

LA
REFORMA
FRANCESA
DEL
DERECHO
DE LOS
CONTRATOS
Y DE LAS
OBLIGACIONES:
¿fuente de inspiración
para una futura reforma
en derecho colombiano?

ANABEL RIAÑO SAAD
SILVANA FORTICH
editoras

Adriana M. Cely
José Félix Chamie Gandur
Carlos Alberto Chinchilla Imbett
Édgar Cortés Moncayo
Silvana Fortich
Aida Patricia Hernández Silva
Jorge I. Herrera Moreno
Margarita Morales Huertas

Felipe Navia Arroyo
Martha Lucía Neme Villarreal
Anabel Riaño Saad
Paula Natalia Robles Bacca
Javier M. Rodríguez Olmos
Daniel Rojas-Tamayo
Catalina Salgado Ramírez
Luis Carlos Sánchez Hernández

Universidad
Externado
de Colombia

Anabel Riaño Saad
Silvana Fortich
(eds.)

**La reforma francesa del
derecho de los contratos
y de las obligaciones:
¿fuente de inspiración
para una futura reforma
en derecho colombiano?**

Universidad Externado de Colombia

La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones : ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano? / Adriana M. Cely [y otros] ; Anabel Riaño Saad, Silvana Fortich (eds.). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.

764 páginas ; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587904697

1. Contratos 2. Obligaciones (Derecho) 3. Responsabilidad civil 4. Derecho civil – Historia – Francia 5. Derecho civil – Historia – Colombia 6 Derecho civil -- Fuentes I. Riaño Saad, Anabel, editora II. Fortich, Silvana, editora III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

346.5 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.
noviembre de 2020

ISBN 978-958-790-469-7

© 2020, ANABEL RIAÑO SAAD, SILVANA FORTICH (EDS.)

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre

Composición: Álvaro Rodríguez

Impresión y encuadernación: Panamericana, formas e impresos S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	13
<i>Silvana Fortich</i> <i>Anabel Riaño Saad</i>	
VISIÓN PANORÁMICA DEL NUEVO DERECHO FRANCÉS DE LOS CONTRATOS Y LAS OBLIGACIONES	23
<i>Felipe Navia Arroyo</i>	
PRIMERA PARTE	
LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN LA REFORMA DEL DERECHO FRANCÉS: ALGUNOS COMENTARIOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE UN JURISTA COLOMBIANO	
ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR LA RUPTURA DE LAS NEGOCIACIONES EN LA REFORMA DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS Y LAS OBLIGACIONES EN FRANCIA: ¿UN MODELO A SEGUIR POR EL DERECHO COLOMBIANO?	47
<i>Catalina Salgado Ramírez</i>	
EL CONTRATO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS: LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO	75
<i>Silvana Fortich</i>	
CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN: CAPACIDAD DE LAS PERSONAS MORALES	117
<i>Adriana M. Cely</i>	
LA SUPRESIÓN DE LA CAUSA EN EL DERECHO FRANCÉS, ¿UN MODELO PARA UNA FUTURA REFORMA DEL DERECHO COLOMBIANO?	137
<i>Jorge I. Herrera Moreno</i>	

SEGUNDA PARTE

LOS EFECTOS DEL CONTRATO EN LA REFORMA DEL DERECHO FRANCÉS:
ALGUNAS NOTAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COLOMBIANO

EL INCUMPLIMIENTO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS NO CONSTITUYE UN MODELO A SEGUIR QUE PERMITA LA CABAL FUNCIONALIDAD DEL INCUMPLIMIENTO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO	201
<i>Martha Lucía Neme Villarreal</i> <i>Carlos Alberto Chinchilla Imbett</i>	
LAS EXCEPCIONES DILATORIAS EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS: EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE	249
<i>Carlos Alberto Chinchilla Imbett</i>	
¿LA ARQUITECTURA DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO EN LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS COMO MODELO PARA EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO? LUCES Y SOMBRAS	281
<i>Javier Mauricio Rodríguez Olmos</i>	
LA REVISIÓN DEL CONTRATO POR IMPREVISIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS: DE LA REGLA DE LA OBLIGATORIEDAD A LA RENEGOCIACIÓN NORMATIVA	359
<i>José Félix Chamie Gandur</i>	
LA TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO EN LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	399
<i>Margarita Morales Huertas</i>	
LA CESIÓN DEL CONTRATO	445
<i>Aida Patricia Hernández Silva</i>	

TERCERA PARTE

EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES EN LA
REFORMA DEL DERECHO FRANCÉS: ALGUNAS CUESTIONES
DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COLOMBIANO

LA CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 2016	489
<i>Luis Carlos Sánchez Hernández</i>	

LA RENOVACIÓN DE LAS MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES <i>Daniel Rojas-Tamayo</i>	533
EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA DE 2016 AL DERECHO FRANCÉS DE LAS OBLIGACIONES Y SU POSIBLE PERTINENCIA PARA ORIENTAR FUTUROS CAMBIOS EN LA MATERIA DENTRO DEL ORDENAMIENTO COLOMBIANO <i>Paula Natalia Robles Bacca</i>	569
LA REFORMA DE LA CESIÓN DE CRÉDITO EN DERECHO FRANCÉS Y SU INTERÉS PARA EL DERECHO COLOMBIANO <i>Anabel Riaño Saad</i>	597
ANEXO TRADUCCIÓN DE LA <i>ORDONNANCE N° 2016-131 DU 10 FÉVRIER 2016</i> PORTANT RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS, DU RÉGIME GÉNÉRAL ET DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS <i>Édgar Cortés Moncayo</i> <i>Jorge I. Herrera Moreno</i> <i>Anabel Riaño Saad</i>	671

LA CESIÓN DEL CONTRATO

AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA*

Sumario: Introducción. I. La cesión del contrato. A. En el derecho colombiano. B. En el derecho francés. 1. La controversia en torno a la cesión del contrato. 2. La regulación normativa en el código civil francés. II. Requisitos de la cesión del contrato. A. En el derecho colombiano. 1. Existencia y validez de la cesión del contrato. 2. La cesibilidad del contrato. 3. Las dificultades en la aplicación del régimen mercantil de la cesión del contrato a los contratos civiles. B. En el código civil francés. III. Efectos de la cesión entre cedente, cesionario y cedido. A. En el derecho colombiano. 1. La cesión con liberación del cedente. 2. La cesión sin liberación del cedente. 3. Efectos entre cedente y cesionario. 4. Efectos entre cedente y cesionario. 5. Efectos entre cesionario y cedente. B. En el derecho francés. 1. Efectos entre cedente y cedido. 2. Efectos entre cedente y cesionario. 3. Efectos entre cesionario y cedido. Conclusiones y análisis comparativo. Referencias.

* Abogada y profesora ordinaria de la Universidad Externado de Colombia, con estudios de doctorado en Derecho de la misma universidad y trabajo de tesis en curso. Exmagistrada auxiliar del Consejo de Estado, hoy conjuete de la misma corporación. Contacto: aida.hernandez@uexternado.edu.co
Agradezco al abogado David Alejandro Durán Hernández por sus importantes aportes en la preparación del presente escrito.

INTRODUCCIÓN

La contratación moderna reconoce la necesidad de flexibilizar los modelos contractuales y de permitir su circulación como valores cuantificables en dinero, incluso, cuando alguna de las partes iniciales del contrato no lo puede ejecutar o prefiere que otro lo haga por razones de economía contractual. En este escenario deviene útil la aplicación de la figura de la cesión del contrato, cuyo propósito, más que transferir el derecho y/o la deuda contractual, consiste en asegurar la continuación del vínculo contractual a pesar del cambio de una de las partes.

La cesión del contrato tiene la función de asegurar el cumplimiento del mismo cuando la parte inicial no puede o no quiere continuar con su ejecución; preserva el negocio jurídico mediante la sustitución total o parcial de uno o de los dos sujetos que integran la relación, y revela una modificación de los vínculos contractuales rígidos provenientes del derecho romano, en los cuales, a través de determinadas fórmulas y rituales, se privilegiaba la calidad personal como elemento esencial para la continuidad del contrato¹.

La práctica negocial ha mostrado la utilidad de la cesión de los contratos, especialmente en el contrato de compraventa cuando el comprador interesado en vender la mercancía a un tercero evita la realización de un nuevo contrato de compraventa cediéndole su posición contractual al adquirente final; y, de igual manera, en el contrato de suministro cuando alguna de las partes no puede seguir ejecutándolo y decide ceder el contrato a un tercero con el propósito de que este continúe y cumpla con el objeto económico del contrato.

1 ROSS, ALF. *Hacia una ciencia realista del derecho: crítica del dualismo en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 240.

En estos casos, la cesión del contrato es una alternativa para agilizar el tráfico jurídico y para permitir la realización de los efectos finales del vínculo contractual que dio origen a ciertos derechos y obligaciones en cabeza de las partes, que son susceptibles de valoración económica.

A diferencia de la cesión de un crédito, acción, pretensión o derecho, la cesión de un contrato implica la transferencia de la posición jurídica del cedente al cesionario, quien ingresa a la relación jurídico negocial a ocupar el lugar de aquel. Por medio de esta figura el cesionario asume la situación del que cede, adquiere “la calidad de parte que correspondía al cedente”², viene a detentar los derechos del sujeto contratante inicial y “adquiere por tal motivo, todas las obligaciones y derechos que surgieron en virtud del contrato (art. 887 C. de Co. ss.)”³.

