciso final del artículo 90.1.6.º de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal». El registro público al que se refiere el artículo 90.1.6.º LC, aclara la Instrucción, es el Registro de Bienes Muebles donde hubiere de inscribirse la prenda sin desplazamiento de créditos, y dentro de él la inscripción se practicará en la sección cuarta, «otras garantías reales»; de otro lado, el criterio para determinar la oficina registral competente para la inscripción es la regla de competencia residual del artículo 70.4.ª LHMPSD: inscripción en el registro correspondiente al domicilio del pignorante (Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero). Finalmente, sigue la Instrucción, la prenda sin desplazamiento podrá constituirse en escritura pública o en póliza intervenida por notario y cada escritura o póliza se inscribirá en un solo asiento, cualesquiera que sean los créditos dados en garantía; una vez practicada la inscripción, el registrador extenderá las correspondientes referencias previstas en el artículo 8 RHMPSD en el índice de acreedores y en el índice de pignorantes; y la publicidad formal que se dé en Internet a través del Fichero Localizador de Bienes Muebles Inscribibles en el portal del Colegio de registradores deberá permitir búsquedas de las prendas de crédito inscritas en cualquier registro en razón del pignorante que las consintió; los créditos pignorados se identificarán por una descripción sumaria pero suficiente, que puede ser literal en su caso, y de cualquier forma se incluirá una referencia al importe del crédito asegurado o la cifra máxima de responsabilidad (Fundamento de Derecho octavo).

4.4. CESIÓN DE CRÉDITOS FUTUROS Y *FACTORING*

Admitida, tanto a nivel doctrinal como a nivel normativo (en todos los textos unificadores internacionales que se vienen citando), la cesión de créditos futuros, ha planteado alguna duda, no obstante, la cesión global de dichos créditos⁸⁶. Aho-

⁸⁶ PANTALEÓN, «Cesión de créditos», *cit.*, págs. 1094-1096, y «Prenda de créditos», *cit.*, pág. 1461; GARCÍA-CRUCES, *ob. cit.*, págs. 393-400; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Contrato de factoring y cesión de créditos*, Madrid, 1995, págs. 53-102, 177-186; RECALDE, «Contrato de

ra bien, ciñéndonos al tema de los efectos de la cesión de créditos futuros, suele afirmarse, partiendo de un ordenamiento causalista como el español, que dichos efectos dependen de la modalidad de *factoring* acogida por los contratantes y que ésta, a su vez, viene determinada por la finalidad perseguida por las partes⁸⁷.

Así, GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que no se plantea problema de oponibilidad en los supuestos en que el *factoring* equivale a una comisión de cobro (que él denomina *factoring* con recurso y sin financiación), puesto que, no producida la transmisión del crédito, los acreedores del cedente podrían embargarlo, sin que a la sociedad de *factoring* corresponda tercería alguna. Y para las modalidades en que se produce desplazamiento de los créditos del patrimonio del empresario al patrimonio de la sociedad de *factoring* (supuestos de *factoring* sin recurso y de *factoring* con recurso y con financiación), del artículo 1526 del Código Civil resulta que el cesionario sólo puede prevalecer sobre los acreedores del cedente o sobre otros posibles cesionarios del mismo crédito cuando acredite la prioridad temporal de su derecho, ya sea mediante escritura pública o, cuando se trate de documento privado, cuando la fecha de este pueda ser suficientemente acreditada en la forma prevista en el artículo 1227 del Código Civil o a través de cualquier otro medio de prueba⁸⁸.

En parecido sentido, para RECALDE la causa económica que subyace a la cesión determinará las consecuencias en caso de concurso del cedente. Así, si la cesión se hizo con fines de mero apoderamiento para el cobro del crédito por el cesionario, el cedente seguirá siendo el titular del crédito, que se incluirá en el inventario de la masa. En cambio, en la cesión de créditos en garantía de un crédito del cesionario contra el cedente (caso del *factoring* impropio o con recurso), se aplicarán las normas de la prenda de créditos, de manera que el acreedor pignoraticio tendrá un privilegio especial para un cobro preferente con el importe del crédito cedido (art. 90.1.6.º LC). Por último, si la cesión tuviera plenos efectos traslativos (caso del *factoring* propio o sin recurso), el cesionario gozará de un derecho de separación para evitar la inclusión del crédito en la masa activa (art. 80 LC)⁸⁹.

