

# La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato

por

M.<sup>a</sup> FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil  
de la UNED y Secretaria de IDADFE*

## SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.
- II. EL ARTÍCULO 1.158 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL PAGO HECHO POR UN TERCERO FRENTE AL PAGO QUE COMO NUEVO DEUDOR HACE EL ASUMENTE EN LA EXPROMISIÓN:
  1. PLANTEAMIENTO.
  2. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE OTRO Y LA LIBERACIÓN DEL DEUDOR ORIGINARIO.
  3. ELEMENTOS BÁSICOS DEL PAGO POR UN TERCERO Y LA EXPROMISIÓN: DIFERENCIAS:
    - a) *Consecuencias sobre la relación a la que afecta: su naturaleza extintiva o subrogatoria.*
    - b) *El cumplimiento de las funciones del pago.*
    - c) *La falta de consentimiento del acreedor: la identidad del pago.*
- III. EL FENÓMENO ATÍPICO DE LA CESIÓN DE CONTRATO: LA SUCESIÓN EN LOS DERECHOS Y EN LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE CEDENTE:
  1. FUNDAMENTOS COMUNES Y EXCLUSIÓN DE LA *NOVATIO* EN LA CESIÓN DE CONTRATO.
  2. LA SUSTITUCIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN LAS RELACIONES OBLIGATORIAS: PARTICULARIDADES EN LA CESIÓN DE CONTRATO Y EN LA EXPROMISIÓN:
    - a) *La falta de relevancia del consentimiento del deudor en la expromisión frente a la cesión de contrato.*
    - b) *De la relevación pasiva a la íntegra transmisión de la posición contractual.*
    - c) *Referencia a la sistematización de la cesión de contrato en el nuevo Código Civil italiano.*

IV. CONCLUSIONES.

V. BIBLIOGRAFÍA.

VI. RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el entendido de que la expromisión se trata de un contrato o convenio contractual por el que un tercero asume, espontáneamente y como propia, la deuda ajena mediando el consentimiento del titular del derecho de crédito (1) —con las consecuencias que las partes acuerden referidas a la acumulación pasiva o a la liberación del deudor primitivo y con respeto a las previsiones del art. 1.207 del Código Civil por lo que a los terceros interesa (2)—, estas líneas tendrán por objeto unas reflexiones en torno a las diferencias y similitudes que, en su estructura o en sus efectos, presenta dicha institución con el pago efectuado por un tercero ajeno a la relación crediticia, así como con la figura atípica de la cesión de contrato.

En este sentido, se destacarán las particularidades que presenta aquella injerencia autorizada por el Código Civil, por la que un sujeto ajeno cumple como tercero la relación en la que no era parte, así como sus discutidas consecuencias subrogatorias (3). Adicionalmente, serán contrastadas las especialidades de la cesión de contrato a la vista de la doctrina jurisprudencial que, si en sus inicios abordó la cesión como negocio atomizado entre la transmisión del activo y la sucesión pasiva, ha evolucionado hasta su actual tratamiento como acuerdo sustitutivo *uno actu* del contratante cedente por el cesionario con autorización, siempre, del cedido (4).

Este análisis comparado del cambio de sujeto pasivo producido mediante expromisión, con otras figuras en las que concurre una sustitución o adición

---

(1) Dice el artículo 1.205 del Código Civil: «la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor».

(2) «Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento».

(3) Vid., en este sentido y por todos, la exposición de mi Maestro, el Profesor LARSARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 2, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2008, 12.<sup>a</sup> ed., págs. 99 y sigs.

(4) Por aplicación, por cierto, del artículo 1.205 del Código Civil recién transcrito. Por otra parte y sobre la materia, vid., MORETÓN SANZ, «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1.205 del Código Civil español (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales)», en *ADC*, LXI, 2008, págs. 619 a 719, y *La expromisión: el artículo 1.205 del Código Civil español* (en prensa), y *La asunción espontánea de deuda*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

de deudor, ofrece cierta utilidad. De una parte, se perfila así con mayor nitidez la naturaleza jurídica propia de la expromisión y sus diferencias con la de otras instituciones capaces de producir sucesos similares. Consecuentemente, también adquiere mayor precisión el régimen jurídico específico de la *expromissio* y con ello el repertorio de acciones y excepciones, así como el sistema de oponibilidad aplicable (5). En todo caso, se puede avanzar que uno de sus elementos básicos apunta al primitivo sujeto pasivo, ya que las consecuencias liberatorias (6) o acumulativas que pueda presentar la asunción de deuda, afectan al titular del derecho de crédito, por lo que en puridad, aquel deudor no se ve exonerado de las futuras pretensiones subrogatorias o de reembolso de quien haya ocupado su lugar y, en su momento, pague como sujeto pasivo.

Otros tantos fenómenos que puede producir una sustitución pasiva son acreedores de otros tantos estudios, si bien se reserva a otras líneas posteriores el de la estipulación en favor de tercero —quizá más viable para una relevación pasiva delegatoria que para la expromisión—, la donación —atendiendo especialmente la falta de presunción favorable a las liberalidades determinada por el art. 1.289 del Código Civil— o las declaraciones unilaterales, sea mediante la promesa de pago como mecanismo preparatorio de un convenio expromisorio o el uso del reconocimiento de deuda como procedimiento para asumir la deuda ajena (7).

---

(5) Sin embargo, no pueden ser olvidadas las cautelas recogidas por HERNÁNDEZ GIL referidas a las consecuencias aparejadas a las constantes remisiones de una institución a otra (vid., «La solidaridad en las obligaciones», en *RDP*, XXX, 351, 1946, pág. 406).

(6) Vid. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, II, I* (edición revisada por RIVERO HERNÁNDEZ), Madrid, 2003, pág. 129.

(7) Vid. BONILLA Y SAN MARTÍN, «Sobre los efectos de la voluntad unilateral (propia o ajena) en materia de obligaciones mercantiles», en *RGLJ*, 98, 1901, págs. 233 a 269 y 509 a 537; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *Estudios de Derecho Privado. I. Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1948, págs. 199 a 210; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 1973)», en *ADC*, XXVII, II, 1974, págs. 456 a 465; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *RDP*, LIX, 1975, págs. 800 a 827; ALBALADEJO GARCÍA, «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *RDP*, LXI, enero de 1977, págs. 3 a 13; CASTRO Y BRAVO, «Declaración unilateral de voluntad (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de octubre de 1975)», en *ADC*, XXX, I, 1977, págs. 194 a 207; SALVADOR CODERCH, «Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa», en *RDP*, LXII, 1978, págs. 661 a 697, y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *Promesa unilateral y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho español*, Barcelona, 1998; YSÁS SOLANES, «La modificación unilateral de las obligaciones», en *Centenario del Código Civil (1889-1998)*, Madrid, 1990, tomo II, págs. 2087 a 2108.

## II. EL ARTÍCULO 1.158 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL PAGO HECHO POR UN TERCERO FRENTE AL PAGO QUE COMO NUEVO DEUDOR HACE EL ASUMENTE EN LA EXPROMISIÓN

### 1. PLANTEAMIENTO

De modo que, en buena lógica y atendiendo a la tipicidad de ambas, conviene analizar, en primer lugar, el pago del tercero y la expromisión. En este sentido, la intervención de un extraño en una relación obligatoria está autorizada en distintos supuestos (8) y, de hecho, múltiples operaciones de este corte han estado y están presentes en el ordenamiento jurídico (9). Como es sabido, el Código Civil en sede de cumplimiento prevé, en su artículo 1.158 (10), las circunstancias del caso del tercero que se decide a pagar por el sujeto pasivo. Cobra en dicho supuesto especial relevancia, no tanto la actitud del acreedor —que carece de posibilidades técnicas para impedir el pago y satisfacción de su derecho por parte de un tercero ajeno— como la adoptada por el deudor, habida cuenta de que, en función de su expresa oposición, su ignorancia o su aquiescencia a la intervención del tercero dispondrá de distintas acciones y repertorio legales para oponerse eficazmente a las pretensiones resarcitorias de quien cumplió por él.

(8) Doctrinalmente, la *ratio* en que descansa el reconocimiento del compromiso de pago de un tercero reside en la propia interpretación del artículo 1.158 del Código Civil hecha según el argumento *ad minorem*, por lo que para ciertas consecuencias jurídicas del acuerdo expromisorio y en defecto de otras normas que lo resuelvan, podrá apelarse a la aplicación analógica de tal precepto. Sobre este extremo se puede avanzar que la incorporación al derecho objetivo de los supuestos del pago del tercero y los cambios subjetivos pasivos fueron coetáneos y no sucesivos como parece deducirse del primer argumento.

(9) Así, vid., Partida 5, Título XIV, Ley III «como deuen fazer la paga, o el quitamiento, e a quien, e de que cosas», dice: «Pagamiento de las debdas deue ser fecho a aquellos que las han de recebir, e deve se fazer de tales cosas, como fueron puestas, e prometidas en el pleyto (convenio), quando lo fizieron, e non de otras, si non quisiere aquel a quien fazen la paga. Pero si acaesciesse, que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometiera, bien puede darle entrega de otras a bien vista del Judgador. Otrosi dezimos, que si el que ouiesse fecho pleyto de fazer alguna cosa, e non lo pudiesse fazer en la manera que auia prometido, que deue cumplir de otra guisa el pleyto, según su aluedrio del Judgador del lugar. E deue pecharle el daño, el menoscabo que le vino por razon que non fizo aquella cosa, assi como prometio. E non tan solamente es quito ome de lo que deue, faziendo paga dello por si mismo, mas faziendola a vn otro qualquier por el en su nome. E maguer aquel de deue aquel debdo, no supiesse que otro fazia la paga por el, con todo esso seria quito. E aunque lo supiesse, e lo contradixesse».

(10) «Artículo 1.158. Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso, sólo podrá repetir del deudor, aquello en que le hubiera sido útil el pago» (vid. BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, «Comentario a los artículos 1.156 a 1.159», en *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1993, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 162 a 175).

## 2. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE OTRO Y LA LIBERACIÓN DEL DEUDOR ORIGINARIO

Por tanto y como hecho distinto del convenio expromisorio, cabe la posibilidad técnica de que un tercero ajeno cumpla la prestación de la que no es parte (11). Nótese que quien cumple en el acuerdo expromisorio lo hace como deudor frente a quien interviene en virtud del artículo 1.158, que lo hace como tercero ajeno no ligado, por tanto, como elemento subjetivo de la relación afectada. De modo que si en la *expromissio* el *solvens* coincide con la identidad del sujeto pasivo, en el pago del tercero, éste es un *solvens* no deudor.