Esta figura, regulada normativamente en el derecho colombiano para los contratos comerciales y estatales, fue incorporada al código civil francés en la reciente reforma del año 2016.

En el presente escrito abordaremos los fundamentos, elementos y efectos de esta figura en el derecho colombiano y en el derecho francés.

I. LA CESIÓN DEL CONTRATO

A. En el derecho colombiano

Conforme lo entiende la jurisprudencia, “la cesión de un contrato transmite todo lo que constituya la realidad del contrato mismo y tenga conexión con él: la fianza, privile-

2 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2011, exp. 00847, M.P.: William Namén Vargas.

3 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 15 de diciembre de 2004, exp. 24.949, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

gios e hipotecas, la acción ejecutiva de que esté revestido el acreedor primitivo, la acción resolutoria que le corresponde al mismo, y, en general, cuanto pertenezca al contrato en cabeza del cedente, de quien el cesionario es un verdadero sucesor”⁴.

La cesión del contrato está regulada en el código de comercio⁵ como el negocio jurídico por medio del cual cada una de las partes de un contrato puede ser sustituida por un tercero de manera total o parcial, siempre que se trate de contratos de ejecución sucesiva o de ejecución instantánea que no se hayan ejecutado.

La cesión del contrato ha sido definida por la doctrina como:

... el instrumento que permite realizar la llamada circulación del contrato, es decir, la transferencia negocial a un tercero (llamado cesionario) del conjunto de posiciones contractuales (entendido como resultante unitario de derechos y obligaciones orgánicamente interdependientes), constituida en la persona de uno de los originarios contratantes (llamado cedente); de tal forma que, a través de esa sustitución negocial del tercero en la posición de “parte” del contrato, en lugar del cedente, dicho tercero subentra en la totalidad de los derechos y obligaciones que en su orgánica interdependencia se derivan del contrato estipulado por el cedente⁶.

4 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 20967 de 2012, C.P.: Olga Valle de De la Hoz.

5 Art. 887: “En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva, cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución. / La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados *intuitu personae*, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido”.

6 ANDREOLI, MARCELLO. *La cesión del contrato*, Francisco Javier Osset (trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, pp. 2 y 3.

La Corte Suprema de Justicia, al referirse a la regulación de la cesión del contrato en el código de comercio, precisó: “Esta figura consiste en el acuerdo mediante el cual el estipulante de una convención le transfiere a otro la posición que le corresponde dentro de ella. Dicho convenio crea un vínculo jurídico entre cedente y cesionario y, por ende, sólo requiere la voluntad de éstos para su perfeccionamiento”⁷.

Esa misma corporación también explicó que “en la cesión de contrato, el contratante cedente es sustituido por un tercero (cesionario), en ‘la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato’ [...]. Por su virtud, el tercero cesionario adquiere del contratante cedente la posición o situación jurídica que le corresponde, sustituyéndolo, en la totalidad o en un segmento de las relaciones jurídicas”⁸.

Así las cosas, la cesión del contrato es un negocio jurídico mediante el cual una de las partes de un vínculo contractual –cedente– traspassa su posición a un tercero –cesionario–, quien viene a ocupar su lugar dentro de la relación jurídica inicial.

De conformidad con lo previsto en la ley comercial, la cesión comprende el traspaso de “las acciones, privilegios y beneficios legales, inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato”⁹.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia, al precisar que la cesión conlleva la asunción de la posición contractual del cedente, destaca la diferencia que existe con otras figuras jurídicas:

No se trata de una cesión de crédito, acción, pretensión o derecho, sino de toda o parte de la relación jurídica emanada

7 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2012, rad. 21524, M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez.

8 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2011, exp. 00847, M.P.: William Namén Vargas.

9 Art. 895 c.co.

del contrato y, por consiguiente, de la posición de contratante, en tanto el cesionario sustituye al cedente en los derechos y obligaciones, adquiere la calidad de acreedor y deudor así sea en el fragmento al cual concierne, distinguiéndose así de la cesión de un crédito, derecho, acción o pretensión y de la asunción de la deuda¹⁰.

Esta posición fue reiterada, en sentencia más reciente, al entender la cesión como la transmisión del todo o la parte de una posición contractual, los aspectos activos como los pasivos:

Por la cesión de contratos bilaterales o de prestaciones periódicas cualquiera de las partes en el [*sic*] involucradas por vía de un negocio jurídico puede ceder su posición contractual en forma íntegra siempre y cuando el contrato no se haya cumplido enteramente, transfiriendo sus relaciones tanto activas como pasivas en frente del otro contratante cedido. Desde luego, no es cesión autónoma de créditos porque esta institución transfiere exclusivamente un crédito, esto es el aspecto activo de la relación obligatoria como derecho a exigir el cumplimiento de la prestación o de la acreencia por parte del deudor; tampoco es asunción de deudas, porque aquí se transmiten pasivos, se cede una deuda con acuerdo del acreedor cedido. La cesión contractual es la sustitución o transmisión de [una] parte o [el] todo de las relaciones contractuales, tanto en su aspecto activo como en el pasivo, derivadas de un contrato¹¹.

Y así lo ha entendido la doctrina al señalar que la cesión del contrato difiere de la cesión del crédito y de la asunción de la deuda, pues se trata de la transmisión de una posición

10 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2011, exp. 00847, M.P.: William Namén Vargas.

11 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2015, rad. 00469, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

contractual determinada, que implica necesariamente crédito, débito y responsabilidad¹².

La cesión del contrato tiene naturaleza contractual, conforme lo enseña la doctrina al precisar que “es a su vez un contrato (el contrato de cesión)”¹³.

B. En el derecho francés

1. La controversia en torno a la cesión del contrato

El informe de presentación del decreto ley de 2016 que reforma el código civil, remitido al Presidente de la República por la comisión redactora del Ministerio de Justicia, anuncia la regulación legal de la cesión de la posición del contrato en el ordenamiento francés así:

La sección cuarta introduce en el código civil la cesión del contrato, de la cual detalla su régimen jurídico. En efecto, aunque puntualmente reconocida por el legislador, ninguna teoría general de la cesión [convencional] del contrato, nacida de las necesidades prácticas de las empresas, existe en el código civil actual [de 1804]. Traduciendo el deseo del presente decreto ley de modernizar el derecho de contratos inspirándose de aportes de la práctica, la cesión ingresa entonces en el código civil¹⁴.

12 En este sentido véase HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, 1, *Concepto, estructura, vicisitudes*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 531.

13 Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*, t. II, Buenos Aires, EJEA, 1952, p. 237.

14 Ministère de la Justice. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* [Informe al Presidente de la República relativo al Decreto Ley 2016-131 del 10 de febrero de 2016 sobre la reforma del derecho de contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones], disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/jusc1522466P/jo/texte/fr> (consultado el 15 de agosto 2019).

La complejidad conceptual de la cesión del contrato dio lugar a ciertos reparos en el derecho francés. Así, la doctrina francesa, si bien conocía de ejemplos legales de cesión de la posición contractual –como el arrendamiento¹⁵, el contrato de trabajo¹⁶, o el contrato de seguro¹⁷, entre otros– centró la discusión en la posibilidad jurídica de “pasar” convencionalmente un contrato de una mano a otra, como si se tratase de un bien. La naturaleza de esta operación se consideró inicialmente conflictiva puesto que, al existir el vacío legal, no era posible satisfacerse con la cesión de créditos y la asunción de deudas.

Algunos autores consideraron que la posición contractual de una de las partes del contrato bilateral no estaba dentro del intercambio negocial. Con apoyo en el principio de vinculatoriedad y de relatividad del contrato, consideraron que el vínculo jurídico que se forma entre deudor y acreedor los liga exclusivamente a ellos, sin que pueda involucrarse a terceros en su desarrollo. Esta visión subjetivista condujo a considerar inescindible la obligación del sujeto obligado, bajo el argumento de que no se trata de un bien. Se rechazó así, desde esta perspectiva, el efecto traslativo de la cesión respecto del contrato¹⁸.

La doctrina subjetivista consideró que la “cesión del contrato” comprendía una doble operación: 1. La extinción del primer contrato, y 2. La conclusión de un acto nuevo con un *extraneus* que guarda una identidad relativa frente a la convención inicial. De esta manera, debe existir necesariamente una doble voluntad del contratante “cedido”: la primera, relativa a la terminación de un vínculo previo

15 Arts. 1717 y 1743 del *Code civil*.

16 Art. L1224-1 del *Code du travail*.

17 Art. L121-10 del *Code des assurances*.

18 Es el caso de la posición asumida por GHESTIN, JACQUES; BILLIAU, MARC y JAMIN, CHRISTOPHE. *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3.ª ed., París, LGDJ, 2001, n.º 1053.

con el “cedente”; la segunda, concerniente a la creación de un nuevo vínculo con el “cesionario”. Para los defensores de esta doctrina, el papel de la contraparte contractual es protagónico, puesto que no basta con que acepte la disolución del contrato inicial, sino que requiere de consentir la creación de un nuevo contrato.