Por tanto, la modalidad de *factoring*, determinada por la finalidad perseguida por las partes, implicará o no efectos traslativos y distintas consecuencias en orden a la posición del cesionario, tanto frente a los acreedores del cedente como frente a cesionarios sucesivos. Pero, además de lo anterior, la oponibilidad de la

factoring...», cit., pág. 3992; GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, cit., págs. 153-158, 160-164, 167-169, 186-192, 204-218; ORTÍ, ob. cit., págs. 4-9, 15-24, 27-29.

⁸⁷ En especial, GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit., págs. 103-167.

Afirman el efecto traslativo RECALDE, «Contrato de *factoring...*», cit., págs. 3992-3993; GARCÍA VICENTE, «Comentario a las SSTs de 5 de marzo de 2004 (RJ 2004/1808 y 1811)», cit., pág. 1207. Vid. SSTs 11-2-2003 (Ar. 938) y 4-12-2007 (Ar. 8897).

⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit., págs. 169-173.

⁸⁹ RECALDE, «La separación concursal...», cit., págs. 4337-434.

cesión a terceros dependerá, como ha explicado la doctrina, de que la cesión del crédito futuro tenga efecto retroactivo al momento del convenio de cesión o no.

En el caso de concurso, PANTALEÓN distinguía, en línea con la doctrina y jurisprudencia alemanas: si al convenirse la cesión anticipada o, al menos, antes de la fecha de la quiebra, estaba ya celebrado el contrato duradero (por ejemplo, de suministro), fuente de los créditos futuros objeto de la cesión global en garantía, dichos créditos nacerán pignorados, pese a generarse tras intervenir la quiebra, con base en la expectativa de pignoración ya transmitida cuando el cedente en garantía gozaba aún de la libre disposición de su patrimonio; y ocurrirá lo contrario (integración, no pignorados, en la masa activa de la quiebra) con los créditos que nazcan de contratos que, aunque contemplados ya al tiempo de pactarse la cesión anticipada en garantía como fuente de créditos objeto de pignoración, no se hayan perfeccionado antes de la fecha de la quiebra. De acuerdo con lo anterior, proponía la inclusión de una norma en la Ley Concursal según la cual en caso de cesión anticipada de créditos futuros en garantía, sólo se gozará del privilegio sobre los créditos nacidos de un contrato ya celebrado o de una relación jurídica ya constituida en fecha cierta anterior a la fecha de la declaración de concurso⁹⁰.

Un posterior desarrollo de las ideas de PANTALEÓN se puede encontrar en la posición de ORTI⁹¹. Partiendo de que la cesión de los créditos en garantía también es posible en el *factoring*, pero sin que en ese caso se produzca efecto traslativo, ORTI señala otras modalidades en que el cesionario-factor también puede financiar, pero convirtiéndose en titular de los créditos, porque en ellas la función traslativa es plena: la cesión en pago (*factoring* sin recurso) y la cesión para pago (*factoring* con recurso). Respecto de los cesionarios sucesivos, sostiene ORTI que para que la cesión sea oponible al segundo cesionario habrá que atender a la certeza de la fecha, solucionándose las cuestiones relativas al pago liberatorio del deudor por el artículo 1164 y 1529 del Código Civil, junto con las reglas del cobro de lo indebido. Por lo que se refiere a los acreedores del cedente debe realizarse una distinción, en atención al momento en que se produce la adquisición del crédito por el cesionario: a) créditos surgidos de relaciones jurídicas ya nacidas al tiempo del contrato de cesión: puesto que la adquisición se produce en el momento del acuerdo de cesión (en la medida en que la fecha del contrato de cesión sea oponible a terceros, de acuerdo con los arts. 1218 y 1227 CC), los acreedores del cedente no podrán embargar el crédito, disponiendo el cesionario de una tercería de dominio; b) créditos cuyo

⁹⁰ PANTALEÓN, «Prenda de créditos», *cit.*, pág. 1462. En la misma línea, GARCÍA VICENTE, «La inconsistencia de la prenda...», *cit.*, pág. 416.