Empero, el artículo 1.205 y el 1.158 tienen un sustrato común referido a la justificación que ampara la intervención de un tercero y la asunción del cumplimiento de la prestación del deudor primitivo.

Para ello se ha utilizado el argumento *ad minorem* (12) y así, sustentándose en las concomitancias de ambos institutos, SÁNCHEZ ROMÁN afirmaba que «el fundamento de esta doctrina es análogo al de la que permite pagar á un

---

(11) Sobre la materia, vid., ESPÍN CÁNOVAS, «Sobre el pago con subrogación», en *RDP*, XXVI, 303, 1942, págs. 300 a 327; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956; HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, 1983; VATTIER FUENZALIDA, «Notas sobre la subrogación personal», en *RDP*, 1985, págs. 491 a 514; CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986; CAMPUZANO TOMÉ, «La intervención del tercero en una deuda ajena», en *AC*, 45, 1989, págs. 3501 a 3523; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO y VALLADARES RASCÓN, «Comentario a los artículos 1.156 a 1.159 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1991, 2.ª ed., págs. 1 a 58; SERRA CALLEJO, «Consideraciones sobre los efectos del pago del tercero», en *La Ley*, 236, 1991, págs. 1082 a 1107; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, «Comentario a los artículos 1.156 a 1.159», en *Comentario del Código Civil, II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2.ª ed., págs. 162 a 175; CAÑIZARES LASO, *El pago con subrogación*, Madrid, 1996; ALBIEZ DOHRMANN, «El pago por tercero», en *Extinción de obligaciones*, Madrid, 1996, págs. 13 a 92; OLMO GARCÍA, *Pago del tercero y subrogación*, Madrid, 1997; OLMO GARCÍA, «Notas sobre la subrogación por voluntad del deudor», en *RCDI*, LXXIV, 647, 1998, págs. 1245 a 1269; OLMO GARCÍA, «Los límites al pago del tercero y la legitimación para consignar», en *ADC*, LII, I, 1999, págs. 145 a 207; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, «Las causas de extinción del artículo 1.156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa», en *RDP*, LXXII, págs. 114 a 139; ARNAU RAVENTÓS, «Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil», en *Libro homenaje a Jesús López Medel, I*, Madrid, 1999, págs. 689 a 732; FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil español*, Granada, 1999; ARNAU RAVENTÓS, *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil*, Barcelona, 2000; BAYO RECUERO, *El pago del tercero. Subrogación*, Madrid, 2000.

(12) Vid. DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones)*, Madrid, 1912, pág. 137 (también RODRÍGUEZ TAPIA, «Expromisión», en *Enciclopedia Jurídica Básica, III*, Madrid, 1995, pág. 3001).

tercero las obligaciones contraídas por otro, libertándole de la obligación, aunque lo ignore ó lo contradiga. Se diferencia una de otra doctrina en que el acreedor puede ser obligado á recibir el pago que de su crédito haga un tercero distinto del deudor, pero no puede serlo á aceptar la novación por expromisión, la cual sólo se verifica mediante su voluntad» (13).

En idéntica línea argumentativa Díez-PICAZO sostiene que «del mismo modo que un tercero puede hacer el pago *ex* artículo 1.158, puede igualmente emitir una promesa frente al acreedor obligándose a hacerlo». Con el mismo fundamento, «si la intervención del tercero es absolutamente espontánea, una vez que resulte pagada por él la deuda o liberado el deudor primitivo, el expromitente tendrá derecho a dirigirse contra él, poniendo en juego, analógicamente, las consecuencias previstas por el artículo 1.158 (acción de enriquecimiento y acción *in rem verso*)» (14); si bien se remite a la promesa de pago por otro (15).

Pues bien, en este punto el Código Civil español y de conformidad a sus antecedentes (16), aplicando al pago del tercero previsto en el artículo 1.158 la regla de que «el que tiene derecho a lo más, lo tiene para lo menos (*argumento a maiori ad minus*)» (17), cierta doctrina concluye que, admitiéndose dicho pago por tercero, con razón de más debería tolerarse el compromiso de pago de un sujeto ajeno a una relación jurídica de crédito.

Sin embargo y pudiéndose aceptar este argumento, concurren ciertos matices a cuya luz conviene revisar tales afirmaciones ya que, pese a la abstracción imperante en el sistema del Derecho Civil y, en particular en las relaciones obligatorias, aún prima la realización efectiva de las obligaciones asumidas, incluso, frente a los deseos del titular del derecho de crédito (18).

Al fin y al cabo difiere, notablemente, la composición de intereses en el supuesto de un sujeto que se presta a la futura realización de la deuda, del efectivo cumplimiento materializado por un tercero y recibido por el acreedor

---

(13) *Estudios de Derecho Civil. IV. Derechos de Obligaciones. Derecho de la Contratación*, Madrid, 1899, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 425.

(14) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II*, Madrid, 1996, 5.<sup>a</sup> ed., pág. 865.

(15) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones* (puesta al día con la colaboración de REGLERO), Barcelona, 2002, pág. 341. Por su parte, este argumento sí es aplicable en el sentido apreciado por GETE-ALONSO [vid. *El reconocimiento de deuda (aproximación a su configuración negocial)*, Madrid, 1989, pág. 33, nota 52].

(16) El pago del tercero previsto en el artículo 1.158.2 del Código Civil es deudor de la tradición recogida por los Glosadores, resumida en la regla de que lo que es lícito directamente lo es indirectamente, «*quod licet per directum licet per obliquum*» (AZÓN, *Brocarda*, rúbrica 10, fol. 31).

(17) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1903 y de 4 de enero de 1916.

(18) Téngase en cuenta que al titular del derecho de crédito no le ampara facultad jurídica alguna de oposición frente a la consignación del tercero (salvo convertirla en contenciosa e ir a la vía correspondiente, con la poco probable estimación de la demanda) ya que el legislador dio preferencia al cumplimiento material de la conducta adeudada y no a que quien haya ejecutado tal pago sea, precisamente, el sujeto inicialmente vinculado.

que ve así satisfecho su derecho. En su virtud, frente a los requisitos del pago o cumplimiento efectivo realizado por cuenta de otro, la admisión del cambio de deudor, al no verse acompañada de la satisfacción inmediata de la deuda reclama, necesariamente, el consentimiento del titular del derecho de crédito. A otra cosa se oponen «una serie de razones de orden histórico y, por otra parte, consideraciones nacidas de la misma naturaleza de las cosas (GENY) y los criterios que deben presidir una justa composición de los intereses que están en juego» (19).

Siguiendo aquella línea interpretativa, se antoja más consecuente la regla contraria (20) al afirmar que «al que le está vedado lo menos, le está prohibido lo más *argumentum a minori ad maius*» (21). Es decir, *quando licet id quod majus videtur et licere id quod minus*, por lo que la concesión de lo más implica la concesión de lo menos (22). A esto hay que añadir que la mayor parte de los Códigos Civiles, además de aceptar el pago del tercero recogen, expresamente, el compromiso de pago futuro, si bien lo más habitual es hacerlo en sede de extinción de obligaciones (23). Por último, la incorporación al derecho objetivo del pago del tercero y de las modificaciones subjetivas fue coetánea y no —como parece deducirse de la línea argumentativa expuesta— sucesiva (24).

En este mismo sentido PACCHIONI afirma que «de igual modo que se le permite a cualquiera pagar una deuda ajena con efecto liberatorio para el deudor, aun en contra de su voluntad, así también se permite asumir la deuda ajena (“ignorante” o “invito debitore”)» (25).

(19) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 848. También confirma este argumento de la naturaleza de las cosas BOBBIO (vid., «La teoría pura del Derecho», en *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, 1980).

(20) Vid. DE BUEN, *Introducción al estudio del Derecho Civil*, México, 1998, pág. 389 (vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, I, Parte General, Madrid, 1943, 6.ª ed., pág. 66, y CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España, Parte General*, I, preliminar, Valladolid, 1943, págs. 361 a 367).

(21) En cuanto a las reglas de interpretación, DE BUEN destacaba en el bien entendido de que ninguna de ellas ostenta un valor absoluto, ni exclusivo, entre otras, precisamente, la de que «el que tiene derecho a lo más, lo tiene para lo menos (*argumento a maiori ad minus*)» (sentencias de 10 de marzo de 1903 y 4 de enero de 1916); al que le está vedado lo menos, le está prohibido lo más (*argumentum a minori ad maius*)» (*ibidem*).

(22) ULPIANO, Libro 27 del Comentario a SABINO, *El que puede lo más no debe no poder lo menos*. En este caso, no se trata de un principio de derecho, sino una mera *regulae iuris*, y como tal máxima jurídica, carente de valor jurídico propio (vid. Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 2004, 11.ª ed., pág. 149). Regla 110 del Digesto, en lo más está comprendido lo menos. Nadie es considerado idóneo para asumir deuda ajena por expromisión si no es con garantía.

(23) Cuestión aparte del régimen que inspira al Código Civil alemán, así como el nacido fruto del nuevo Código italiano de 1942.

(24) «Lo lícito directamente, es lícito indirectamente, como el pago del tercero» (Azón, *Brocarda*, rúbrica, 10).

(25) *Manual de Derecho Romano*, II, Valladolid, 1942, pág. 90.

Finalmente y antes de fijar los elementos básicos del pago del tercero y sus diferencias con la expromisión, baste hacer constar en cuanto a sus antecedentes más inmediatos, que el actual texto codificado se funda en el Anteproyecto del Código Civil (1885-1888) (26) y que, por su parte, el Proyecto de 1836 admitía el pago de un tercero con las consecuencias previstas en los artículos 1.924 a 1.930, en una sección dedicada a «De los pagos hechos por un tercero con subrogación» (27).

### 3. ELEMENTOS BÁSICOS DEL PAGO POR UN TERCERO Y LA EXPROMISIÓN: DIFERENCIAS

#### a) *Consecuencias sobre la relación a la que afecta: su naturaleza extintiva o subrogatoria*

En principio, ambas fórmulas pueden tener efectos extintivos en la relación obligatoria sobre la que operan y, en sendos casos, el deudor puede verse liberado de su primitivo acreedor. Con todo, conviene tener presente, como señala mi Maestro, que el pago del tercero con oposición expresa o desconocimiento del deudor mas parece que excluya la subrogación, frente al que se realice con su consentimiento, desprovisto entonces de consecuencias extintivas sobre la relación y resultando procedente ahora la subrogación de quien ha efectuado el pago en el lugar del titular del crédito (28). En definitiva, ambas formas abren la función extintiva y satisfactiva del pago (29).