En oposición a esta visión personalista del vínculo contractual se presenta una teoría economicista, encabezada por Aynès, quien, lejos de ver la cesión del contrato como una afrenta a su esencia, considera que la misma implica que “la cedibilidad, la aptitud del contrato para circular es una las calidades intrínsecas del contrato mismo”¹⁹. Para esta parte de la doctrina, si el vínculo contractual deriva de la voluntad de las partes, debe atenderse a su operatividad y a la independencia que la relación cobra una vez existe el contrato. Se agrega que la circulación del contrato permite su subsistencia, puesto que la misma podría estar en riesgo ante la desaparición o la imposibilidad de continuidad de una de las partes.

Si bien se malinterpretó la posición de este doctrinante, pues para algunos el mismo entendía que el contrato podía recibir el tratamiento de un bien que circulaba, de la simple lectura de sus consideraciones se deduce con claridad que esa no fue su propuesta: “La cesión del contrato permite conciliar la libertad de las partes y la estabilidad del contrato. Para lograr ese resultado no hay necesidad de hacer del contrato una cosa, objeto del derecho de dominio”²⁰.

El segundo eje de discusión versaba sobre la autonomía de la operación y sobre la naturaleza de esta. La Corte de Casación no centró su atención en la posibilidad de ceder la posición contractual, puesto que consideró que la opera-

19 AYNÈS, LAURENT. *Cession de contrat: nouvelles précisions sur le rôle du cédé*, París, Dalloz, 1998, p. 25, n° 9.

20 MALAURIE, PHILIPPE; AYNÈS, LAURENT y STOFFEL-MUNCK, PHILIPPE. *Droit civil. Droit des obligations*, 10.^a ed., París, LGDJ, 2018, § 850.

ción era válida y eficaz. Sin embargo, tuvo dificultades para definir su régimen legal. Así, terminando el siglo xx había adoptado un criterio pragmático para calificar la operación, cuidándose de no establecer pautas precisas. De esa forma, si el litigio versaba sobre una deuda, aplicaba las reglas de la delegación²¹, y si tenía por objeto una acreencia, aplicaba las normas relacionadas con la cesión del crédito²². Esto traía como consecuencia un tratamiento asimétrico, puesto que en algunos casos se requería el consentimiento del acreedor y en otros era imperiosa la respectiva notificación.

2. *La regulación normativa en el código civil francés*

En el decreto ley de 2016 se introdujo la regulación normativa de cesión del contrato, con lo cual se puso fin a las controversias que se suscitaron en torno a esta figura; disposiciones que fueron reforzadas con las adiciones efectuadas en la ley de ratificación, que dispone respecto de la cesión lo siguiente:

Art. 1216.- Un contratante, el cedente, puede ceder su calidad de parte del contrato a un tercero, el cesionario, con el acuerdo de su cocontratante, el cedido.

Este acuerdo puede ser otorgado previamente, particularmente en el contrato concluido entre futuros cedente y cedido, caso en el cual la cesión produce efectos frente al cedido cuando el contrato [de cesión] concluido entre cedente y cesionario le es notificado.

La cesión debe constar por escrito so pena de nulidad.

21 Como en la ya referida sentencia Cass. civ. 3^e, 12 décembre 2001, n° 00-15.627.

22 Cass. civ. 1^{re}, 15 févr. 2009, n° 08-10.230.

La redacción del código civil francés pareciera definir la cesión del contrato como un acto en el cual intervienen tres partes: cedente, cesionario y cedido. Sin embargo, una lectura más detallada del mismo permite advertir que no se requiere un consentimiento del cedido para su configuración.

Si bien la norma alude a la expresión “acuerdo” del cedido, su alcance difiere del consentimiento y, en consecuencia, no debe considerarse como un contrato tripartito, en cuanto el cedido no participa de la conclusión del acto de cesión. Su acuerdo, previo o concomitante, simplemente permite la eficacia del negocio jurídico de cesión. En otras palabras, la cesión existe sin el consentimiento del cedido, pero sus efectos penden de que el cedido manifieste su acuerdo. A esta situación hacen referencia Malaurie y Aynès en los siguientes términos:

... el acuerdo del acreedor no es un consentimiento en la cesión, que tendría por consecuencia hacer de ella una operación tripartita y permitir al cedido decidir en toda libertad y sin control alguno la suerte de la cesión. El término acuerdo fue deliberadamente escogido en oposición al de consentimiento, el cual sí es requerido para liberar al cedente. La ley prevé que este acuerdo pueda ser otorgado de antemano, particularmente al momento de la conclusión del contrato cedido; empero, un consentimiento sobre un contrato implica el conocimiento de los elementos principales de este; por el contrario, el acuerdo del cedido no es sino una modalidad de realización de la cesión y no una condición de fondo, sin perjuicio de los pactos que efectúen libremente las partes²³.

Se concluye de esta manera que no se requiere del consentimiento del acreedor para que se produzca la cesión, sino que basta su mero acuerdo, el cual puede ser otorgado de

23 MALAURIE y AYNÈS. *Traité de droit civil: droit des obligations*, cit., §§ 850 ss.

antemano. En ese orden de ideas, se insiste, la cesión no es un negocio jurídico plurilateral ni tripartito.

II. REQUISITOS DE LA CESIÓN DEL CONTRATO

A. En el derecho colombiano

1. Existencia y validez de la cesión del contrato

Es requisito, para la existencia de la cesión en el derecho comercial colombiano, el consentimiento del cedente y del cesionario que tiene por objeto ceder total o parcialmente la posición que ocupa el primero, en un contrato inicial.

El código de comercio²⁴ es claro en disponer que basta el concurso de voluntades del cedente y el cesionario para que se perfeccione el negocio jurídico de cesión, a diferencia de lo que ocurre con la cesión del contrato estatal, para la cual es indispensable el consentimiento del cedido, entidad pública²⁵.

Así se desprende también de lo dispuesto en el artículo 894 del código de comercio²⁶, y así lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia, para la cual la cesión del contrato privado produce efectos entre el cedente y el cesionario desde la fecha del acuerdo entre ellos, es decir, solo requiere la voluntad de estos dos para su perfeccionamiento:

De conformidad con el inciso 1.º del artículo 887 del código de comercio, la validez de la cesión de un contrato mercantil

24 Art. 887 c.co.

25 El inciso 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispone al efecto: "Los contratos estatales son *intuitu personae* [sic] y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante".

26 Art. 894 c.co.: "La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 888".

de ejecución periódica o sucesiva, puede predicarse con independencia de la aceptación expresa del contratante cedido, salvo que exista prohibición legal o las partes hayan limitado o proscrito la sustitución. Por supuesto, que una cosa es la aceptación como condición de validez, que no se precisa, y otra el rol que ella juega para determinar los efectos de la cesión, pues mientras que éstos se producen entre el cedente y el cesionario desde cuando el acto se celebra, tratándose del contratante cedido y de terceros, estos sólo se producen “desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 888”²⁷.

Esta posición ha sido reiterada por la Corte y ha arrojado alguna claridad en cuanto a la interpretación del artículo 887 del código mercantil, que parece confundir la existencia y validez de la cesión con la oponibilidad de la misma ante el contratante cedido y los terceros. Es así como, en sentencia del año 2015, la corporación afirmó:

El consentimiento dicho, sin embargo, no es un requisito de validez de la cesión entre el cedente y el cesionario, pero sí para medir sus consecuencias (artículo 894 del código de comercio) [...]. En suma, relativo a la cesión de un contrato de ejecución periódica o sucesiva, ya civil, sin prohibición legal para efectuarla, ora comercial, con regulación positiva, en cuanto hace a las obligaciones correlativas, la salida del contratante cedente se ejecuta sin necesidad de aceptación expresa del extremo cedido, salvo prohibición convencional (artículo 887 del código de comercio)²⁸.

Algunos tratadistas han señalado su preocupación respecto de la eficacia de la cesión cuando el cedido no ha dado su asentimiento expreso:

27 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 2001, rad. 5628, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

28 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2015, rad. 00469, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

En otras palabras, la regla viene a ser que cualquiera de las partes contractuales al ceder su posición a un tercero puede dejar de ser parte (deudora) (“cesión liberatoria”), sin consideración alguna por el derecho de la contraparte, y sólo excepcionalmente se mantendrá vinculada (garantía), y aun entonces apenas limitadamente. O sea que de ordinario el “contratante cedido” resulta inopinadamente relacionado con persona distinta de aquella con la que contrató y desprovisto de las garantías que esta le dio, así tenga motivos serios para desconfiar, antes que de su solvencia patrimonial, de sus condiciones sociales y morales²⁹.

Las consideraciones de Hinestrosa sobre la consagración de la figura en el código de comercio se originan en la regulación confusa que existe entre la prohibición o limitación de la cesión y la aceptación del contratante cedido, esta última considerada indispensable para la eficacia de la figura.

De estas dos posturas, la legislación y la jurisprudencia colombianas acogen aquella según la cual la aceptación del contratante cedido no es un requisito necesario para la existencia de la cesión.

Ahora, sobre la forma de realizar la cesión, el artículo 888 del código de comercio³⁰ dispone que esta podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito. Es decir que la cesión sigue la forma del contrato cedido. Sin embargo, la norma precisa que si el con-

29 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, 1, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., p. 538.