⁹¹ También GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, *cit.*, págs. 179-186, si bien a continuación critica esa distinción de los créditos futuros en función de que nazcan de relaciones obligatorias preexistentes o de contratos todavía no celebrados (págs. 206-208).

contrato fuente todavía no existe: rechazándose la adquisición del crédito con efecto retroactivo al momento de la cesión, los acreedores del cedente cuyos derechos sean anteriores al momento de surgimiento del contrato origen del crédito, podrán embargarlo y gozarán de prioridad sobre el cesionario, pero no gozarán de esa prioridad los acreedores del cedente cuyos derechos se originen entre el surgimiento de la relación fuente del crédito y el nacimiento del crédito mismo⁹².

De acuerdo con lo anterior, la retroactividad de los efectos de la cesión del crédito depende de que el contrato origen de los créditos futuros se hubiese celebrado ya o no cuando se conviene la cesión de los créditos por nacer: se admite en el primer caso (contrato fuente ya existente) y se rechaza en el segundo (contrato fuente todavía inexistente). El cesionario es preferido a los acreedores del cedente en el primer caso porque se entiende que adquirió el crédito (si se trataba de una cesión plena) en el momento en que se convino su cesión (retroactividad al momento del acuerdo de cesión), pero no en el segundo, en el que han de ser preferidos los acreedores del cedente anteriores al contrato fuente (irretroactividad o, mejor, retroactividad solo al momento del contrato fuente)⁹³.

La solución de la retroactividad al momento del acuerdo de cesión ha sido acogida en algunos textos unificadores internacionales, con las consecuencias que ello implica, como se acaba de ver.

Según el artículo 9.1.5 de los Principios de UNIDROIT, el crédito futuro se considera cedido en el momento de celebrarse el acuerdo, siempre que, cuando llegue a existir, pueda ser identificado como aquél al que se refería la cesión. También, en cuanto al momento en que surte efectos la cesión de un crédito futuro, el artículo 11: 202 de los PECL establece un efecto retroactivo, «de especial interés en sede de prelación», dice el comentario al mismo; así, dispone que la cesión de un crédito futuro depende de la existencia del crédito cedido, pero en el momento en que su existencia sea cierta, surtirá efecto desde la fecha del acuerdo de cesión o desde el momento posterior convenido por cedente y cesionario⁹⁴. Y la misma retroactividad se dispone en el artículo 5: 114 (2) del DCFR, de manera que, entendiendo que el derecho se transmitió en el momento

⁹² ORTI, *ob. cit.*, págs. 15, 25-27.

⁹³ ORTI, *ob. cit.*, pág. 33, critica la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 1/1999, al considerar inadmisibles el efecto retroactivo de la adquisición del crédito al momento en que se realizó el contrato de cesión; piensa que no hay razones que justifiquen ese indiscriminado sacrificio de los acreedores del cedente en los supuestos de cesiones de créditos surgidos de contratos y relaciones todavía no nacidos.

⁹⁴ La Convención sobre *Factoring* Internacional, hecha en Ottawa el 28 de mayo de 1988, en el marco de UNIDROIT, dispone en el artículo 5 que la cesión de créditos futuros es válida si en el momento en que nacen tales créditos son determinables, y se transmitirán los derechos al cesionario en el momento en que nacen, sin necesidad de un nuevo acto de transferencia. No hay norma que establezca que la transmisión se considere hecha en el momento del convenio de cesión.

del acto de cesión, el cesionario debe ser preferido frente a los acreedores del cedente, se añade en el comentario a la norma.

Finalmente, la misma opinión desfavorable que se ha mostrado hasta ahora merecen algunos comentarios doctrinales favorables a la publicidad registral en este ámbito. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA planteaba la posibilidad de proteger a quienes contratan con el empresario-cedente confiando en su situación de aparente titularidad y sin posibilidad alguna para informarse sobre un hecho tan significativo de su estado patrimonial como es el de haber cedido de forma anticipada todos sus créditos profesionales; con un sistema de publicidad registral, sigue, los terceros podrían conocer de forma preventiva la situación patrimonial del empresario, y se resolverían los posibles conflictos entre los diversos cesionarios y acreedores en función de la prioridad temporal de las distintas inscripciones⁹⁵. También RECALDE hablaba de la conveniencia de algún mecanismo de publicidad de la cesión de créditos futuros para proteger el interés de los terceros acreedores del cedente, frente a un vaciamiento del patrimonio del deudor fruto de un contrato de *factoring*, si bien reconocía que un exceso de formalidades podría obstaculizar la agilidad y flexibilidad del mecanismo de la cesión de créditos, clave para el éxito del *factoring*⁹⁶. Nos permitimos repetir que, si el patrimonio del cedente puede cambiar, pues no tienen los acreedores un derecho a una composición fija o invariable del mismo, solo caben dos cosas: que los acreedores consulten continuamente el Registro, pues en cualquier momento podría constar en el mismo una cesión de créditos que con anterioridad no figuraba, o, lo que es más lógico, admitir que la publicidad registral no protege a todos los terceros y, por tanto, quienes pueden confiar en ella no son los acreedores, sino los adquirentes.