---

(26) «Artículo 1.175. El pago puede hacerle cualquiera persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o lo ignore por completo el deudor (1.099 Proy.). El que hubiere pagado por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado, a menos que hubiere hecho el pago contra la expresa voluntad de éste. En el último caso, podrá repetir del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago (728 argent.)». El Código argentino, en su artículo 728, prevé el pago del tercero en los siguientes términos: «El pago puede también ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiese verificado tendrá sólo derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago».

(27) Pese a que siempre se ha dicho que la aparición del artículo 1.214 fue inopinada, el 1.928 de ese Proyecto declaraba que «también hay subrogación sin previo consentimiento del acreedor, cuando el deudor pide una cantidad prestada a fin de pagar la deuda y subrogar al prestador en los derechos del acreedor primero».

(28) Vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 2, cit., págs. 103 y sigs.; de hecho FERNÁNDEZ VILLA sostiene, fundándose en el Proyecto de 1851, que todo pago, incluso el que realiza un tercero, extingue la obligación (vid. *El pago con subrogación: revisión del art. 1.212 del Código Civil español*, cit., págs. 123 y 255).

(29) Principio aplicable y referido al sujeto pasivo en el pago del tercero supone que nadie está obligado a aceptarlo (vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 2, cit., págs. 107 y sigs.), así como que *factum alterius alteri prodest* (AZÓN, *Brocarda*, rúbrica 60, folio 137). El acto de uno aprovecha a otro, así ocurre en distintas liberalidades como en el 1.158 y en el 796 como condición mixta.

En particular, la *sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1984*, entabla las diferencias entre el pago con subrogación y la acción de reembolso, y las excepciones que pueden oponerse al tercero —tal y como lo hizo su directa antecedente, la de *23 de junio de 1969*— en el sentido de que la acción de reembolso no conlleva, como la subrogación, la pervivencia de las garantías y privilegios que acompañaban al derecho del acreedor primitivo. La *sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 1991*, distingue el pago con conocimiento del que se efectúe sin conocimiento o contra la voluntad del acreedor y sus efectos (30).

Por su parte, la *sentencia dictada el 18 de marzo de 1992 por el Tribunal Supremo*, ratifica las diferencias manifestadas entre pago y novación, por cuanto advierte en su fundamento primero que «el contrato citado se plasma en un documento privado que no tiene acceso a ningún registro público, ni concurren en el mismo ninguna de las demás condiciones que señala el artículo 1.227 del Código Civil, produciéndose los efectos que determina el artículo 1.257 del mismo cuerpo legal. Y de su propia literalidad no puede ni rematadamente [*rectius* remotamente] deducirse, que el contenido fuera *conocido por la entidad demandante, ni mucho menos que ésta consintiera el cambio de deudor que exige el artículo 1.205 del Código Civil para entender operada la novación por asunción de deuda*. Más bien al contrario, si en la cláusula quinta se dispone que “Promotora de Productos Extremeños, S. A., *se compromete a abonar (no dice subrogarse*, como para otro supuesto figura en la cláusula cuarta) a Construcciones Saura, S. A., Banco de Bilbao, Banco de Granada, Banesto y Esfinge, las cantidades adeudadas y que se han reseñado en el Expositivo I de este documento. Por lo que respecta a las letras libradas por Construcciones Saura, S. A. y pendientes de pago, serán atendidas cada una a sus vencimientos”; y después resulta que no aparece justificado el cumplimiento efectivo de lo allí establecido en relación con la entidad demandante, la deducción más acorde con la lógica es entender que Construcciones Saura fue ajena a estos pactos, al no haber intervenido, participado u obtenido beneficio respecto a aquellos que directamente le pudieran haber afectado; criterio que no puede quedar contradicho por el contenido, también literal, del recibo que la vendedora-acreedora expidió cuando un tercero le satisface “el pago de un efecto, vencimiento 28 de diciembre de 1985, a cargo de don Luis Pedro, por el local comercial sito en la DIRECCION000, número 000 de Madrid”; *pago que autoriza el artículo 1.158 del Código Civil, y que en ningún caso puede suponer, por sí solo, novación*» (31).

(30) En el Derecho europeo, el pago por tercero, previsto en el artículo 7.106, se trata como procedimiento diferente del cumplimiento realizado por un sujeto distinto del deudor (vid. Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, págs. 309 y 331).

(31) En otros términos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de febrero de 1994, distingue entre subrogación legal y acción de reembolso.

Cuestión distinta será la aplicación analógica de las acciones previstas en los términos fijados por la jurisprudencia, no sólo para el caso del pago del tercero, sino también para el supuesto de la novación, en general, y la expromisión en particular (32). Acerca de esta posibilidad de aplicar las acciones destinadas al que paga por cuenta de otro y la novación, GETE-ALONSO Y CALERA mantiene que «en cuanto a las relaciones que existen entre el deudor primitivo y el nuevo pueden ser de diversa índole, y por ellas se regirán en lo referente a los reembolsos y reintegros que el nuevo deudor pueda exigir a aquél. Pero si la intervención del nuevo deudor ha sido espontánea habrá que aplicar, analógicamente, las reglas del pago de tercero» (33). Opción con la que se coincide plenamente.

b) *El cumplimiento de las funciones del pago*

En principio son tres las funciones y los efectos del pago o cumplimiento: la extintiva, la satisfactiva y liberatoria. Estos efectos ni son simétricos, ni concurren simultáneamente en todos los casos, por lo que LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA destacan cómo en el pago de un tercero que cumple por el sujeto pasivo, la deuda de éste subsiste, ocupando aquél la posición del acreedor. Por tanto, y en este sentido, se trata de un cumplimiento anormal (34).

---

(32) En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 2003, afirma, en un asunto sobre la validez del pago de una deuda social hecho por los administradores con dinero propio durante el período de retracción de la quiebra, que los administradores hicieron frente y pagaron finalmente, no con intención de donar, «ni consta que los socios y administradores de la misma obraran impulsados por un *animus donandi*, sino que simplemente se subrogaron en la posición acreedora que hasta entonces ostentaba el Banco». Con esta argumentación se ponen en tela de juicio ciertas afirmaciones de Cossío que sostenía que la expromisión al fin y al cabo representa una donación, toda vez que cuestión distinta de la causa es la intención. Y, en todo caso, si el expromitente o nuevo deudor, después de comprometerse a pagar por otro finalmente termina pagando la prestación, al expromitente le caben dos opciones: por analogía recurrir al artículo 1.158 y a los mecanismos subrogatorios y de reembolso contra el primitivo deudor o bien renunciar a las acciones que ostenta contra el antiguo deudor. Desde este entendimiento no será posible reclamar con carácter retroactivo las formalidades que ha de revestir la donación; si el deudor que espontáneamente asumió —y pagó— la deuda de otro, decide no hacer uso de las acciones que por derecho le corresponden para cobrar de quien se comprometió y pudiéndolo impedir no lo hizo, sencillamente ha renunciado, ha abdicado en su derecho que tras los preceptivos plazos de prescripción y, en su caso, caducidad, definitivamente decaen.

(33) «La modificación de la relación obligatoria», en *Manual de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, PUIG I FERRIOL y otros, Madrid, 1996, pág. 380. En particular, vid. HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, cit., pág. 164.

(34) Vid. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones, I*, cit., págs. 129 y 130. En idéntico sentido, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, cit., pág. 49 y sigs.

Además, este pago realizado por un tercero se caracteriza por la nota de ajenidad del sujeto que interviene. Esta ajenidad del interviniente que paga por el deudor excluye el pago por representación o mandato (35). En este extremo reside una de las diferencias con la delegación de pago, en la que puede concurrir un mandatario del deudor, o su caso, una indicación del sujeto pasivo al que ocupa su lugar (36), o ciertos acuerdos base de la asunción realizado por el delegado que cumplirá la prestación no como mandatario de otro sino como auténtico sujeto pasivo.

A esta cuestión se añade la falta de simetría entre el efecto liberatorio y extintivo y satisfactivo, ausente en el pago del tercero, que se reproduce en la *expromissio*. Es decir, esta vía de sustitución pasiva está desprovista de la nota liberatoria del pago y de la función extintiva, toda vez que ni el deudor primitivo ha cumplido, ni por su sustitución se ve exonerado del pago posterior. De hecho, las acciones que ostenta el nuevo sujeto pasivo, una vez que haya efectuado el pago son, por analogía, las que corresponden al tercero que paga por otro (37).

Dice la *sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1908*, que «si bien el pago extingue siempre todas las obligaciones respecto del acreedor, no sucede lo mismo en cuanto al deudor si el pago, en vez de hacerlo el mismo obligado, lo realiza una tercera persona con conocimiento y aprobación expresa ó tácita del deudor, pues entonces el tercero queda legalmente subrogado en el lugar del primer acreedor, novándose en este extremo el contrato, y transfiriéndose al tercero con el crédito, todos los derechos á él anexos, y entre ellos, consiguientemente, el de hacerle efectivo según el estado del juicio y momento en que tuvo lugar la subrogación».

Finalmente, téngase en cuenta que se ha alcanzado cierto consenso en negar la naturaleza contractual al pago en sí, ya que, en definitiva, contrato será aquel acuerdo negocial por el que las partes reglamentan sus intereses patrimoniales (38). De modo que si el pago del tercero es un acto, la expromisión por su parte reviste la naturaleza de contrato. Con todo, la presencia de causa resulta exigible en ambos actos, tanto en el pago como en la expromisión.

---

(35) Vid. LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 134 y sigs.

(36) Por su parte, el artículo 1.969 del Proyecto de Código Civil de 1836, señalaba que «el señalamiento que el deudor hiciere simplemente de una persona que deba hacer el pago a nombre suyo, no constituye delegación».

(37) El efecto liberatorio, al igual que en la expromisión, dependerá de la causa en que se sustente la iniciativa del pago del tercero. Es decir, el tercero que verifique el pago puede renunciar a las acciones que teóricamente le corresponderían, si lo que pretende es donar la cantidad adeudada por el antiguo sujeto pasivo. Por tanto, si prevalece el *animus donandi*, podrá cumplir las funciones liberatoria y extintiva.