30 Art. 888 c.co.: “Formas para hacer la cesión. La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito. / Si el contrato consta en escritura pública, la cesión podrá hacerse por escrito privado, previa autenticación de la firma del cedente, si ésta no es auténtica o no se presume tal, pero no producirá efectos respecto de terceros mientras no sea inscrita en el correspondiente registro. / Si el contrato consta en un documento inscrito que, a pesar de no ser título-valor, esté otorgado o tenga la cláusula ‘a la orden’ u otra equivalente, el endoso del documento bastará para que el endosatario se sustituya al endosante en las relaciones derivadas del contrato”.

trato consta por escritura pública, la cesión podrá hacerse mediante escrito privado, con autenticación de la firma, si bien no producirá efectos respecto de terceros mientras no sea inscrita en el correspondiente registro.

El inciso tercero de la citada norma consagra la denominada “cesión de contrato mediante endoso”³¹, según la cual, si el contrato consta en un documento inscrito que, a pesar de no ser título valor, esté otorgado “a la orden”, bastará con el endoso del documento para que el endosatario sustituya al endosante en todas las relaciones derivadas del contrato.

Es importante precisar que la exigencia de la inscripción en la correspondiente oficina de registro se refiere únicamente a los contratos solemnes y principales, por ejemplo, una compraventa de bienes inmuebles, no así a las garantías accesorias que acompañan ciertos actos jurídicos. En esta línea, Bonivento explica que “no se puede extender esa noción a un contrato de préstamo, pues, no siendo solemne sino real, es principal frente a la obligación hipotecaria o prendaria que se contrae, que es la que requiere de solemnidad. Por tanto: la inscripción será indispensable en aquellos casos en que el contrato se otorgue, principalmente, de manera solemne”³².

Y sobre los presupuestos de validez de la cesión del contrato cabe señalar que son los dispuestos normativamente para todo contrato: objeto y causa lícita, consentimiento libre de vicios y capacidad de los negociantes.

31 Sobre este inciso, Mantilla señala: “Así las cosas, hablar de un ‘endoso’ del contrato resulta contradictorio ya que endoso es la forma de transferencia de títulos valores. En mi opinión, la norma en cuestión consagra simplemente una variedad de cesión con formas simplificadas, mal denominada por el legislador mediante la palabra ‘endoso’”. MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO. “La cesión de contrato”, en *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Universidad del Rosario-Legis, 2009, p. 442.

32 BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 19.ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2015, p. 397.

2. La cesibilidad del contrato

Aun cuando exista un acuerdo entre el cedente y el cesionario, el artículo 887 del código de comercio limita la cesión del contrato si se dan ciertos presupuestos: i) se pactaron cláusulas que excluyen la cesión; ii) se ejecutaron en forma sustancial las obligaciones en el caso de los contratos de ejecución instantánea, y iii) en los casos en que existan prestaciones personalísimas o *intuitu personae*, si no existe una aceptación expresa del contratante cedido.

a. Pacto que excluye la cesión

Como se ha explicado, la regla general en materia de cesión del contrato, según lo dispuesto en el artículo 887 del código de comercio y por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es la cesibilidad del contrato, sin que se requiera la autorización del contratante cedido. No obstante, puede presentarse el supuesto en el cual las partes, bajo el principio de autonomía contractual, pacten la prohibición de ceder el contrato en todo o en parte.

En estos casos la no cesibilidad del contrato que se haya pactado no parece atentar contra las buenas costumbres ni contra el orden público, aunque habrá de tenerse en cuenta que, en determinadas situaciones, puede presentarse un abuso de la posición dominante (sobre todo en casos en que se pacte la cesión total del contrato), por lo que habrá de estudiarse si las cláusulas de no cesibilidad del contrato en determinado caso pueden llegar a ser abusivas.

En este sentido, Hinestrosa explica que “una prohibición absoluta, como puede verse en muchos formularios, es la antípoda de aquella que autoriza *ad libitum* toda cesión; una y otra sospechosas de abuso de posición dominante y llamadas a juicio negativo de legitimidad, en la medida en que no aparezcan indispensables en razón de un interés superior al del contratante cedido, esta más en cuanto

entraba la circulación del contrato y contradice la finalidad de la *figura legis*"³³.

b. La no cesión respecto del contrato de ejecución instantánea

Respecto de la segunda limitación a la regla general de la cesibilidad del contrato, esto es, en el caso de contratos de ejecución instantánea en los que se hayan ejecutado en todo o en parte las obligaciones pactadas, se debe considerar la función económica de la cesión, es decir, la transmisibilidad del vínculo contractual. Así, al tratarse de contratos que se agotan en un instante determinado, generalmente, al momento de la ejecución de las obligaciones esenciales, es evidente que carece de utilidad la cesión de un contrato cuyo objeto ya ha finiquitado.

Para la doctrina, "en estos casos, si el efecto principal del contrato es obtenido en un instante, aquél es privado de su 'valor instrumental' y, por ende, la cesión se encuentra desprovista de todo interés"³⁴.

c. La no cesión de los contratos *intuitu personae*

El citado artículo 887, como ya se dijo, excluye la cesión de los contratos *intuitu personae* cuando no se obtiene el consentimiento del contratante cedido. En estos aspectos las posiciones nuevamente están divididas, pues mientras para unos³⁵ la aceptación del contratante cedido es necesaria (o al menos así debería serlo) para la formación del

33 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., p. 533.

34 MANTILLA ESPINOSA. *La cesión de contrato*, cit., p. 440.

35 Véase HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., p. 538.

contrato, para otros³⁶ “la autorización tiene por único efecto el de conferirle la calidad de cesible a un contrato que en principio no la tenía”.

3. *Las dificultades en la aplicación del régimen mercantil de la cesión del contrato a los contratos civiles*

El vacío normativo del código civil tienta al operador jurídico a acudir a la regulación mercantil. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado un esquema diferente, al margen de la normatividad mercantil, en el cual ha excluido la aplicación de muchas de las reglas anteriormente descritas³⁷, precisamente para evitar una desprotección desproporcionada frente a la cesión del contratante no comerciante. Esta situación se examina con lujo de detalles en un caso de cesión de la posición dentro de un contrato de promesa, en el que se precisó por la Corte una especie de *summa divisio* en cuanto a la naturaleza del contrato:

En materia civil, la cesión contractual, en línea general, se encuentra desprovista de regulación positiva, pues únicamente se alude a los “créditos personales”, esto es, al cambio del acreedor (artículo 1959 del código civil), y no a las obligaciones correlativas, vale decir, a la sustitución del deudor. Esto, desde luego, no significa, en virtud del principio general de negociación, su inviabilidad, siempre y cuando en el reemplazo del *solvens* medie el consentimiento del *accipiens*.

En palabras de la Sala, los “contratos bilaterales en que las partes contraen mutuamente obligaciones y prestaciones, no pueden cederse por ninguna de ellas, salvo que el contratante cedente esté autorizado por pacto expreso de hacerla o que

36 Véase MANTILLA ESPINOSA. *La cesión de contrato*, cit., p. 440.

37 Véase la precitada decisión: Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de mayo de 2001, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

habiéndose solicitado el consentimiento del otro contratante [...] lo hubiera consentido [...]. En la cesión de derechos y obligaciones procedentes de un pacto bilateral, habría no sólo una cesión de derechos sino una sustitución del deudor (Fernando Vélez, t. 7, página 336)³⁸.

Como en otra ocasión se señaló, las “obligaciones, y especialmente las que se contraen *intuitu personae*, no pueden cederse sin el consentimiento de la parte en cuyo favor se contrajeron. Es la falta de consentimiento de esta parte lo que hace ineficaz la cesión”³⁹.

Por esto, al decir de la Corte, la “cesión del contrato es una forma de sustitución contractual atípica en los convenios civiles que presupone el traspaso que, con el consentimiento del otro –a menos, claro está, que exista disposición legal en contrario–, un contratante hace a un tercero que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente, de los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral”⁴⁰.

La razón de ser de lo anterior estriba en que es distinto sustituir a un acreedor que a un deudor. Respecto del primero, la posición del obligado no sufriría afectación, pues al fin de cuentas, su prestación tendría que solucionarla sin importar el nombre del titular. Con relación al segundo, la cuestión sería trascendente, en cuanto, muy seguramente, la persona del *solvens*, su capacidad económica, reputación, en fin, se habrían erigido en factores de confianza y de garantía al momento de otorgarse el crédito[;] por lo tanto, como esas condiciones bien pueden no concurrir en el deudor reemplazante, es natural entender que el consentimiento del *accipiens* se hace necesario.

38 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de mayo de 1942, *GJ*, t. LIV, 114.

39 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia del 15 de junio de 1943, *GJ*, t. LV, 718.

40 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de mayo de 1995, *GJ*, t. CCXXXIV, 916, primer semestre.

4.2.2.3. El código de comercio, en cambio, sí posibilita la sustitución parcial o total de los contratos de ejecución periódica o sucesiva, o de cumplimiento instantáneo inejecutados, salvo que la ley o las partes lo limiten o lo prohíban, sin necesidad de la aceptación expresa del contratante cedido, a no ser que se trate de una convención celebrada *intuitu personae* (artículo 887).