Como se avanzó en el apartado anterior, al que nos remitimos, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal de 2003, también dispone la necesidad de inscripción registral para que el acreedor pignoraticio tenga privilegio especial en relación con los créditos nacidos después de la declaración de concurso. Lo que se regula en la nueva redacción del artículo 90.1.6.º, según parece desprenderse de su tenor literal, es la prenda en garantía de créditos futuros⁹⁷, y, por tanto, un supuesto diferente al que aquí venimos analizando, en el que lo futuro no es el crédito garantizado (como sí parece

Por su parte, no contiene norma especial el artículo 8 de la Convención de UNCITRAL, que se limita a disponer que la cesión no será ineficaz entre cedente y cesionario o frente al deudor o a otra parte contratante, y no podrá denegarse prelación al derecho de un cesionario, por tratarse de una cesión de créditos futuros, de manera que regiría la regla del artículo 22 (remisión a la ley del lugar del cedente).

⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, págs. 183-184.

⁹⁶ RECALDE, «Contrato de *factoring*...», *cit.*, págs. 3995-3996.

⁹⁷ En relación con las obligaciones futuras como obligaciones asegurables, GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, *cit.*, págs. 75-93.

serlo en la nueva norma), sino el crédito cedido en garantía, aunque la intención inicial fuera regular en el artículo 90.1.6.º esto último, esto es, la prenda de créditos futuros⁹⁸. La Instrucción de la DGRN, de 12 de mayo de 2012, ya mencionada en el apartado anterior, explica, a propósito de los créditos susceptibles de ser garantizados registralmente en los términos del inciso final del artículo 90.1.6.º LC, que el precepto se aplica sin ningún género de dudas cuando se constituye la prenda sin desplazamiento en garantía de créditos futuros y, nacidos que sean los créditos garantizados, la eficacia *erga omnes* de la prenda sin desplazamiento se retrotrae a la fecha de la inscripción: artículo 142 LH; a estos efectos, añade la Instrucción, cabe reseñar que el que pueda constituirse una misma y única garantía (sobre créditos actuales o/y futuros) para asegurar el cumplimiento de todo tipo de obligaciones, incluso las futuras, es cuestión pacífica en la jurisprudencia (Fundamento de Derecho sexto). Ahora bien, sigue la Instrucción, en relación con los derechos pignoraables a los que se refiere el inciso final del artículo 90.1.6.º LC, que pueden darse en garantía o gravarse de este modo cualesquiera créditos futuros: tanto los créditos nacederos de contratos o de relaciones jurídicas existentes al momento de la pignoración como los créditos nacederos de contratos o de relaciones jurídicas inexistentes pero aún así determinables. La licitud de la constitución de garantías reales sobre créditos futuros encuentra su justificación en las reglas generales acerca de la licitud de los contratos sobre cosa futura, y pignorar créditos futuros es una práctica habitual en los negocios, sostiene la DGRN. Y en cuanto a la descripción de los créditos empeñados, termina la DGRN, bastará una descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivarse en el futuro los créditos empeñados (Fundamento de Derecho séptimo).