(38) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 474 (o sí 476), en todo caso se trata de una fuente de modificación de contrato (pág. 793).

misión; en particular y por extensión, teniendo en cuenta que en el caso del pago del tercero se entabla un vínculo jurídico entre el *solvens* y el deudor «á la que no pueden menos de ser aplicables las condiciones generales para la validez de los contratos» (39).

c) *La falta de consentimiento del acreedor: la identidad del pago*

A diferencia del pago del tercero, que se puede realizar eficazmente sin el consentimiento del antiguo deudor e, incluso, en contra de la voluntad del titular del derecho de crédito (40), no resulta posible sustituir al deudor vía expromisión sin el preceptivo consentimiento del sujeto activo del derecho personal (41). Con todo, la exigencia de este último requisito, protagonista absoluto de la sucesión singular, ha ido evolucionando hasta tolerar el consentimiento expreso y, en su caso, el manifestado de forma tácita. WINDSCHEID ya daba cuenta que el consentimiento del acreedor bien podía provenir de actos no manifiestos o tácitos como, por ejemplo, y a su juicio, la aceptación del cambio pasivo si el titular del derecho de crédito pretende cobrar los intereses al asumente o la propia presentación de una demanda judicial contra este nuevo sujeto (42).

---

(39) Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1904. En este caso se declara la ineficacia del pago de las contribuciones por parte del inquilino que después se adjudicó en subasta la finca y cedió la tercera parte de sus derechos a otros dos. Seguida una causa por estafa, retiró el Ministerio Público la acusación contra el inquilino; habiendo fallecido el titular de la finca, el mencionado inquilino se personó en el *abintestato* para que la finca fuese excluida de la masa de los bienes. Finalmente el Supremo ratifica la ineficacia del pago y la subrogación pero no por falta de conocimiento del acreedor y legítimo titular de la finca, sino por existir «causa torpe ó ilícita en los actos ejecutados por el demandante, y porque, según el principio anteriormente consignado, es aplicable á la relación contractual establecida por el pago entre el que lo verificó y los que debieron hacerlo como poseedores ó administradores de la casa las prescripciones de los artículos 1.305 y 1.306 del Código, según las cuales cuando la nulidad de un contrato provenga de ser ilícita en causa ú objeto —como acertadamente ha estimado la Sala sentenciadora que ocurrió en este caso— y la culpa esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado á virtud del contrato; de donde se sigue que semejante acto, viciado por causa torpe, no puede servir de base á ulteriores reclamaciones, ni engendrar vínculo alguno eficaz de derecho entre el que pagó y el deudor».

(40) En los casos en los que, promovido expediente de consignación judicial, ésta resulte rechazada por la parte acreedora, se declara el expediente contencioso, por lo que una vez devuelta la consignación a la parte que interesó la incoación del procedimiento voluntario, le queda expedida la vía correspondiente según cuantía (vid., en este punto, el asunto ventilado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2003, en que el acreedor cesionario de un crédito con garantía hipotecaria, recurrió la denegación de estar bien hecha la consignación efectuada en el expediente de jurisdicción voluntaria).

(41) Vid. AZURZA, «Notas sobre novación», en *RDP*, XXXIV, 400-401, 1950, pág. 609.

(42) Vid. WINDSCHEID, «Die singularsuccession in Obligationem», en *Kritische uberschau*, I, 1853, págs. 32 y 45; DELBRÜCK, *Die übernahme fremder schulden nach gemeinem*

Por su parte, al acreedor no le resulta posible alegar la falta de identidad del pago para oponerse al pago realizado por un tercero. Por lo que la excepción del artículo 1.161 del Código Civil (43) sólo le resultará fructífera cuando se trate de una prestación natural o convencionalmente personalísima. Caso de que el tercero anticipe el pago del deudor pero lo haga sólo parcialmente, será de aplicación el artículo 1.213 del Código Civil (44).

En este sentido, ha de tenerse en cuenta las consecuencias que aparejará la aprobación expresa o tácita del deudor, ya que sólo en estos casos se producirá, como sucede con la expromisión, la subrogación de los derechos del acreedor en quien ha pagado por el sujeto pasivo. En el caso de *la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 1904*, mencionada, donde además se declara que para el ejercicio de cualesquiera acciones dimanantes del pago del tercero habrá de concurrir la eficacia de la obligación que se ha cumplido, ya «que entre el que paga por cuenta ajena una deuda y la persona del deudor se establece un vínculo jurídico determinante de una convención, mediante la cual se obliga uno por otro, y á la que no pueden menos de ser aplicables las condiciones generales para la validez de los contratos, siendo una de ellas la licitud de la causa de la obligación, sin cuyo requisito esencial, no produce efecto alguno el contrato».

*La sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 1986*, describe los hechos sobre los que se fundó la asunción de deuda. En el caso de autos, se suscribe un contrato de compraventa en el que el comprador asume el monto de las deudas de los vendedores, los cuales, a su vez, encomendaron al comprador la realización de las correspondientes gestiones con sus acreedores para que éstos estuviesen advertidos. El comprador, mandatario y asuntor de la deuda interna, no sólo no realizó dichas gestiones, sino que tampoco atendió a cuantos requerimientos de pago se le hicieron y, todo ello, pese a que había tomado posesión de la finca y siguió beneficiándose de su explotación.

Pese a que el Supremo confirma que el contrato suscrito responde al esquema de la compraventa con una fórmula especial de pago, advierte de la validez y eficacia del pago entre el comprador y el vendedor; pacto que, al carecer del consentimiento del acreedor de las deudas de los vendedores,

---

*una preussischem recht*, Berlin, 1853, págs. 22 a 27. No resulta posible extenderse más en estas consideraciones, por lo que nos remitimos al epígrafe referido a la indisponibilidad del consentimiento del titular del derecho de crédito en la expromisión y en los cambios de deudor en general, así como al consentimiento tácito y presunto, en MORETÓN SANZ, *La expromisión*, cit., la bibliografía y la jurisprudencia allí citada.

(43) «En las obligaciones de hacer, el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

(44) Por lo que se refiere al artículo 1.213, «el acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito».

difícilmente puede entenderse subsumido entre los preceptos de la novación sino entre los del pago del tercero.

En la sentencia de instancia sobre la resolución del contrato de compraventa declara establecidos los siguientes hechos: «con fecha 21 de abril de 1966 suscribieron en Madrid los señores Sergio e Ildefonso, de una parte, y don Juan Ramón, de otra, un contrato privado de complejo contenido cuyo objeto era la compraventa por los primeros a favor del segundo, de una finca sita en Moraleja del Peral (Cáceres). Las circunstancias económicas que indujeron a los señores Ildefonso y Sergio, padre e hijo, a la enajenación de la finca, se concretaban en que se hallaban sus patrimonios afectados por débitos, conjuntos o separados, totalizando un pasivo que estimaban con aproximación en unos veinticinco millones de pesetas. En tal situación, se había llegado *al acuerdo con el señor Juan Ramón de que él, previas gestiones de los acreedores de aquéllos con el fin de negociar amistosamente una solución o pago total de los créditos pendientes, se hacía cargo de tal liquidación como precio de compra de la finca*. Al objeto de que verificase las mencionadas gestiones, habían proporcionado previamente los mandantes del señor Juan Ramón una detallada relación de sus acreedores, de forma que, al suscribir el contrato de compraventa, el comprador conocía perfectamente todos y cada uno de los débitos a satisfacer y había tratado de todo ello con los respectivos acreedores. Lejos de cumplirse el convenio anteriormente citado, se hallaron los señores Ildefonso y Sergio muy pronto con el más patente de los incumplimientos por parte de don Juan Ramón, el cual, habiendo tomado inmediata posesión de la finca y de los enseres y pertenencias de la misma, tanto de los incluidos como de los no incluidos en el contrato, y habiendo comenzado inmediatamente a explotarla en su exclusivo provecho, no se preocupó, ni mucho menos, de satisfacer las deudas. Por ello, los señores Ildefonso y Sergio se vieron y ven precisados, incluso desde los primeros tiempos después de la firma del contrato de compraventa, a seguir actuando y respondiendo como verdaderos propietarios de la finca frente a las continuas reclamaciones de los débitos que se hacían, sin que el señor Juan Ramón las satisficiera, como se había convenido. Tal actitud de los vendedores era forzosa, ya que pronto pudieron comprobar que en cualquier ejecución, secuestro o subasta podría perderse la finca, sin que por parte del comprador se hubiesen satisfecho las demás deudas, quedando incumplido el contrato y frustrada la finalidad solitaria perseguida con el mismo. Los señores Ildefonso y Sergio reclamaron desde el principio contra tal actitud del señor Juan Ramón, y cada vez que recibían una reclamación o un requerimiento de pago de parte de cualquiera de sus acreedores, le daban traslado del mismo a aquél, el cual hacía caso omiso de todo ello, de la misma manera que despreciaba y desatendía toda clase de reclamaciones y apremios de la Recaudación de Contribuciones, de la Hermandad de Labradores, del Banco Hipo-

tecario y otros acreedores hipotecantes, que conocía además por su relación con tales organismos y por su detentación de la finca, en donde permanecía y permanece habitualmente su hermano don Adolfo y en muy frecuentes estancias él mismo. Es de mala fe la continuada actitud del demandado, haciendo caso omiso de su obligación de pago de los débitos de los vendedores de la finca, así como de los múltiples y prolongados requerimientos y apremios de los acreedores y negando cuando le pareció conveniente su condición de comprador; todo ello mientras viene detentando la finca y explotándolo en su provecho, obteniendo pingües beneficios de dicha explotación, lo que acredita, además de dicha mala fe, la producción de unos importantes perjuicios causados a los aquí mandantes desde que perdieron la posesión y explotación de la misma y pese a sus protestas y reclamaciones directas e indirectas a través de los Letrados, se vieron privados de la ocupación y explotación de los frutos de la misma, además de obligados a satisfacer sus débitos y levantar secuestros y subastas para evitar su pérdida sin la total solución de las deudas».

De modo que distinto del pago del tercero es la asunción de deuda, ya que como declara la mencionada *sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2002*, «sin que por otra parte, pueda estimarse en el presente caso que el recurrente haya intentado o se encuentre en la situación de pagador de una deuda en favor de terceros, ya que lo que trataba, como ya se ha dicho, es asumir la posición de deudor, situación no contemplada en el artículo 1.158 del Código Civil».