El consentimiento dicho, sin embargo, no es un requisito de validez de la cesión entre el cedente y el cesionario, pero sí para medir sus consecuencias (artículo 894 del código de comercio). Como tiene explicado la Corte, “una cosa es la aceptación como condición de validez [...], y otra el rol que ella juega para determinar los efectos de la cesión, pues mientras que éstos se producen entre el cedente y el cesionario desde cuando el acto se celebra, tratándose del contratante cedido y de terceros, estos sólo se producen ‘desde la notificación o aceptación’”⁴¹⁻⁴².

Es evidente el contraste que se presenta entre ambas estructuras. Resultan antagónicas y diametralmente opuestas en cuanto a sus vicisitudes. Pareciera que, en materia civil, las reglas jurisprudenciales aplicables se asemejan a la visión francesa antes de la reforma, mientras que, como se expuso, las del código de comercio siguen los lineamientos del código civil italiano.

Ante la evidente separación entre el derecho civil y comercial procedemos a analizar esas diferencias y algunas de las similitudes que pueden presentarse.

– *Reconocimiento de la figura*. En ambos regímenes se reconoce la figura de cesión del contrato. Si bien es cierto que su análisis difiere en función de su naturaleza, se reconoce la posibilidad de transferir a un tercero la posición contractual.

41 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 063 del 4 de abril de 2001, exp. 5628.

42 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2015, SC9680-2015, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

– *Autonomía*. Mientras que en el derecho mercantil la cesión del contrato goza de independencia frente a otras figuras de transferencia obligacional, en la casación civil dicha autonomía tiene un alcance apenas nominal, puesto que siempre se liga a la cesión del crédito o de la deuda.

– *Fuente*. Si bien en el derecho civil existen ejemplos legales de cesión, para que un contrato pueda ser cedido las partes debieron acordarlo de común voluntad, y su regulación deriva necesariamente de la jurisprudencia. En el derecho comercial, la ley establece como principio la cesibilidad del contrato salvo estipulación en contrario.

– *Requisitos materiales*. En ambos sistemas el contrato debe ser de tracto sucesivo, ejecución continuada o periódica, y en caso de que sea de ejecución instantánea, deben existir prestaciones pendientes. Mientras en el derecho comercial no se requiere de consentimiento ni de acuerdo del cedido, en el derecho civil debe existir plena voluntad del cocontratante.

– *Requisitos formales*. El código de comercio contempla un principio de libertad de formas con ciertas excepciones; en el derecho civil se exige congruencia entre las formalidades del negocio cedido y las de la cesión.

– *Efectos*. En el derecho civil no existen efectos claros en cuanto a la liberación del deudor, en contraste con lo previsto en la regulación mercantil. Sin embargo, corresponde a las partes determinar el alcance de la cesión en materia de responsabilidades. Es este elemento el que justificaría una intervención legislativa en la materia.

Queda presentado en los anteriores términos el estado actual del arte en el derecho privado colombiano. La bifurcación normativa que existe en la materia genera cierta incomodidad al intérprete. De igual manera, las dificultades de extrapolar un régimen al otro complican el desenvolvimiento y la aplicación de la cesión en los contratos civiles. Por ello, con base en la solución del derecho francés, es válido preguntarse si es posible conciliar la posición de la

jurisprudencia en materia civil con las disposiciones del código de comercio a fin de dotar de plena eficacia a la cesión.

B. En el código civil francés

El último inciso del artículo 1216 del *Code civil* establece como requisito que la cesión se efectúe por escrito, so pena de nulidad. Si bien es cierto que ello implica un aligeramiento en tratándose de contratos que exigen otro tipo de formalidades, puesto que las mismas no se requieren para la cesión, pareciera descartarse la posibilidad de cesión implícita cuando materialmente un tercero comienza a ocupar la posición contractual.

La ausencia del escrito da lugar a una nulidad relativa en el sentido tradicional, excluyendo en todo caso al contratante cedido de la posibilidad de pretenderla, puesto que el mismo no forma parte del negocio de cesión.

En cuanto a sus elementos de existencia, se requiere que la transferencia sea relativa a la posición contractual en su integridad, y no únicamente a la parte activa o pasiva de la misma. También es necesario que la voluntad de las partes se encamine a mantener la relación inicial, y no a generar nuevas obligaciones. Ello significa que no tiene una vocación extintiva –como ocurriría en el caso de la novación– sino, por el contrario, conservatoria.

La nueva normatividad nada dice en cuanto a publicidad u oponibilidad de la cesión frente a terceros. Corresponderá a la jurisprudencia definir los requisitos pertinentes en dicha hipótesis. Pareciera que en ese caso se requeriría de las mismas exigencias en materia de publicidad que para el negocio cedido. Por el contrario, aunque no se precisa una formalidad, del artículo 1216 se infiere el requisito de la notificación del cedido. Ello es apenas natural puesto que debe ponerse en conocimiento de este la cesión para que produzca efectos frente a él, y para que sepa quién será su nuevo deudor y acreedor. Esto cobra relevancia, particularmente, cuando el acuerdo fue otorgado de antemano.

III. EFECTOS DE LA CESIÓN ENTRE CEDENTE, CESIONARIO Y CEDIDO

A. En el derecho colombiano

La cesión del contrato, como se ha explicado, produce la transmisión de una posición contractual, entendida esta como un conjunto de derechos, obligaciones, potestades y sujeciones propios de la calidad de contratante.

Lo anterior implica una serie de atributos de la calidad de parte contratante, por ejemplo, la posibilidad de ejercer las acciones de resolución del contrato, de nulidad relativa, de revisión frente a cláusulas abusivas, de interponer la excepción de contrato no cumplido, de renovar o prorrogar el contrato, de hacer valer una cláusula compromisoria.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el cesionario asume la relación contractual en el estado en que se encuentre; por tanto, no podrá exigir el cumplimiento de prestaciones ya ejecutadas a satisfacción del cedente, pero cuenta con las acciones y pretensiones que le correspondían al cedente ante el incumplimiento del cedido:

El tercero cesionario toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se encuentra[n] al instante de la cesión, convirtiéndose a partir de ésta, en parte, titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente entonces, sin producirse su alteración, modificación o extinción y, por ende, los derechos ejercidos y las prestaciones ya cumplidas no podrán ejercerse ni exigirse nuevamente, los pendientes se regularán por la ley y el contrato cedido y, las consecuencias nocivas de los incumplimientos tanto respecto del contratante cedente cuanto del contratante cedido proyectan plenos efectos frente al tercero cesionario⁴³.

43 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2011, exp. 00847, M.P.: William Namén Vargas.

Por otra parte, el artículo 896 del código de comercio dispone que “el contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato”. Ahora, sobre las excepciones que se funden en otras relaciones con el cedente, incluidas las personales, podrá realizar una reserva al momento de notificársele o aceptar la cesión.

1. La cesión con liberación del cedente

Conforme lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, uno de los requisitos de oponibilidad de la cesión del contrato ante el cedido o ante terceros, como pueden ser los acreedores del cedente, es la notificación o aceptación de la cesión; así lo ha señalado:

Por supuesto, que una cosa es la aceptación como condición de validez, que no se precisa, y otra el rol que ella juega para determinar los efectos de la cesión, pues mientras que éstos se producen entre el cedente y el cesionario desde cuando el acto se celebra, tratándose del contratante cedido y de terceros estos sólo se producen “desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 888”, vale decir, el caso en que el contrato conste en un documento inscrito que, a pesar de no ser título valor, esté otorgado o tenga cláusula “a la orden” u otra equivalente, pues en dicho evento, basta con que se endose el documento para que opere la sustitución (artículo 894 *ibídem*)⁴⁴.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que los efectos de la cesión recaen de manera directa sobre el contratante cedido e indirecta sobre terceros, la jurisprudencia ha entendido la notificación como un requisito de oponibilidad de la cesión, con el objeto de proteger sus derechos e intereses:

44 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 2001, rad. 5628, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

No obstante, para que ese traspaso de la posición contractual sea oponible al cedido será necesario notificársela, en razón a que a éste le asiste un legítimo interés en conocer la misma y en particular la identidad de quien asumirá los compromisos adquiridos por la persona con cual negoció; además, tal comunicación apareja la oponibilidad frente a terceros.

Incluso, en casos excepcionales no es suficiente con el referido acto de enteramiento, pues la ley exige la aprobación de la parte cedida, conforme acontece cuando el negocio ha sido celebrado *intuitu personae* y en los de ejecución instantánea con prestaciones pendientes⁴⁵.

No obstante, como el principio general es la cesibilidad de los contratos, el artículo 893 del código de comercio⁴⁶ le impuso una carga al contratante cedido de manifestar la reserva de no liberar al cedente, lo que podrá hacer al momento de autorizar la cesión o al serle notificada. Así, la consecuencia de no realizar dicha reserva es que se entienda la aceptación derivada del silencio.

En este orden de ideas, el ordenamiento jurídico supone la voluntad del contratante cedido de liberar al cedente de sus obligaciones contractuales, siempre y cuando no haya manifestado su intención de no hacerlo.

Es importante precisar que, en los casos en que la cesión requiere previamente la autorización de la contraparte cedida, es decir, cuando se haya pactado incesibilidad o

45 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2012, rad. 21524, M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez.