Pero, en fin, aplicándose el artículo 90.1.6.º LC tanto si lo futuro es el crédito garantizado como si lo futuro es el crédito cedido en garantía, según se desprende de la Instrucción de la DGRN, conviene referirse de nuevo, ya en relación con la cesión de créditos futuros, a la necesidad de inscripción registral de la prenda que la norma establece para la efectividad del privilegio en el concurso, por dos razones: primero, ello ha merecido las críticas de MIQUEL GONZÁLEZ y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, que proponen diferentes interpretaciones ante lo chocante e injusto que resulta que un acreedor que ha constituido correctamente su garantía antes del concurso del cedente, la pierda si no la ha registrado por la parte de financiación posterior al concurso⁹⁹; segundo, si, según la Instrucción, es irrelevante que el contrato fuente de los créditos futuros no se haya celebrado todavía al momento de la pignoración (si es determinable), resulta que tanto en este caso como en el de créditos futuros derivados de contrato fuente ya celebrado al momento de la pignoración, todo depende de la

⁹⁸ MIQUEL - GARCIMARTÍN, *ob. cit.*, págs. 26-29.

⁹⁹ MIQUEL - GARCIMARTÍN, *ob. cit.*, págs. 29-31.

inscripción y pierde importancia el tema de la irretroactividad o retroactividad al momento del acuerdo de cesión: lo importante es, según el artículo 90.1.6.º LC, que la prenda esté inscrita con anterioridad a la declaración de concurso (bastando para la inscripción, según la Instrucción, esa descripción general del acto del que puede derivarse en el futuro el crédito empeñado), cualquiera que sea el momento en que se celebre el contrato fuente o el momento en que nazca el crédito cedido anticipadamente¹⁰⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS GUARDIOLA: «La cesión de los créditos hipotecarios», en CABANILLAS SÁNCHEZ *et al.* (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, 2003, págs. 3447-3471.
- ANDERSON: *La cesión de créditos hipotecarios (Requisitos para la transmisión-adquisición)*, Barcelona, 1999.
- «La notificación al deudor en la cesión de créditos hipotecarios», en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Tomo I, Madrid, 1999, págs. 1253-1286.
- ARANA DE LA FUENTE, «La reforma francesa de las garantías mobiliarias», en *Indret*, abril de 2012.
- ARANDA RODRÍGUEZ: *La prenda de créditos*, Madrid, 1996.
- AYNÉS: «La cession de créance à titre de garantie: quel avenir?», en *Recueil Dalloz*, 2007, núm. 14, págs. 961-963.
- «Cession de contract, cession de créance: rôle de la signification au débiteur cédé», en *Recueil Dalloz*, 2009, núm. 12, págs. 842-845.
- BAZINAS: «Contribución de la CNUDMI a la unificación del Derecho que rige la financiación mediante cesión de créditos: la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 88, octubre-diciembre de 2002, págs. 181-205.
- BÉNAVENT: *Droit civil. Les obligations*, París, 2010.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO: *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid, 2009.
- CABANILLAS SÁNCHEZ: «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de Obligaciones y del Derecho de la Prescripción (Estudio preliminar y traducción)», en *Anuario de Derecho Civil*, 2007, II, págs. 621-848.
- CASHIN-RITAINE: *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, París, 2001.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 6.ª ed., Madrid, 2008.
- EMY: «A propos de l'opposabilité d'une cession de créance. Reflexions sur l'avant projet de réforme du droit des obligations», en *Recueil Dalloz*, 2008, III, págs. 2886-2893.

¹⁰⁰ Vid., sobre el artículo 90.1.6.º, GELI-COLLDEFORNS, «La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda, tras la reforma del artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal», en *Indret*, julio de 2012; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 162-164, 166-180; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Pignoración de cuotas sociales», en VV.AA., *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, MIGUEL GONZÁLEZ (dir.), Madrid, 2013, págs. 143-151.