En suma y con la *sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2004*, la diferencia básica entre el supuesto del pago del tercero y aquellos pactos en que se sustituya al deudor es que, precisamente, en el pago del tercero hay cumplimiento satisfactivo para el acreedor donde un tercero ajeno a la relación obligatoria ejecuta la prestación por otro. Así, su Fundamento quinto declara: «la asunción de deuda, como sustitución de la persona del deudor por otra, con respecto a la misma relación obligatoria, se admite en nuestro Derecho como un tipo de novación, la llamada modificativa, al amparo del artículo 1.205 del Código Civil, siendo presupuesto esencial el consentimiento del acreedor (sentencias de 20 de febrero de 1995 y 21 de marzo de 2002), cabiendo la asunción cumulativa que permite la coexistencia de ambas deudas (sentencias de 16 de marzo de 1995 y 29 de noviembre de 2001). En el presente caso no aparece asunción de deuda, que no consta en documento ni declaración alguna ni permite que se aprecie de forma tácita, que tampoco aparece de actos o declaraciones concluyentes e inequívocas. De los documentos a que antes se ha hecho referencia, de enero de 1995, no sólo no se desprende que ACSA asuma las deudas de ZYK, sino lo contrario: ésta se compromete “a liquidar y pagar...” a proveedores, subcontratistas y demás acreedores. *El hecho de que ACSA pagara a varios de éstos, no acredita otra*

*cosa más que el pago por tercero que contempla el artículo 1.158 del Código Civil, pero en ningún caso significa que se haya producido una asunción de deuda respecto a la que pudiera existir con ABANDO».*

### III. EL FENÓMENO ATÍPICO DE LA CESIÓN DE CONTRATO: LA SUCESIÓN EN LOS DERECHOS Y EN LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE CEDENTE

#### 1. FUNDAMENTOS COMUNES Y EXCLUSIÓN DE LA *NOVATIO* EN LA CESIÓN DE CONTRATO

Dada la riqueza de matices que ha aportado la evolución práctica y la respuesta judicial sobre la cesión de la íntegra posición contractual en la que, en resumidas cuentas, se ceden tanto derechos como obligaciones, conviene examinar de forma comparada esta institución, tanto por su valor propio como por la clarificadora tarea hecha en favor del mecanismo expromisorio.

Esta cesión de contrato se fundamenta en los distintos intercambios de carácter patrimonial que acaecen en las sociedades avanzadas y en el seno de sus relaciones privadas (45). En especial se basa, al igual que en el cambio de deudor, en idéntica necesidad de agilizar los trámites negociales que permitan la sustitución de sujetos y de las posiciones contractuales. De modo que esta transmisión implica la de la relación contractual en su integridad, «sin necesidad de escindir el fenómeno en una serie de transmisiones separadas de los elementos activos (cesión de créditos) y de los elementos pasivos (asunción de deuda)» (46).

En esta línea se pronuncia la *sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 1998*, donde se insiste en la noción explicada de la cesión de contrato con la especial singularidad que se transmite la íntegra posición contractual sin novación del vínculo. Así «aquel acuerdo de todas las volun-

---

(45) Vid. JORDANO BAREA, «Recensión a Carrersi, Cessione del contrato», en *ADC*, IV, III, 1951, págs. 1110 a 1113; VALLS TABERNER, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Barcelona, 1955; NÚÑEZ LAGOS, «Cesión de contratos», en *RDN*, IV, 12, 1956, págs. 7 a 33; GARCÍA AMIGO, *La cesión de contratos en el Derecho español*. Prólogo de J. BELTRÁN DE HEREDIA, Madrid, 1964; CRISTÓBAL MONTES, «La cesión del contrato», en *ADC*, XXI, IV, 1968, págs. 851 a 890 (publicado también en *Estudios de Derecho de Obligaciones*, Zaragoza, 1985, págs. 136 a 175); FORNER DELAYGUA, *La cesión del contrato. Construcción de la figura y ley aplicable*, Barcelona, 1989; CRESPO MORA, «Reflexiones en torno a la cesión de contrato. Comentario a la STS de 27 de noviembre de 1998», en *RdP*, 3, 1999, pág. 210; VICENT LÓPEZ, «Cesión de contrato: Su aceptación por contratante cedido», en *RGD*, LV, 661-662, 1999, págs. 12517 a 12527. Vid., también, MOSSET ITURRASPE, *La cesión del contrato*, Santa Fe, 1960; FIGUEROA YÁÑEZ, *La asunción de deudas y la cesión de contrato*, Santiago de Chile, 1984.

(46) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 873.

tades contractuales, que produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero, pero siempre entendiendo dicha cesión con carácter unitario, o sea, con todo lo explicitado en el primitivo contrato, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, pues en este caso surgiría la figura de la novación» (47).

De modo que a los efectos comparativos entre la sustitución pasiva del deudor acordada mediante expromisión y la cesión de la íntegra posición contractual, la reiterada doctrina consolidada descarta, si concurre la cesión, la presencia de una novación extintiva. En este sentido resuelve la *sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 1999*, cuando afirma que «*la cesión del contrato practicada excluye la novación y representa la transmisión del conjunto de una determinada relación contractual a tercero*, operando la cesión con carácter unitario que se mantiene, es decir, con todo lo comprendido en el contrato (que se mantiene), *no operando, por tanto, como propia sustitución de un contrato por otro, que sería novación*, la que ha de ser entendida como subrogación de derechos y obligaciones, al sustituirse el primitivo deudor, y suponen, por lo general, la existencia de otro contrato que reemplaza la precedente».

## 2. LA SUSTITUCIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN LAS RELACIONES OBLIGATORIAS: PARTICULARIDADES EN LA CESIÓN DE CONTRATO Y EN LA EXPROMISIÓN

### a) *La falta de relevancia del consentimiento del deudor en la expromisión frente a la cesión de contrato*

De lo dicho se sigue que la cesión de contrato comparte con la expromisión el efecto del cambio de sujeto, con la particularidad de que en la cesión, el cesionario ocupa la totalidad de la posición referida tanto a derechos, obligaciones, facultades, etc. (48), frente a la expromisión que produce la cesión de la deuda aisladamente.

---

(47) Vid., también, la vieja sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1864. En la resolución se ventila un caso de cesión íntegra de un contrato —en particular la cesión y traspaso de un remate de abastecimiento de carne—, por la que las dos partes interesadas adquieren y contraen recíprocos derechos y obligaciones desestimando, además, el Juzgador, hacer aplicación del principio de interpretación estricta en la cesión, toda vez que se trata de un contrato recíproco.

(48) Sobre las obligaciones que incumben al cesionario del contrato administrativo de obras respecto al subcontratista, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2003, recuerda al cesionario que «la responsabilidad de la entidad demandada no nace de un hecho ilícito, ni tampoco de una concreta asunción de deudas, sino de la denominada cesión de contrato, mediante la que se transmite el vínculo jurídico con el haz de derechos y obligaciones que lo integran. No era necesario ningún pacto especial para entender

En la cesión de contrato se produce la transmisión sin sustitución del negocio y es requisito determinante el consentimiento de todas las partes interesadas (49). Es decir, ha de prestar su anuencia tanto el que la pretende, como el contratante cedido y el contratante cesionario (50). Por tanto, para que se produzca la liberación de las obligaciones del contratante cedente es obvio que se exige su consentimiento (51).

En la expromisión no es necesario, ni siquiera, que el deudor, que se ve reemplazado por otro, tenga conocimiento de este extremo frente, como se dice en la cesión, donde resulta preceptivo el concurso de este consentimiento en virtud de la recta aplicación del artículo 1.205, que exige la anuencia del acreedor y, precisamente, en la cesión del contrato se ostenta simultáneamente la condición de titular de ciertos derechos de crédito y sujeto pasivo en los recíprocos.

Si seguimos con los puntos divergentes, hemos dicho que la expromisión es un pacto típico trabado entre el acreedor y tercero, frente a la cesión del contrato acuerdo de naturaleza atípico que, basado en la autonomía de la

---

incluidos los subcontratos civiles, ni en absoluto cabe limitar la subrogación en los derechos y obligaciones del contrato administrativo en los términos en que se pretende en el motivo, lo que además produciría la paradoja, rechazable por absurda, de que la demandada cesionaria tendría todos los derechos económicos respecto de la dueña de la obra, y ninguna de las responsabilidades respecto de las empresas que las ejecutaron, o tenían concertada la realización».

(49) Con todo, ciertas normas como la Ley 7/2007, de 21 de mayo, de medidas administrativas y tributarias para la conservación de la superficie agraria útil y del Banco de Tierras de Galicia, establece un singular régimen de cesión legal de tierras, con un todavía más si cabe singular sistema de cesión voluntaria de fincas rústicas para su gestión de manera —dice su Exposición de Motivos— «similar al contrato de mandato indirecto del Código Civil, aunque con peculiaridades propias», negocio que más se asemeja a un mandato imperativo y expropiatorio, por cierto, de las facultades de administración y de disposición del titular de las fincas afectadas ya que conlleva la constitución *ope legis* de un derecho de adquisición preferente en favor de dicho Banco del que sólo se escapan algunas transmisiones *inter vivos* en línea directa y las que acaezcan *mortis causa*. En su artículo 19 se establece la cesión de la gestión del uso y aprovechamiento de las fincas en favor del Banco gallego que, a su vez, y en su condición de cedente podrá ceder a un tercero su posición jurídica. Nótese que si la cesión es temporal y su duración no sobrepasa el límite de los cinco años, el contratante cedido (que en definitiva es el titular de las tierras) no es parte y sólo le será comunicada la cesión realizada. Si la cesión fuera por más de cinco años, entonces sí que se recupera tanto el contenido del artículo 1.205 del Código Civil como la doctrina del Tribunal Supremo, ya que en estos supuestos se recabará como requisito necesario el consentimiento del contratante cedido.

(50) La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2000, declara a este requisito inexcusable para su eficacia.

(51) Decía la clásica sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de abril de 1944, que «en términos generales aparece como difícil y no bien regulada en el Código Civil, y otras figuras jurídicas afines, en particular la de novación subjetiva por subrogación del acreedor; en tanto que el problema no ofrece tan grave complicación cuando se trata de diferenciar entre la cesión y la novación por sustitución de la persona del deudor».

voluntad privada (52) presenta un ineludible carácter trilateral para que se desplieguen rectamente todos los efectos a que está dirigido (53).