46 Art. 893 c.co.: “Reserva de no liberar al cedente. Si el contratante cedido hace la reserva de no liberar al cedente, al autorizar o aceptar la cesión o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos en que la ley autorice la cesión sin previa aceptación o notificación”.

cuando se trate de prestaciones personalísimas o *intuitu personae*, la autorización de la cesión difiere y puede darse en un momento distinto de la aceptación de la liberación del contratante cedente.

Por otro lado, cabe preguntarse si esta presunción de la aceptación de liberación del cedente opera también en el ámbito civil, con las mismas connotaciones por *analogia legis* que en el ámbito comercial.

En las sentencias más recientes de la Corte Suprema de Justicia parece existir un tratamiento igualitario de la figura tanto en materia civil como comercial, habiéndose expresado la corporación en los siguientes términos:

En suma, relativo a la cesión de un contrato de ejecución periódica o sucesiva, ya civil, sin prohibición legal para efectuarla, ora comercial, con regulación positiva, en cuanto hace a las obligaciones correlativas, la salida del contratante cedente se ejecuta sin necesidad de aceptación expresa del extremo cedido, salvo prohibición convencional (artículo 887 del código de comercio).

En el punto, claro está, el cambio de posición contractual difiere sustancialmente de la cesión de una obligación –propiamente denominada, asunción de deuda–, porque en este caso, como anteladamente se advirtió, la salida del deudor cedente se supedita, so pena de inoponibilidad, a la voluntad del acreedor cedido, como mecanismo legal de protección de sus intereses. Como institución autónoma, halla antecedentes conceptuales de los parágrafos 414 a 418 del BCB⁴⁷⁻⁴⁸.

Sobre este aspecto es importante considerar que en materia civil el contratante cedido no tiene las calidades de un

47 *Código civil alemán*, traducción dirigida por Albert Lamarca Marqués, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 120.

48 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2015, rad. 00469, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

profesional experto en el trámite de negocios, con lo cual merecería una protección adicional a la que tiene un contratante experto y avisado de la reglamentación jurídica para este tipo de operaciones.

2. *La cesión sin liberación del cedente*

Siempre que, en aplicación de lo previsto en el artículo 893 del código de comercio, el cedido haya realizado la reserva de no liberar a su contratante del cumplimiento del contrato, podrá exigirle de manera subsidiaria el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, cuando el cesionario no la cumpla. Para estos efectos deberá poner en conocimiento del cedente el respectivo incumplimiento dentro de los 10 días siguientes a la mora del deudor.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que, en estos casos, el cedente es considerado como un garante del cumplimiento de las obligaciones del cesionario: “Por lo mismo, el contratante cedido si no la consintió previamente, al autorizar o aceptar la cesión, o al serle notificada, podrá expresar la reserva de no liberar al cedente, subsistiendo su responsabilidad y convirtiéndose en garante del cumplimiento de las obligaciones del cesionario en los términos del artículo 893 del código de comercio”⁴⁹.

En línea con lo anterior, la doctrina ha explicado que “el cedente al transferir su posición contractual rompe el vínculo de interdependencia de las obligaciones y, por ende, su deuda se hallaría desprovista de contraprestación, por lo que se encontraría entonces obligado de forma unilateral de manera similar a un fiador (C.C., art. 2361)”⁵⁰.

49 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2011, rad. 00847, M.P.: William Namén Vargas.

50 MANTILLA ESPINOSA. *La cesión de contrato*, cit., p. 447.

3. *Efectos entre cedente y cesionario*

Estos se producen desde que se perfecciona la cesión, pudiendo estipular entre ellos las condiciones bajo las cuales se realiza, siendo una de las obligaciones iniciales que surge para el cedente la de responder por la existencia y validez del contrato, como también de sus garantías⁵¹.

Cabe destacar lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, para quien los efectos del contrato de cesión no dependen de la aceptación de la parte cedida, con lo cual se deduce que el contrato tiene plena validez desde que se consienta la cesión: “La validez de la cesión de un contrato mercantil de ejecución periódica o sucesiva, puede predicarse con independencia de la aceptación expresa del contratante cedido, salvo que exista prohibición legal o las partes hayan limitado o proscrito la sustitución”⁵².

Dicha posición fue reiterada en una sentencia de 2015, en la que la Corte afirmó: “En suma, relativo a la cesión de un contrato de ejecución periódica o sucesiva, ya civil, sin prohibición legal para efectuarla, ora comercial, con regulación positiva, en cuanto hace a las obligaciones correlativas, la salida del contratante cedente se ejecuta sin necesidad de aceptación expresa del extremo cedido, salvo prohibición convencional (artículo 887 del código de comercio)”⁵³.

4. *Efectos entre cedente y cedido*

Se producen efectos desde que se notifica al cedido la cesión que ha efectuado el cedente, y es este el momento

51 Art. 890 c.co.: “El que cede un contrato se obliga a responder de la existencia y validez del mismo y de sus garantías, pero, salvo estipulación expresa en contrario, no responderá de su cumplimiento por parte del otro contratante y de los garantes”.

52 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 2001, rad. 5628, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

53 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2015, rad. 00469, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

a partir del cual, en principio, este queda desvinculado del contrato.

Es importante precisar que, si la cesión fue parcial, el cedente permanece vinculado como titular de una parte de los derechos y obligaciones del contrato inicial. Como también cabe retomar lo expuesto precedentemente sobre la existencia o no de la reserva que puede realizar el cedido. Así, si el cedido hizo la reserva de no liberar al cedente ante el incumplimiento del cesionario de las obligaciones a su cargo, podrá exigir las de aquel.

Si el cedido, en aplicación del artículo 893 del código de comercio⁵⁴, realiza la reserva y decide no liberar al cedente, podrá exigir a este, de manera subsidiaria, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla. Para estos efectos deberá poner en conocimiento del cedente el respectivo incumplimiento dentro de los 10 días siguientes a la mora del deudor.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que, en estos casos, el cedente es considerado como un garante del cumplimiento de las obligaciones del cesionario⁵⁵. Y, en línea con esta postura, la doctrina ha explicado que “el cedente al transferir su posición contractual rompe el vínculo de interdependencia de las obligaciones y, por ende, su deuda se hallaría desprovista de contraprestación, por lo que se encontraría entonces obligado de forma unilateral de manera similar a un fiador (C.C., art. 2361)”⁵⁶.

54 Art. 893 c.co.: “Si el contratante cedido hace la reserva de no liberar al cedente, al autorizar o aceptar la cesión o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor. / Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos en que la ley autorice la cesión sin previa aceptación o notificación”.

55 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2011, rad. 00847, M.P.: William Namén Vargas.

56 MANTILLA ESPINOSA. *La cesión de contrato*, cit., p. 447.

5. Efectos entre cesionario y cedido

Los efectos se producen desde que se le notifica al contratante cedido o desde que este acepte la cesión⁵⁷, y en estas condiciones el cedido no puede ejecutar las correspondientes prestaciones a favor del cedente, salvo que la cesión sea parcial, en cuyo caso mantiene con el cedente la relación jurídica que no haya sido objeto de cesión. Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

No obstante, para que ese traspaso de la posición contractual sea oponible al cedido será necesario notificársela, en razón a que a éste le asiste un legítimo interés en conocer la misma y en particular la identidad de quien asumirá los compromisos adquiridos por la persona con la cual negoció; además, tal comunicación apareja la oponibilidad frente a terceros.

Incluso, en casos excepcionales no es suficiente con el referido acto de enteramiento, pues la ley exige la aprobación de la parte cedida, conforme acontece cuando el negocio ha sido celebrado *intuitu personae* y en los de ejecución instantánea con prestaciones pendientes⁵⁸.

Para el cedido no se altera ni se modifica el contenido de las prestaciones del contrato por virtud de la cesión, bastando su notificación para que quede vinculado con el cesionario.

El cedido es y continúa siendo parte en el contrato, en los mismos términos y condiciones pactados, ya no frente al contratante original sino frente al cesionario, salvo que, se insiste, la cesión haya sido parcial.

Cabe igualmente destacar que “[e]l tercero cesionario toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se

57 Art. 892 c.co.

58 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2012, rad. 21524, M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez.

encuentra”⁵⁹, de manera que no puede exigir la ejecución de las prestaciones ya cumplidas y ante el incumplimiento del contratante cedido cuenta con las acciones y pretensiones que le correspondían al cedente.

Así lo ha explicado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: “el tercero cesionario podrá ejercer frente al contratante cedido los derechos, acciones y pretensiones correspondientes al contratante cedente, quien podrá oponer las mismas excepciones y ejercer los mismos derechos, acciones y pretensiones que tenía frente al cedente, salvo las inherentes a la calidad o estado personal de las partes o a causas ajenas al contrato”⁶⁰.

B. En el derecho francés

1. Efectos entre el cedente y cedido

El proyecto de decreto ley contenía únicamente el artículo 1216, de manera que las demás disposiciones relacionadas con la cesión del contrato fueron introducidas en la intervención parlamentaria de la ley de ratificación de 2018, dentro de las cuales están las normas relativas a sus efectos. Así, el artículo 1216-1 establece:

Art. 1216-1. Si el cedido lo ha consentido expresamente, la cesión del contrato libera al cedente de sus obligaciones hacia el futuro.

En su defecto, salvo cláusula contraria, el cedente seguirá obligado solidariamente a la ejecución del contrato.

Se advierte en esta disposición la presencia de dos elementos particulares. El primero se relaciona con el consentimiento

59 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2011, rad. 00847, M.P.: William Namén Vargas.