- FLOUR - AUBERT - FLOUR - SAVAUX: *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, París, 2004.
- GARCÍA CANTERO: «Comentario a los artículos 1526 a 1530», en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIX, 2.^a ed., Madrid, 1991, págs. 694-729.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ: «El contrato de *factoring* como cesión global de créditos futuros», en *Anuario de Derecho Civil*, 1989, II, págs. 377-443.
- GARCÍA DE ENTERRÍA: *Contrato de factoring y cesión de créditos*, Madrid, 1995.
- GARCÍA VICENTE: «Comentario a la STS de 27 de junio de 2003 (RJ 2003/4313)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65, 2004, págs. 567-587.
- «Comentario a las SSTs de 5 de marzo de 2004 (RJ 2004/1808 y 1811)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, 2004, págs. 1181-1208.
- *La prenda de créditos*, Navarra, 2006.
- «La inconsistencia de la prenda y de la cesión de créditos futuros en el concurso del pignorante o cedente (comentario SJM 2, Barcelona 30-9-2008)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18, 2009, págs. 399-419.
- GAVIDIA SÁNCHEZ: «La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: la cesión y la transmisión *inter vivos* de otros bienes», en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, IV, págs. 1093-1188.
- «El sistema codificado francés de cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, II, págs. 485-552.
- «Sistemas germánicos de cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1992, I, págs. 53-129.
- «El sistema italiano de cesión de créditos», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona, 1993, págs. 1395-1436.
- *La cesión de créditos. Sistema español de cesión de créditos (Formación, sistema traslativo y protección del deudor)*, Valencia, 1993.
- GAYA SICILIA: «La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido: ¿carga del cedente o del cesionario?», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, págs. 387-398.
- GHESTIN - BILLIAU - LOISEAU: *Traité de Droit Civil. Le régime des créances et des dettes*, París, 2005.
- JIMÉNEZ MUÑOZ: «Sobre la cesión de los créditos hipotecarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 694, 2006, págs. 443-513.
- JORDANO FRAGA: «Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesorio en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, 1999, págs. 1275-1333.
- LANDO - BEALE (eds.): *Principios de Derecho Contractual Europeo*. Parte III (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»*), Madrid, 2007.
- LOJENDIO OSBORNE: «Proyecto de convención internacional sobre cesión de créditos», en *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, vol. II, Universidad de Valladolid, 1998, págs. 1251-1263.
- «Cesión de créditos e insolvencia del cedente en el artículo 22 de la Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York,

- 2001)», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, 2005, págs. 789-825.
- MADRIDEJOS SARASOLA: «La cesión de créditos», en *Revista de Derecho Notarial*, 1961, núm. 33, págs. 381-402.
- MALAUURIE - AYNÉS - STOFFEL - MUNCK: *Les obligations*, París, 2011.
- MANRIQUE PLAZA: «La hipoteca: constitución y cesión», en PÉREZ DE MADRID CARRERAS (coord.): *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2008, págs. 141-163.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: «Cesión de créditos», en VATTIER *et al.* (dir.): *Código europeo de contratos*. Academia de iusprivatistas europeos (Pavía). *Comentarios en homenaje al profesor don José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Tomo II, Madrid, 2003, págs. 481-505.
- MERINO GUTIÉRREZ: «Comentario a la STS de 30 de julio de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 37, 1995, págs. 187-197.
- MIQUEL GONZÁLEZ: «La reserva de dominio», en Salustiano DE DIOS *et al.* (coords.): *Historia de la propiedad. Crédito y garantía*, Madrid, 2007, págs. 523-599.
- MIQUEL GONZÁLEZ - GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «El nuevo artículo 90.1.6.º *in fine* de la Ley Concursal: opciones interpretativas y el dilema de los acreedores», en *El Notario del Siglo XXI*, 2011, núm. 40, págs. 26-31.
- NAVARRO PÉREZ: *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Granada, 1988.
- ORTI VALLEJO: «Cesión de créditos futuros y factoring», en *InDret*, núm. 4/2010, págs. 1-41 (www.indret.com).
- PANTALEÓN PRIETO: «Cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1988, IV, págs. 1033-1131.
- «Comentario a los artículos 1526-1530», en PAZ-ARES *et al.* (dir.): *Comentario del Código Civil*, T. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1019-1035.
- «Cesión de créditos», en MONTÓYA MELGAR (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Madrid, 1995, págs. 1021-1025.
- «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal», en *La Ley*, Tomo 6, 1997, D-316, págs. 1460-1464.
- PEÑA LÓPEZ: «Comentario a la STS de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6928)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, 2009, págs. 889-903.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS: «La prenda de créditos y la reforma de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la posesión (LHMPSD)», en PÉREZ DE MADRID CARRERAS (coord.): *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2008, págs. 337-358.
- PETIT: «Réflexions sur la sécurité dans la cession de créance dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations», en *Recueil Dalloz*, 2006, núm. 41, págs. 2819-2824.
- RECALDE CASTELLS: «Contrato de factoring y cesión de créditos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 10 de mayo de 1997)», en *Revista General de Derecho*, núm. 643, 1998, págs. 3983-3999.
- «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, Madrid, 2005, págs. 4331-4345.