Así se ha pronunciado tanto la *sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 1980*, como la de *23 de octubre de 2003*, declarándose en ambas que se requiere el consentimiento del acreedor por aplicación del artículo 1.205 y con carácter indisponible. En la primera de ellas, siendo ponente BONET RAMÓN, es desestimada la ejecución de la cesión de un contrato, habida cuenta de que requiere necesariamente el consentimiento de la parte cedida (54) al implicar un contrato de esta naturaleza, la cesión de derechos y obligaciones. En suma y con la recurrente jurisprudencia, resulta de aplicación plena el contenido del artículo 1.205 del Código Civil y, por tanto, en la cesión de contrato habrá de concursar el consentimiento de las partes involucradas (55).

En idéntico sentido que la *sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 1985*, ya que establece que «sobre la base de tales conclusiones de hecho, la Sala *a quo* establece que la falta de liquidez acreditada del inicial contratista, señor B., unida a la corroborada circunstancia del interés de los subcontratistas de cobrar su trabajo y de la propietaria de ver ultimada la obra en fecha fija y a corto plazo, generó el que *el contratista citado*, para liberarse de posibles responsabilidades por demora en la ejecución, *diera su conformidad para la cesión del contrato referido, en el caso contemplado a una cesión parcial de las obras de electricidad y fontanería efectuadas*, habiéndose producido una triple manifestación de consentimiento para tal cesión, que con-

---

(52) En el caso navarro, la Ley 513 prevé expresamente este supuesto en los siguientes términos: «Todo contratante puede ceder el contrato a un tercero, para quedar sustituido por éste en las relaciones pendientes que no tengan carácter personalísimo. Si una de las partes hubiere consentido preventivamente la cesión del contrato a un tercero, la sustitución será eficaz, respecto a aquélla, desde el momento en que le hubiere sido notificada; si no hubiere consentido preventivamente la cesión, ésta sólo le afectará si la aceptare. Desde que sea eficaz la sustitución, por la notificación o aceptación en sus respectivos casos, el cedente queda desligado del contrato, y el cesionario subrogado en su lugar. El contratante cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente. Los terceros que hubieren garantizado el cumplimiento del contrato quedarán liberados por la cesión, a no ser que hubiesen prestado su consentimiento» [vid., en el Derecho Foral Navarro, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La cesión de contrato en el Fuero Nuevo», en *RJN*, 15, 1993, págs. 169 a 181; SABATER BAYLE, «Comentarios a las Leyes 511 a 514», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, RUBIO TORRANO (Dir.), Pamplona, 2002, págs. 1747 a 1777].

(53) Vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 2, cit., pág. 196, y *Principios de Derecho Civil*, 3, y *Contratos*, Madrid, 2008, 11.ª ed., págs. 121 y sigs.

(54) También presenta interés que el negocio para cuyo pago se cede un piso con la posibilidad de que durante un año pueda recuperar la propiedad pagando el importe exacto de la deuda, se califica «de venta en garantía como negocio fiduciario».

(55) Así, más recientemente, las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2003 o la de 16 de febrero de 2005.

vierte a la empresa hotelera demandada —visto que las obras cuyo importe se reclama, se realizaron sin válida protesta—, en deudora de su importe, así como del reintegro del millón de pesetas del aval, indebidamente por ella cobrado».

b) *De la relevación pasiva a la íntegra transmisión de la posición contractual*

Por tanto, mediante la cesión del contrato se cede íntegra la posición contractual en el negocio que pervive idéntico, sin otra modificación que la que se refiere a la sustitución de una de las partes en el conjunto de derechos y obligaciones que ostentaba el contratante cedente (56). Como decía la *sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 1982*, «la transmisión o cesión de la relación contractual, que pasa a ligar a personas distintas de quienes originariamente la contrajeron, figura admitida por algún ordenamiento foráneo (arts. 1.406 a 1.410 del Código Civil italiano), es posible en el patrio, como la doctrina científica entiende, a la luz del principio de la libertad de pactos proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil, y así lo tienen admitido la jurisprudencia, declarando que puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas si éstas no han sido todavía cumplidas y la otra parte (contratante cedido) prestó consentimiento anterior, coetáneo o posterior al negocio de cesión (sentencia de 28 de abril de 1966, 6 de marzo de 1973 y 25 de abril de 1975), institución recogida en la Ley 513 de la Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra, según la cual todo contratante puede ceder el contrato a un tercero, para quedar sustituido por éste en las relaciones pendientes que no tengan carácter personalísimo, siempre que medie la anuencia previa o posterior del otro sujeto del negocio; y es efecto característico de tal figura que el cedente resulta desligado del contrato y cesionario subrogado en su lugar» (57).

En definitiva, en la cesión de contrato se transmite el conjunto activo —cesión de crédito— y además la asunción de deuda. Se cede íntegra la posición activa y pasiva de una de las partes. En este caso, se trata de la cesión de una relación sinalagmática, por lo que la división del contrato bilateral en

---

(56) El debate entre subrogación y cesión pretende aclarar las similitudes y diferencias de estas dos figuras [vid. NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Granada, 1988 (2.<sup>a</sup> ed., Córdoba, 1998), pág. 50]. Ciertos elementos de este debate se pueden insertar en sede del Proyecto de 1836, así como la particular fusión del *Code* y el Derecho medieval español realizado en el artículo 1.157 (vid. HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, cit., pág. 42 y sigs.). Como ya se ha dicho y con mi Maestro se prefiere el entendimiento de la subrogación como acto y la cesión como contrato.

(57) Siendo Ponente DE CASTRO GARCÍA.

dos direcciones, activo y pasivo (58), no sólo resulta artificiosa sino además obstaculiza la operación.

Por otra parte, entendida la aceptación como requisito de eficacia, coincide por extensión del artículo 1.205 del Código Civil, en la necesidad del consentimiento del contratante cedido para que surta efectos. Definitivamente, se aparta de ella en cuanto la cesión de contrato implica la desvinculación radical del contratante cedente, a diferencia de la expromisión que bien puede tanto liberar como acumular sin que opere para el sujeto pasivo primitivo, la desvinculación que trae consigo la cesión para el cedente.

Este supuesto es el que funda la estimación del recurso de casación por inaplicación del artículo 1.205 del Código Civil, según la *sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 1982*, donde se advierte que el pacto de cesión implica una modificación subjetiva, «permaneciendo la relación obligatoria en su dimensión objetiva, o lo que es igual, fue pactada la sucesión sin extinguir el contenido obligaciones, fenómeno, sin duda, permitido por el artículo 1.204 en relación con el artículo 1.203, número segundo del Código Civil (sentencia citada de 25 de abril de 1975), preceptos no tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia, como tampoco lo fue el artículo 1.205, al no conceder significación y trascendencia que lleva aparejada el consentimiento del acreedor recurrido» (59).

Hay que destacar este último extremo ya que, como en el convenio expromisorio, si el acreedor —en este caso, contratante cedido— no consiente, quedaría privado de eficacia el acuerdo pretendido, precisamente, contra el titular del derecho de crédito o contratante cedido y no así en lo que atañe al vínculo que une al cedente con el cesionario. Por ello, cobra sentido la distinción entre el negocio de cesión del propio efecto de la cesión (60).

Así se pronuncia la *sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 2004*, cuando distingue con claridad la cesión de la íntegra posición contractual del pacto que vía expromisoria o delegatoria sustituye la persona del deudor. Dice: «comenzando por la primera parte, constituida por los cuatro

---

(58) Vid. NÚÑEZ LAGOS, *Cesión de contratos*, cit., pág. 11. Por su parte, Díez-PICAZO señala que en las relaciones de carácter sinalagmático, no hay deudor y acreedor como partes enfrentadas, sino que ambas posiciones se confunden y ostentan simultáneamente (vid., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 55).

(59) En la sentencia de instancia no se había liberado al contratante cedente pese a la aceptación de la cesión hecha por el contratante cedido; antes bien se había resuelto acumulando al cedente con el cesionario cuando es obvio que «nada tiene que ver lo estipulado con una asunción acumulativa o de refuerzo, a la que sin explícita referencia, se atiende la resolución combatida», cuando el efecto característico de la cesión de contrato es la radical desvinculación del cedente y la subrogación del cesionario en su lugar.

(60) Vid. FORNER DELYAGUA, *La cesión del contrato. Construcción de la figura y ley aplicable*, cit., pág. 41 y sigs. En este sentido, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI aboga por la consideración de la cesión de contrato como un efecto (vid., *Curso de Derecho de Obligaciones. Vol. I. Teoría General de la obligación*, Madrid, 2000, pág. 124).

primeros motivos del recurso de casación formulados al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por el primero de ellos, alega como infringidos una serie de artículos del Código Civil y de la Ley Hipotecaria para mantener que los demandados habían asumido las deudas en virtud de lo dispuesto en las escrituras de compraventa de las viviendas, contratos celebrados entre ellos y la entidad no demandada y con base en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en el que no fueron parte. *Es la figura de la asunción de deuda, que es la sustitución de la persona del deudor por otra, con respecto a la misma relación obligatoria; no es la cesión del contrato, sino que por expromisión o delegación, el nuevo deudor debe cumplir, como tal, la obligación, sin que pueda discutir la existencia de aquella deuda que se ha generado y nacido ya a la vida jurídica.* En el presente caso, tal como declara acreditado la sentencia de instancia, consta la entrega del capital del préstamo en su integridad, de LA CAIXA a la entidad constructora MIC, S. A. No es admisible la alegación que insistentemente hace en este recurso la parte demandante (que no hizo en la demanda) de que, al estar inscrito el préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad, puede exigir a la entidad prestamista responsabilidad por un presunto incumplimiento de contrato, siendo así, primero, que el contrato de préstamo se había ya cumplido y, segundo, que no aparece incumplimiento de contrato por parte del prestamista en una cuestión de disponibilidad de una parte de la cantidad prestada, por la entidad prestataria, no demandada».

c) *Referencia a la sistematización de la cesión de contrato en el nuevo Código Civil italiano*

Por último y teniendo en cuenta la feliz solución que aportó el nuevo Código Civil italiano en materia de procedimientos autónomos para sustituir al deudor, se apuntará la regulación específica sobre la cesión de contrato. La doctrina, antes de su tipificación, se había ocupado largamente de la materia desde la perspectiva empírica de la venta de la íntegra posición contractual y compartía la atomización o descomposición de los actos abogada también por la literatura jurídica española (61).