60 *Ibid.*

to del cedido que se requiere para la liberación del cedente, lo cual es apenas una consecuencia natural de la admisión relativamente flexible de la institución.

Si bien se facilita la circulación del contrato por el mero acuerdo del cedido, no puede negarse que, de alguna manera, no queda excluido totalmente de dicha operación. Por ello se le protege el derecho a la satisfacción de su interés originario cuando se presente un defecto del consentimiento. *Contrario sensu*, la concurrencia de su consentimiento en la operación y en la liberación elimina la protección precisamente con fundamento en la expresión de su voluntad.

El segundo elemento a resaltar es que con esa disposición se diferencia la cesión de la novación, porque la posibilidad de que la misma tenga o no efectos liberatorios marca una diferencia fundamental, al revelar nuevamente que con la operación no se produce la extinción de obligación alguna⁶¹. Si bien en el primer supuesto el deudor es reemplazado completamente por un tercero, lo cual pareciera comportar una extinción, lo cierto es que –como se verá– la obligación no varía en los términos y condiciones inicialmente pactados. Y cuando se dispone la solidaridad, es aún más evidente la persistencia de la obligación originaria puesto que, si bien la posición contractual se cedió, se mantiene el vínculo obligacional con el cedente.

Se constata así que la solidaridad de los partícipes de la cesión frente al cedido se configura como un elemento natural de la operación, y su liberación, en cambio, como accidental. Sin embargo, queda una pregunta sin resolver respecto del alcance de la solidaridad. No precisó el legislador si la misma se predica de las deudas exigibles o nacidas en época posterior, o únicamente de aquellas consolidadas

61 Para comprender con mayor profundidad los efectos liberatorios o no de la cesión, véase BROCHE, CHRISTOPHE. "La cession conventionnelle de contrat existe-t-elle?", *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

previamente a la cesión, por lo que corresponderá a la jurisprudencia dar luces al respecto.

La relación entre el cedido y el cedente se extingue si este es liberado por medio del consentimiento de aquel. O subsiste por medio de la solidaridad pasiva, en caso de no liberarse expresamente.

2. Efectos entre cedente y cesionario

Es preciso analizar el negocio jurídico de cesión que se realiza entre cedente y cesionario para determinar la relación que ha de producirse entre ellos. Se podrá así verificar si fue a título oneroso o gratuito, si se contrajeron obligaciones correlativas o de ejecución sucesiva, entre otros aspectos relevantes.

Si se dispuso la liberación del cedente, este sale por completo de la escena y pierde cualquier vínculo, de manera que el cesionario es quien se convierte en el nuevo protagonista del contrato objeto de cesión.

Ocurre de forma distinta cuando no se produce tal liberación, porque surge la solidaridad entre cedente y cesionario. En este escenario, si el cedente resulta obligado a ejecutar la prestación cedida, tendría la posibilidad de perseguir al cesionario. De manera correlativa se impone entender que, de ejecutarse una prestación en favor del cedente luego de la cesión, este pago no será válido y el cedente deberá transferir los efectos del mismo al cesionario.

3. Efectos entre cesionario y cedido

En las nuevas disposiciones del *Code* se regulan los efectos del contrato en cuanto a defensas procesales, garantías y solidaridad, así:

Art. 1216-2. El cesionario puede oponer al cedido todas las excepciones inherentes a la deuda, tales como la nulidad, la

excepción de inejecución, la resolución o la compensación de deudas conexas.

El cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que hubiera podido oponerle al cedente.

Art. 1216-3. Si el cedente no es liberado por el cedido, las garantías que hubieren sido otorgadas subsisten. En el caso contrario, las garantías otorgadas por terceros no subsisten sino con su acuerdo.

Si el cedente es liberado, sus codeudores solidarios quedan obligados con la deducción correspondiente de su parte de la deuda.

De estas normas se deduce con mayor claridad la ausencia de una novación cuando se perfecciona la cesión del contrato y la concordancia con los regímenes generales de la solidaridad, garantías y controversias contractuales. El equilibrio reina nuevamente en estas materias puesto que, si bien es cierto que el acto originario se mantiene a pesar del reemplazo de una de las partes, la salida del cedente de la relación inicial puede tener repercusiones en el contrato cedido. Esto, particularmente cuando no se produce su liberación.

Así, en cuanto a las defensas de las partes, el nuevo precepto afirma claramente que las excepciones inherentes a la prestación –y se advierte aquí la desafortunada redacción de la norma, que pareciera que habla de la cesión de deudas– acompañan al contrato. Por el contrario, y por efecto de la salida del cedente, cualquier excepción que sea propia de este no sigue al vínculo inicial.

En tratándose del cedido, una nueva protección se le otorga en la medida en que se le permite oponer las defensas que de forma general procedan frente al cesionario, además de las que tenía respecto del cedente.

La nueva normatividad se ocupa de los contratos que se encuentran ligados al negocio cedido, por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de este⁶². Es el caso de las *surêtés* personales, como la caución (o fianza) y el aval, que derivan de acuerdos de voluntad. Si el deudor no es liberado, las garantías contractuales otorgadas a él se mantienen.

Empero, consecuencia apenas natural de la salida del cedente con quien se habían concluido es que las garantías no se extiendan al cesionario. A menos que, claro está, un nuevo acuerdo de voluntad –de ahí que se hable de consentimiento de los terceros– reafirme la posición de los garantes cuando se produce el reemplazo del contratante. Pareciera que la misma regla se aplica para las garantías mixtas (o garantías reales prestadas por terceros), pero, en todo caso, no se extiende a las garantías reales, las cuales se mantienen incólumes. No se precisa nada en lo relativo a las garantías consentidas directamente por el deudor.

Finalmente, se hace una precisión respecto de la liberación del deudor en presencia de codeudores solidarios. Aunque resulte algo abstracta su redacción, la norma parece indicar que la cesión frente a los codeudores solidarios comprende una deducción de su parte en la prestación debida. De ello se deduce que con la liberación no se verán solidariamente obligados a la ejecución del objeto que le corresponda al cesionario. De esta manera, se daría una extinción parcial de la solidaridad respecto de la porción de la prestación cedida.

CONCLUSIONES Y ANÁLISIS COMPARATIVO

1. El legislador y la Corte Suprema de Justicia en Colombia acogieron la llamada teoría unitaria de la cesión del

62 En lo relativo a las garantías en el derecho francés y su suerte con ocasión de la cesión véase SÉJEAN-CHAZAL, CLAIRE. *La réalisation de la sûreté*, París, Dalloz, 2019.

contrato que fue consagrada en el código de comercio de 1971.

Dicha teoría entiende esta institución como un único negocio de disposición sobre el contrato, que excluye considerar la presencia de la transmisión singular del derecho de crédito o de la asunción de la deuda de manera diferenciada o atomística. La teoría unitaria entiende que con la cesión del contrato se produce una transferencia integral de los derechos y obligaciones de la parte contratante inicial.

La postura unitaria está contenida en el artículo 887 del código de comercio⁶³, que define la cesión del contrato como un único negocio jurídico por medio del cual se puede transferir la totalidad o una parte de las relaciones derivadas del contrato.

Precisamente la oposición antagónica de estas teorías da origen a los tratamientos diferenciados en el derecho positivo colombiano según se trate de contratos civiles o de contratos mercantiles. Las dos visiones se reproducen en la doctrina francesa y se oponen drásticamente entre sí, con lo cual surgió la necesidad de la nueva regulación dedicada especialmente a esa materia.

A pesar de la riqueza y de la utilidad práctica que la cesión del contrato representa para el tráfico jurídico, su complejidad explica la ausencia de regulación normativa en el código civil francés de 1804 y en el Código de Bello adoptado para toda la República de Colombia en 1887.

63 Art. 887 c.co.: “Cesión de contratos. En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución. / La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados *intuitu personae*, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido”.

Dicha omisión normativa contrasta con regulaciones más modernas, como lo son el código civil italiano de 1942 y su reformulación en el código de comercio colombiano de 1971, en las cuales se aceptó esta institución y se reguló con particular detalle.

2. La regulación del código de comercio ha llenado el espacio en blanco de la legislación civil en nuestro país, a pesar de las limitaciones impuestas por la jurisprudencia.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado que el artículo 887 del código de comercio debe aplicarse a los contratos mercantiles⁶⁴, creando así un sistema exclusivamente jurisprudencial para la cesión del contrato civil⁶⁵.

Esta situación también se presentó en Francia durante los dos siglos en los cuales el derecho de las obligaciones se mantuvo intacto y en los que, con hermetismo, se ignoró la cesión del contrato. La labor de la jurisprudencia, en aras de hacer frente a la eficacia de la cesión de la posición contractual, se nutrió particularmente de la doctrina que, a su turno, acudió a los más diversos intentos para adaptarla y dotarla de autonomía⁶⁶.