- REPRESA, *La cesión de créditos: eficacia entre las partes y respecto de terceros*, Madrid, 2011.
- REQUEJO ISIDRO: *La cesión de créditos en el comercio internacional*, Santiago de Compostela, 2002.
- «Reflexiones en torno a la cesión de créditos en garantía en el comercio internacional: el caso de insolvencia del cedente», en *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 2003, T. III, págs. 261-280.
- RODRÍGUEZ-ROSADO: «Comentario a los artículos 1526-1530», en CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.): *Código Civil comentado*, vol. IV, Pamplona, 2011, págs. 307-317.
- ROMERO MATUTE: «Duplicidad de sistemas de reintegración de la masa activa en las operaciones de cesión de créditos», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, Madrid, 2005, págs. 4347-4386.
- SAGAERT: *La réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?*, Bruxelles, 2009.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: «La prenda de créditos: análisis de la realidad actual de una institución», en CAÑIZARES LASO (coord.): *Perspectivas actuales del Derecho de Garantías*, Navarra, 2013, págs. 137-189.
- TERRÉ - SIMLER - LEQUETTE: *Droit civil. Les obligations*, París, 2009.
- VON BAR - CLIVE (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. 2, Munich, 2009.
- VV.AA.: *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, MIQUEL GONZÁLEZ (dir.), Madrid, 2013.

RESUMEN

TRANSMISIÓN CONSENSUAL.
OPONIBILIDAD.
ACREEDORES DEL CEDENTE/
CESIONARIO.
CESIONARIOS SUCESIVOS

La normativa sobre la eficacia de la cesión de créditos en algunos Códigos Civiles nacionales ha sido tradicionalmente un tema que ha suscitado controversias doctrinales, por las dificultades surgidas de su confrontación con el sistema de transmisión de la propiedad propio de cada ordenamiento. Las propuestas de nueva regulación de la materia, como los proyectos de reforma de los Códigos Civiles francés y español, y el borrador del Marco Común de Referencia redactado para armonizar la materia en el ámbito europeo, así como otras normas unificadoras de carácter internacional, pueden suponer la consagración de un sistema consensual de transmisión del crédito, que

ABSTRACT

CONSENSUAL TRANSFER.
RIGHT TO OBJECT.
CREDITORS OF THE ASSIGNER/
ASSIGNEE.
SUCCESSIVE ASSIGNEES

The laws on the efficacy of debt assignment in some countries' civil codes is traditionally a subject that has aroused controversy amongst legal scholars, due to the difficulties that arise from the contrast between different countries' property transfer systems. Proposals for new regulations of the matter, such as the draft legislation to reform the French and Spanish civil codes, the draft Common Frame of Reference for harmonizing the matter throughout Europe and other unifying international rules, may lead to the firm establishment of a consensual system for transferring debt, which would be completed by measures for the due protection

vendría a completarse con la debida protección del deudor. Los problemas radican en la articulación de un sistema que, partiendo de las reglas adoptadas sobre transmisión de la titularidad del crédito (que no habrían de coincidir con las propias de la transmisión del dominio de los derechos reales), disponga un efecto transmisivo inmediato y erga omnes, complementado por normas que, distinguiendo entre los diferentes terceros a efectos de cierta protección, regulen la oponibilidad a los mismos del cambio de titularidad producido; de modo que igual que para el deudor cedido cabe realizar consideraciones especiales, también caben matices respecto de los acreedores del cedente o en relación con los cesionarios sucesivos. Las soluciones alcanzadas habrían de trasladarse al caso de transmisión del crédito con finalidad de garantía o a los supuestos de cesión de créditos hipotecarios o créditos futuros.

of the debtor. The problem is how to articulate a system. The system ought to work on the basis of the rules adopted for transferring title to debt (which do not have to be the same as the rules for transferring ownership of real rights), and it ought to have an immediate, erga omnes effect of transfer. It ought to be complemented by rules that distinguish amongst the different third parties, so as to accord a certain protection and regulate the third parties' right to object to title changes; just as the debtor is entitled to special considerations, there should also be room for nuances with respect to the assigner's creditors and successive assignees. Whatever solutions are reached should be applied to the case of transferring debt for purposes of security and events where mortgage debts or future debts are assigned.

(Trabajo recibido el 17-7-2012 y aceptado para su publicación el 18-9-2013)