---

(61) Vid. FONTANA, «Cessione di contratto», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1934, I, pág. 173 y sigs.; PULEO, *La cessione del contratto*, Milano, 1939; FERRARA (hijo), «Per una disciplina legislativa della cessione del contratto», en *Rivista di Diritto Privato*, 1941, pág. 109 y sigs.; CLARIZIA, *La cessione del contratto*, Napoli, 1946; GIOVENE, «Della cessione del contratto», en *Commentario al Codice Civile diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Obbligazioni, I*, Firenze, 1948, pág. 587 y sigs.; CARRESI, *La cessione del contratto*, Varese, 1950; ANDREOLI, *La cesión del contrato*. Traducida por OSSET, Madrid, 1956; CARRESI, «Cessione del contratto», en *Novissimo Digesto Italiano, III*, Torino, 1957, págs. 147 a 152; CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962; INSANA, *La*

A partir de la aprobación del nuevo Código italiano en 1942 (62), se observa un importante giro de los tratadistas, ya que se recoge expresamente en el artículo 1.406 este supuesto (63). Al estar también prevista la asunción de deuda (64), el legislador ha determinado las diferencias entre ambas, ya que en la asunción de deuda la liberación del deudor depende del acreedor, frente a la cesión de contrato que lleva implícita la necesaria liberación del antiguo contratante cedente además de la corresponsabilidad que ha de presidir el contrato que se ceda (65).

#### IV. CONCLUSIONES

Distintos del convenio expromisorio, el Código contempla fenómenos de naturaleza extintiva —como el pago del tercero— y otros modificativos, al

*cessione del contratto*, Cittadella, 1957; CARNELUTTI, «Recensione a Cicala, Negozio di cessione del contratto», en *Riv. Dir. Proc.*, 1960, pág. 87 y sigs.; RESCIGNO, «Cessione del contratto», en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffré, Milano, 1960; ALTERINI-REPETTI, *La cessione del contratto*, Buenos Aires, 1962; SANTINI, «Cessione di contratto unilaterale o bilaterale eseguito *ex uno latere*», en *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, IV, Milano, 1969; BRUSCUGLIA, «Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva», en *Foro italiano*, I, 1972, pág. 1362 y sigs.; ZACCARIA, «Cessione del contratto e garanzia della sua validità», en *Rivista di Diritto Civile*, I, 1985, pág. 244 y sigs.; CLARIZIA, «La cessione del contratto: arts. 1.406-1.410», en *Il Codice Civile: commentario diretto da Piero Schlesinger*, Milano, 1991; ANELLI, «Cessione del contratto», en *Rivista di Diritto Civile*, 2, 1996, págs. 261 a 299.

(62) Vid. STOLFI, *Il Nuovo Codice Civile Commentato, Libro IV, Delle obbligazioni, Tomo I*, Napoli, 1949; GIOVENE, «Della cessione del contratto», en *Commentario al Codice Civile diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Obbligazioni, I*, Firenze, 1948, pág. 587 y sigs.; PERLINGIERI, *Commentario del Codice Civile, IV*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1975; MACCARONE, «Libro 4: Delle obbligazioni: Inadempimento. Modi di estinzione delle obbligazioni. Cessione dei crediti. Delegazione. Espromissione. Accollo: Arts. 1.218 a 1.276», en *Commentario teorico-pratico al Codice Civile diretto da Vittorio de Martino*, Roma, 1978; CLARIZIA, «La cessione del contratto: arts. 1.406-1410», en *Il Codice Civile: commentario diretto da Schlesinger*, Milano, 1991; CIAN y TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, 1992, 2.<sup>a</sup> ed.; *Commentario del Codice Civile* SCIALOJA-BRANCA. A cura di Francesco Galgano. Libro quarto. Delle obbligazioni, Bologna-Roma, 1992.

(63) Previsto en el Capítulo VIII, la cesión del contrato se recoge en los artículos 1.406 a 1.410; en particular, por lo que a su noción se refiere, el primero de ellos dice: «ciascuna parte può sostituire a sè un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purchè l'altra parte vi consenta».

(64) Téngase presente el sistema italiano, según se desarrolla en el punto sobre «La configuración autónoma de la *espromissione* como pacto típico para la sustitución o la acumulación de deudores: el Código Civil italiano de 1942 y los tres procesos autónomos de modificación pasiva, delegazione, *espromissione* y *accollo*» (MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, cit., págs. 228 y sigs.).

(65) Vid. MESSINEO, *Doctrina general del contrato, II*, Buenos Aires, 1986, págs. 246 y sigs., y BETTI, *Teoría general de las obligaciones, II*, Madrid, 1970, pág. 229 y sigs.

tiempo que autoriza otros atípicos y no impide que, mediante ciertos mecanismos indirectos, se alcance idéntico resultado. Asunción espontánea y pago del tercero son supuestos distintos, ya que quien cumple en el acuerdo expromisorio lo hará como deudor —el *solvens* coincide con la identidad del sujeto pasivo— frente a lo previsto por el artículo 1.158, donde quien interviene es un tercero ajeno y no ligado por la relación en que se ha inmiscuido. De modo que se trata de un *solvens* no deudor. Empero, expromisión y pago del tercero, mantienen un sustrato común referido a la justificación técnica de la intervención del tercero como vía preferencial para el cumplimiento de la prestación.

A esta cuestión se añade la falta de simetría entre el efecto liberatorio y extintivo frente al satisfactivo, ausente en el pago del tercero y que se reproduce en la *expromissio*. Es decir, esta vía de sustitución pasiva está desprovista, en términos generales, de la nota liberatoria del pago y de la función extintiva, toda vez que ni el deudor primitivo ha cumplido, ni por su sustitución se ve exonerado del pago posterior. De hecho, las acciones que ostenta el nuevo sujeto pasivo, una vez que haya cumplido la prestación son, por analogía, las que corresponden al tercero que paga por otro.

Por su parte, en el fenómeno atípico de la cesión de contrato se produce la transmisión sin sustitución del negocio —que pervive incólume salvo lo referido al elemento personal— y es requisito determinante el consentimiento de todas las partes interesadas. Es decir, habrá de prestar su anuencia tanto el que la pretende, sea el contratante cedente o el cesionario, como el contratante cedido. Por tanto, para que se produzca su liberación de aquellas obligaciones aún pendientes ha de concurrir preceptivamente su consentimiento, no tanto por razón del débito, sino por los derechos de los que es titular.

En la expromisión no es necesario, ni siquiera, que el deudor que se ve reemplazado, relevado o incluso acumulado a uno nuevo, tenga conocimiento de este extremo frente, como se dice, a la cesión, donde resulta preceptivo el concurso de este consentimiento en virtud de la recta aplicación del artículo 1.205 del Código Civil que exige la anuencia del titular del derecho de crédito.

Si seguimos con los puntos divergentes, hemos dicho que la expromisión es un pacto típico trabado entre el sujeto activo de un derecho de crédito y un tercero, frente a la cesión del contrato que se trata de un acuerdo de naturaleza atípica que, basada en la autonomía de la voluntad privada, presenta un acusado carácter trilateral y exige el consentimiento de las partes implicadas para que se desplieguen rectamente todos los efectos a que está dirigido.

En definitiva, en la cesión de contrato se transmite el conjunto activo —cesión de crédito— y además se produce una asunción de deuda. Se cede íntegra la posición activa y pasiva de cada una de las partes. En este caso, se trata de la cesión de una obligación sinalagmática, por lo que no es eficaz recurrir a la escisión del contrato bilateral en dos direcciones, activa y pasiva.

De modo que, salvo singulares normas que matizan el consentimiento del acreedor, lo cierto es que el artículo 1.205 del Código Civil deviene en requisito ineludible para la eficacia y oponibilidad de cualquier sucesión singular pasiva donde no se haya ejecutado la prestación adeudada.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA: «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *RDP*, LXI, enero de 1977, págs. 3 a 13, y *Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones* (puesta al día con la colaboración de REGLERO), Barcelona, 2002.
- ALBIEZ DOHRMANN: «El pago por tercero», en *Extinción de obligaciones*, Madrid, 1996, págs. 13 a 92.
- ALTERINI-REPETTI: *La cesión del contrato*, Buenos Aires, 1962.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Curso de Derecho de Obligaciones. Vol. I. Teoría General de la obligación*, Madrid, 2000.
- ANDREOLI: *La cesión del contrato*. Traducida por OSSET, Madrid, 1956.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO: *Promesa unilateral y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho español*, Barcelona, 1998.
- ARNAU RAVENTÓS: «Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil», en *Libro homenaje a Jesús López Medel, I*, Madrid, 1999, págs. 689 a 732, y *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil*, Barcelona, 2000.
- AZURZA: «Notas sobre novación», en *RDP*, XXXIV, 1950, págs. 400-401.
- BAYO RECUERO: *El pago del tercero. Subrogación*, Madrid, 2000.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO: «Comentario a los artículos 1.156 a 1.159», en *Comentario del Código Civil, II*, Madrid, 1993, 2.ª ed., págs. 162 a 175.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO y VALLADARES RASCÓN: «Comentario a los artículos 1.156 a 1.159 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1991, 2.ª ed., págs. 1 a 58.
- BETTI: *Teoría general de las obligaciones, II*, Madrid, 1970.
- BOBBIO: «La teoría pura del derecho», en *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, 1980.
- BONILLA Y SAN MARTÍN: «Sobre los efectos de la voluntad unilateral (propia o ajena) en materia de obligaciones mercantiles», en *RGLJ*, 98, 1901, págs. 233 a 269 y 509 a 537.
- BRUSCUGLIA: «Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva», en *Foro italiano*, I, 1972, pág. 1362 y sigs.
- CAMPUZANO TOMÉ: «La intervención del tercero en una deuda ajena», en *AC*, 45, 1989, págs. 3501 a 3523.
- CAÑIZARES LASO: *El pago con subrogación*, Madrid, 1996.