64 Esta situación se aborda de manera crítica en Hinestrosa. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., nota 31: "En efecto, en cas. de 15 de mayo de 2001, exp. 5737, se lee: 'de acuerdo con esta norma [el artículo 887 c.co.] cada una de las partes de un contrato mercantil puede hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en algunas relaciones derivadas del contrato, siempre y cuando se trate de contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva, o de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte como lo sería el de depósito sub examen'". Se hace referencia a Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de mayo de 2001, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

65 *Ibid.*, nota 1169: "Cas. de 29 de mayo de 1042, LIV, 107 a 116; 24 de marzo de 1943, LV, 238 a 245; 28 de julio de 1960, XCIII, 114 a 125". Véase también Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de noviembre de 1938, GJ, t. XLVIII, 422, y más recientemente Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia S 063 del 4 de abril 2001, exp. 5628, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

66 Desde mediados del siglo XX se identificaban varios grupos de doctrinantes: aquellos que firmemente se negaban a la posibilidad, aquellos que analizaban la cesión como un conjunto de operaciones individuales y aquellos que

La discusión se decide en favor del reconocimiento pleno de la cesión del contrato como institución autónoma, a través de la reforma de 2016 ratificada en 2018. En ella se incluye un grupo de artículos que, si bien no contienen mayores innovaciones porque se limitan a acoger las posturas jurisprudenciales⁶⁷ y doctrinales, otorgan seguridad jurídica sobre la materia.

3. La similitud de este fenómeno en ambos países no es una mera coincidencia, pues es claramente conocido el estrecho vínculo que existe entre los dos sistemas de derecho y la influencia del código napoleónico en la obra de Bello. En ese sentido, la reforma del código francés que llena el indicado vacío normativo se posiciona como un referente para Colombia en esta materia.

Es por tanto inevitable preguntar si nuestro derecho civil de las obligaciones debe seguir el mismo camino que Francia para incluir en una reforma la figura de la cesión del contrato.

4. Una regulación legal de la cesión del contrato debe darse con mayor claridad para definir de manera precisa el valor que ha de tener el consentimiento o acuerdo del cedido.

Como se evidenció, uno de los principales puntos de controversia radica en el valor que tiene el consentimiento del contratante cedido respecto de la existencia, validez y eficacia de la cesión del contrato. Para un sector de la

–criticados en su momento– afirmaban la alienación del contrato en sentido unitario. Un profundo análisis desde la visión más conservadora en derecho francés lo efectúa el profesor portugués GALVAO TELES, INOCENCIO. “La cession de contrat”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 3, n.º 2, 1951, pp. 217-237, disponible en: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1951_num_3_2_6356#ridc_0035-3337_1951_num_3_2_T1_0229_0000 (consultado el 15 de agosto de 2019).

67 De manera tímida a mediados del siglo xx: Cass. Civ. 12 mars 1946, inédit, y de manera tajante entrado el siglo xxi: véase Cass. civ. 1re, 15 févr. 2009, n.º 08-10.230, Cass. civ. 3e, 25 févr. 2004, n.º 02-16.589, y Cass. civ. 1re, 15 févr. 2009, n.º 08-10.230.

doctrina este debería imponerse como un presupuesto de validez o eficacia de la cesión, mientras que para otro es una convención de la que pende simplemente una de las formas de eficacia de dicha figura.

5. La protección del contratante cedido y de los terceros que puedan verse afectados con la transmisión de la posición contractual no ha sido suficientemente decantada por la jurisprudencia colombiana, la cual parece guiarse por la consagración de la figura en el código de comercio, sin reparar en las diferentes calidades de los actores que participan en determinado negocio, ni en los derechos e intereses que pueden verse afectados.

6. La jurisprudencia discretamente se ha abstenido de aplicar, en materia civil, los requisitos de la cesión en materia comercial, y esto comprueba la necesidad de la reforma.

La asunción de la deuda y la cesión del crédito se muestran como figuras insuficientes cuando se trata de contratos sinalagmáticos, por lo que la cesión del contrato civil permitiría el pleno reconocimiento de la institución y proporcionaría certeza jurídica para los sujetos contractuales.

Al efecto se sugiere adoptar una posición ecléctica donde la exigencia del consentimiento del contratante cedido se atempere, pero no se suprima. Se plantea así una posición intermedia respecto de la forma de la cesión del contrato, para que se adopte el requisito de la formalidad escrita en garantía de la seguridad que exige la jurisprudencia en materia civil.

De igual manera, la exigencia de un consentimiento expreso sería importante para liberar al cedente y para equilibrar los efectos de la cesión respecto del cedente, el cesionario y el cedido.

Finalmente, y con el fin de excluir los defectos que algunos advierten en el derecho francés, se impone una regulación normativa clara y precisa en cuanto a las prestaciones que se entienden cedidas, como también regular de

manera pertinente los eventos en los que proceda excluir o limitar la cesión.

REFERENCIAS

Doctrina

ANDREOLI, MARCELLO. *La cesión del contrato*, Francisco Javier Osset (trad.), Madrid Revista de Derecho Privado, 1956.

AYNÈS, LAURENT. *Cession de contrat: nouvelles précisions sur le rôle du cédé*, París, Dalloz, 1998.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 19.^a ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2015.

BROCHE, CHRISTOPHE. “La cession conventionnelle de contrat existe-t-elle?”, *Droit prospectif*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2012.

GALVAO TELES, INOCENCIO. “La cession de contrat”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 3, n.º 2, 1951, pp. 217-237, disponible en: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1951_num_3_2_6356#ridc_0035-3337_1951_num_3_2_T1_0229_0000 (consultado el 15 de agosto de 2019).

GHESTIN, JACQUES; BILLIAU, MARC y JAMIN, CHRISTOPHE. *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3.^a ed., París, LGDJ, 2001.

HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones, I, Concepto, estructura, vicisitudes*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

MALAURIE, PHILIPPE; AYNÈS, LAURENT y STOFFEL-MUNCK, PHILIPPE. *Droit civil. Droit des obligations*, 10.^a ed., París, LGDJ, 2018.

MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO. "La cesión de contrato", en *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Universidad del Rosario-Legis, 2009.

MESSINEO, FRANCESCO. *Doctrina general del contrato*, t. II, Buenos Aires, EJA, 1952.

Ministère de la Justice. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* [Informe al Presidente de la República relativo al Decreto Ley 2016-131 del 10 de febrero de 2016 sobre la reforma del derecho de contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones], disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte/fr> (consultado el 15 de agosto 2019).

ROSS, ALF. *Hacia una ciencia realista del derecho: crítica del dualismo en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

SÉJEAN-CHAZAL, CLAIRE. *La réalisation de la sûreté*, París, Dalloz, 2019.

Jurisprudencia

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2012, rad. 20967, C.P.: Olga Valle de De la Hoz.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 15 de diciembre de 2004, exp. 24.949, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de mayo de 1942, *GJ*, t. LIV, p. 107 ss.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia del 15 de junio de 1943, *GJ*, t. LV, p. 714 ss.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de mayo de 1995, *GJ*, t. CCXXXIV, 916, primer semestre.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de mayo de 2001, rad. 5737, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 063 del 4 de abril de 2001, rad. 5628, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2011, rad. 00847, M.P.: William Namén Vargas.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2012, rad. 21524, M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2015, rad. 2004-00469-01, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

Francia. Cass. civ. 3e, 12 décembre 2001, n° 00-15.627.

Francia. Cass. civ. 1re, 15 févr. 2009, n° 08-10.230.

Anabel Riaño Saad. Docente-investigadora del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia; titular del diploma superior de universidad en Derecho Civil; maestra en Derecho Privado de la Université Paris 2 Panthéon-Assas; doctora en Derecho de las universidades Externado de Colombia y Paris 2 Panthéon-Assas.

Silvana Fortich. Docente-investigadora del Departamento Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia y directora del Observatorio de Nuevas Tecnologías y Derecho Privado de la misma Universidad. Doctora en Derecho de la Université Paris 2 Panthéon-Assas y Externado de Colombia.

La presente obra es el resultado del trabajo y esfuerzo de un grupo de profesores colombianos que, teniendo en cuenta el importante movimiento en favor de una reforma del derecho privado en Colombia, es consciente de la necesidad de reflexionar no solamente acerca de la pertinencia o no de una tal reforma, sino también acerca del alcance y contenido de la misma.

Ahora bien, ¿por qué analizar el eventual interés, para el derecho colombiano, de la reciente reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones? Como sabemos, el estudio del derecho francés siempre ha tenido una relevancia particular para nuestro ordenamiento jurídico. Por esta razón, y debido precisamente a la actualidad de la reforma francesa, resulta fundamental contar con la visión crítica de los juristas colombianos acerca de la orientación de dicha reforma en algunos temas fundamentales relacionados tanto con la formación del contrato como con sus efectos, al igual que en otros concernientes al régimen general de las obligaciones, todo ello siguiendo el esquema original de la reforma mencionada.

El análisis de estos y tantos otros temas que se estudian en el presente libro nos permitirá contar con suficientes elementos de juicio para determinar la pertinencia o no de que el legislador colombiano se inspire, en caso de prosperar una reforma de nuestro Código Civil, en la reciente reforma del derecho francés.

La manera como se encuentra estructurada la obra, además del hecho de que algunos de los autores cuentan con una formación no solamente en derecho francés, sino también en derecho italiano o alemán, permite ofrecer una perspectiva de la reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones alimentada por un espíritu tan rico como crítico, lo cual resulta fundamental para no caer en la tentación de trasplantar pura y simplemente normas extranjeras a nuestro sistema jurídico, con el riesgo de desconocer nuestra propia tradición jurídica.