- CARRESI: «Cessione del contratto», en *Novissimo Digesto Italiano III*, Torino, 1957, págs. 147 a 152.
- CARNELUTTI: «Recensione a Cicala, Negozio di cessione del contratto», en *Riv. Dir. Proc.*, 1960, pág. 87 y sigs.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral, I, Parte General*, Madrid, 1943, 6.<sup>a</sup> ed., págs. 66.
- CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España, Parte General, I, preliminar*, Valladolid, 1943, págs. 361 a 367, y «Declaración unilateral de voluntad (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de octubre de 1975)», en *ADC*, XXX, I, 1977, págs. 194 a 207.
- CICALA: *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962.
- CLARIZIA: «La cessione del contratto: arts. 1.406-1.410», en *Il Codice Civile: commentario diretto da Piero Schlesinger*, Milano, 1991.
- CRESPO MORA: «Reflexiones en torno a la cesión de contrato. Comentario a la STS de 27 de noviembre de 1998», en *RdP*, 3, 1999, pág. 210.
- CRISTÓBAL MONTES: «La cesión del contrato», en *ADC*, XXI, IV, 1968, págs. 851 a 890 (publicado también en *Estudios de Derecho de Obligaciones*, Zaragoza, 1985, págs. 136 a 175), y *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986.
- DE BUEN: *Introducción al estudio del Derecho Civil*, México, 1998.
- DE DIEGO Y GUTIÉRREZ: *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones)*, Madrid, 1912.
- DELBRÜCK: *Die übernahme fremder schulden nach gemeinem una preussischem recht*, Berlín, 1853, págs. 22 a 27.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: «Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 1973)», en *ADC*, XXVII, II, 1974, págs. 456 a 465, y *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II*, Madrid, 1996, 5.<sup>a</sup> ed.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil, I*, Madrid, 2004, 11.<sup>a</sup> ed.
- DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.
- ESPÍN CÁNOVAS: «Sobre el pago con subrogación», en *RDP*, XXVI, 303, 1942, págs. 300 a 327.
- FERNÁNDEZ VILLA: *El pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil español*, Granada, 1999.
- FERRARA (hijo): «Per una disciplina legislativa della cessione del contratto», en *Rivista di Diritto Privato*, 1941, pág. 109 y sigs.
- FIGUEROA YÁÑEZ: *La asunción de deudas y la cesión de contrato*, Santiago de Chile, 1984.
- FONTANA: «Cessione di contratto», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1934, I, pág. 173 y sigs.
- FORNER DELAYGUA: *La cesión del contrato. Construcción de la figura y ley aplicable*, Barcelona, 1989.
- GARCÍA AMIGO: *La cesión de contratos en el Derecho español*. Prólogo de J. BELTRÁN DE HEREDIA, Madrid, 1964.

- GETE-ALONSO: «El reconocimiento de deuda (aproximación a su configuración negocial)», Madrid, 1989, y «La modificación de la relación obligatoria», en *Manual de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría general del contrato*, PUIG I FERRIOL y otros, Madrid, 1996.
- GIOVENE: «Della cessione del contratto», en *Commentario al Codice Civile diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Obbligazioni, I*, Firenze, 1948, pág. 587 y sigs.
- HERNÁNDEZ GIL: «La solidaridad en las obligaciones», en *RDP*, XXX, 351, 1946.
- HERNÁNDEZ MORENO: *El pago del tercero*, Barcelona, 1983.
- JORDANO BAREA: «Recensión a Carresi, Cessione del contrato», en *ADC*, IV, III, 1951, págs. 1110 a 1113.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil, II, I* (edición revisada por RIVERO HERNÁNDEZ), Madrid, 2003.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ: «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *RDP*, LIX, 1975, págs. 800 a 827.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil, 2, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2008, 12.ª ed., y *Principios de Derecho Civil, 3, Derecho de Contratos*, Madrid, 2007, 10.ª ed.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «La cesión de contrato en el Fuero Nuevo», en *RJN*, 15, 1993, págs. 169 a 181.
- MESSINEO: *Doctrina general del contrato, II*, Buenos Aires, 1986, pág. 246 y sigs.
- MORETÓN SANZ: «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1.205 del Código Civil español (La vicenda modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales)», en *ADC*, LXI, 2008, págs. 619 a 719; *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, 2008, y «Obligaciones novables: examen de la *expromissio* y las relaciones contractuales, lesale y extra-contractuales», en *Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, vol. I, Madrid, 2008, págs. 947 a 967.
- MOSSET ITURRASPE: *La cesión del contrato*, Santa Fe, 1960.
- NAVARRO PÉREZ: *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Granada, 1988, 2.ª ed., Córdoba, 1998.
- NÚÑEZ LAGOS: «Cesión de contratos», en *RDN*, IV, 12, 1956, págs. 7 a 33.
- OLMO GARCÍA: *Pago del tercero y subrogación*, Madrid, 1997, «Notas sobre la subrogación por voluntad del deudor», en *RCDI*, LXXIV, 647, 1998, págs. 1245 a 1269, y «Los límites al pago del tercero y la legitimación para consignar», en *ADC*, LII, I, 1999, págs. 145 a 207.
- PACCHIONI: *Manual de Derecho Romano, II*, Valladolid, 1942.
- PULEO: *La cessione del contratto*, Milano, 1939.
- RESCIGNO: «Cessione del contratto», en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffré, Milano, 1960.
- RODRÍGUEZ TAPIA: Voz «Expromisión», en *Enciclopedia Jurídica Básica, III*, Madrid, 1995.
- RUÍZ-RICO RUÍZ MORÓN: «Las causas de extinción del artículo 1.156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa», en *RDP*, LXXII, págs. 114 a 139.

- SABATER BAYLE: «Comentarios a las Leyes 511 a 514», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, RUBIO TORRANO (Dir.), Pamplona, 2002.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil. IV. Derechos de Obligaciones. Derecho de la Contratación*, Madrid, 1899, 2.<sup>a</sup> ed.
- SANTINI: «Cessione di contratto unilaterale o bilaterale eseguito *ex uno latere*», en *Studi in memoria di Tullio Ascarelli, IV*, Milano, 1969.
- SERRA CALLEJO: «Consideraciones sobre los efectos del pago del tercero», en *La Ley*, 236, 1991, págs. 1082 a 1107.
- ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *Estudios de Derecho Privado. I. Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1948, págs. 199 a 210.
- SALVADOR CODERCH: «Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa», en *RDP*, LXII, 1978, págs. 661 a 697.
- VALLS TABERNER: *La cesión de contratos en el Derecho español*, Barcelona, 1955.
- VATTIER FUENZALIDA: «Notas sobre la subrogación personal», en *RDP*, 1985, págs. 491 a 514.
- VICENT LÓPEZ: «Cesión de contrato: Su aceptación por contratante cedido», en *RGD*, LV, 661-662, 1999, págs. 12517 a 12527.
- WINDSCHEID: «Die singularsuccession in Obligationem», en *Kritische uberschau*, I, 1853, págs. 32 y 45.
- YSÀS SOLANES: «La modificación unilateral de las obligaciones», en *Centenario del Código Civil (1889-1998)*, Madrid, 1990, tomo II, págs. 2087 a 2108.
- ZACCARIA: «Cessione del contratto e garanzia della sua validità», en *Rivista di Diritto Civile*, I, 1985, pág. 244 y sigs.

## VI. RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CITADAS

1. 22 de abril de 1864
2. 10 de marzo de 1903
3. 1 de junio de 1904
4. 9 de marzo de 1908
5. 4 de enero de 1916
6. 11 de abril de 1944
7. 23 de junio de 1969
8. 22 de enero de 1980
9. 26 de noviembre de 1982
10. 29 de mayo de 1984
11. 20 de marzo de 1985
12. 7 de noviembre de 1986
13. 21 de octubre de 1991
14. 18 de marzo de 1992

15. 19 de septiembre de 1998
16. 9 de diciembre de 1999
17. 21 de diciembre de 2000
18. 21 de marzo de 2002
19. 25 de febrero de 2003
20. 31 de marzo de 2003
21. 9 de julio de 2003
22. 23 de octubre de 2003
23. 30 de abril de 2004
24. 4 de noviembre de 2004
25. 16 de febrero de 2005

## RESUMEN

### CESIÓN DE CONTRATO

*En este trabajo se defiende la naturaleza de la expromisión como contrato o convenio contractual por el que un tercero asume, espontáneamente y como propia, la deuda ajena mediando el consentimiento del titular del derecho de crédito. Las partes determinarán las consecuencias que a ellos convengan sobre la acumulación pasiva o a la liberación del deudor primitivo, respetando, en todo caso, las previsiones del artículo 1.207 del Código Civil por lo que a los terceros afecta. A la vista de este concepto, estas líneas tendrán por objeto unas reflexiones en torno a las diferencias y similitudes que, en su estructura o en sus efectos, presenta dicha institución con el pago efectuado por un tercero ajeno a la relación crediticia, así como con la figura atípica de la cesión de contrato. En este sentido, el Código contempla fenómenos de naturaleza extintiva —como el pago del tercero— y otros modificativos, al tiempo que autoriza otros atípicos y no impide que, mediante ciertos mecanismos indirectos, se alcance idéntico resultado. Asunción espontánea y pago del tercero son supuestos distintos, ya que quien cumple en el acuerdo expromi-*

## ABSTRACT

### CONTRACT ASSIGNMENT

*This work studied the expromissio like contract or contractual agreement for which a third assume, spontaneously and as own, the other people's debt mediating the consent of the creditor. The parts will determine the consequences that suit about the passive accumulation to them or to the primitive debtor's liberation, respecting the article 1.207 of the Spanish Civil Code. In view of this concept, these lines will have for object some reflections around the differences and similarities that, in their structure or in their effects, it presents this institution with the payment made by a third, as well as with the atypical figure of the cesion of contract. The Code contemplates phenomena of extinctive nature —as the payment of the third— and other modificativos, at the time that authorizes other atypical ones and it doesn't impede that, by means of certain indirect mechanisms, identical result is reached. Expromissio and I pay of the third they are supposed different, since who completes in the agreement of the expromission will make it as debtor —the solvens coincides with the passive fellow's identity— in front of that foreseen by the article 1.158 where*

sorio lo hará como deudor —el solvens coincide con la identidad del sujeto pasivo— frente a lo previsto por el artículo 1.158, donde quien interviene es un tercero ajeno. Por su parte, la cesión de contrato supone la transmisión íntegra de la posición activa y pasiva de cada una de las partes. El examen y revisión de dichas figuras ratifica el valor y contenido del artículo 1.205 del Código Civil para la eficacia y oponibilidad de cualquier sucesión singular pasiva donde no se haya ejecutado la prestación adeudada.

who intervenes it is a third. The cession of contract supposes the complete transmission of the active and passive position of each one of the parts. The exam and revision of this figures ratifies the value and content of the article 1.205 of the civil Code for the effectiveness and oponibility of any passive singular succession.

(Trabajo recibido el 07-03-08 y aceptado  
para su publicación el 20-03-09)