

---

# La cesión del contrato en Colombia: una aproximación desde el Derecho Comparado

*Mateo Sánchez García\**

## Resumen

El contrato en la época moderna, es una figura de valor económico que se incorpora al comercio jurídico que circula como cualquier otro bien. Por ello, el contribuir a la aceptación de esta figura es darle movilidad a la libre circulación de la riqueza. Es por esta razón que se hace necesario el estudio dogmático de la figura de la cesión de contrato, definido como un instrumento jurídico que permite realizar la transferencia o sustitución negocial de la totalidad de derechos y obligaciones a un cesionario, por parte de uno de los contratantes originarios, que en su orgánica interdependencia se regirá por el contrato estipulado por el cedente.

## *Abstract*

*The contract in the modern times is a figure of economic value that is incorporated in the legal commerce, like any other good. The acceptance of this figure is to give mobility and freedom to the circulation of wealth. For this reason is necessary the dogmatic study about the assignment of contract, defined as a legal instrument that allows dealing the transfer or substitution*

---

\* Doctorando en Derecho Europeo, Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Máster en Contratos de la misma Universidad. Abogado, Universidad del Rosario. Profesor Asociado, Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

*of all rights and obligations to the assignee by one of the originating parts who, in their organic interdependence, is governed by the contract stipulated by the assignor.*

*Palabras clave:* Cesión de contrato, Colombia, Derecho Comparado.

## 1. Distinción con otras figuras y su delimitación

La Cesión General de Derechos derivados de las obligaciones que nacen del contrato se encuentra consagrada, entre otros, en los artículos 887 del Código de Comercio Colombiano, 1112 del Código Civil español y 1435 del Código Civil Peruano. Sin embargo la figura se extiende a materias específicas como es el caso de la cesión de arrendamiento (arts. 2004, 2020, y 2003 del C.C.), la cesión derivada de la fusión de empresas (art 172 C.C), la cesión del contrato de local comercial.

En el derecho colombiano, al igual que en legislaciones como la peruana, la figura se encuentra regulada legislativamente. Por el contrario, en países como España, Chile, y Alemania su desarrollo ha sido jurisprudencial. En nuestro caso, el Libro Cuarto, Título I. Capítulo V del Código de Comercio delimita y desarrolla la teoría general de este contrato y de paso, sirve de escenario de generación de discusión en torno a si la figura es o no un contrato con entidad propia acogiendo finalmente la tendencia del derecho moderno a clasificarlo como un negocio tripartito, en el que el cedido debe consentir las voluntades expresadas por el cedente y cesionario de tal manera que para la creación perfecta del acto es necesaria la voluntad conjunta de los tres.

Por otro lado, existe la idea generalizada de considerar que el artículo 1435 del Código Civil Peruano es equivalente al artículo 887 del Código de Comercio Colombiano y que este consagra la exclusiva cesibilidad de los contratos mercantiles. El artículo 1435 del código peruano se refiere a la cesión de contrato de la siguiente manera: “En los contratos de prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su **posición contractual**.” En el caso colombiano el artículo 887 a diferencia del anterior establece la cesión general de derechos derivados de un contrato de la siguiente manera; “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”.

Haciendo una diferenciación de los artículos anteriores, es claro que en el primero se establece la figura de la cesión de contrato propiamente dicha, mientras en el segundo se habla de la posibilidad de ceder tanto posiciones contractuales como cualquier otro derecho u obligación que se desprenda de la relación contractual; de tal manera que siendo un precepto de carácter general no implica necesariamente la transmisión de derechos y obligaciones en bloque sino que tal transmisión podría ser independiente, de tal forma

que la transmisión de derechos no implique necesariamente la correspondiente transmisión de obligaciones.

Entonces, en la figura que nos proponemos estudiar solo hablaremos de relaciones jurídicas transmitidas en bloque o, como se suele llamar: transmisión unitaria de las relaciones jurídicas derivadas del contrato, ya que puede existir una transmisión de elementos singulares emanados de un contrato y no de este en su conjunto.

No será objeto de este escrito el análisis de la sucesión mortis causa de los herederos en todos los contratos que, por no ser *intuitu personae*, subsistan (artículo 1257 del Código Civil español, 1008, y 1155 del Código Civil colombiano). Solamente trataremos las cesiones de contrato como consecuencia de relaciones contractuales entre vivos. Tampoco se analizarán aquí los supuestos en los cuales la causa de la cesión no es un acuerdo bilateral; En efecto, existen supuestos en los que se produce una sustitución total o unitaria en la posición contractual, pero no gracias a un acuerdo bilateral, como puede ocurrir en la ya mencionada sucesión hereditaria. Su característica principal es que no es necesario el consentimiento de las partes contratantes. Otros ejemplos son la transmisión del contrato de arrendamiento en los casos de la enajenación de la finca arrendada, o la que sucede como consecuencia de la muerte del arrendatario.

## 2. El contrato por persona que se designará

La figura con la que la cesión del contrato guarda mayor semejanza es el *contrato por persona que se designará*. Este contrato consiste en un acuerdo entre una persona llamada estipulante y otra denominada promitente, las cuales estipulan la posibilidad de nombrar como parte contratante a otra persona que viene a ocupar el lugar correspondiente al estipulante. El elemento característico que lo diferencia de la cesión de contrato es que como consecuencia de la designación, éste ocupará el lugar del estipulante con efectos *ex tunc* –retroactivos–, por tanto, el designado adquirirá tanto derechos como deberes que correspondía al estipulante, como si hubiese sido parte contratante desde el momento desde que se celebró el contrato.

En efecto, los contratantes con frecuencia incluyen en el contenido de sus convenciones determinadas cláusulas o introducen algunas modalidades mediante las cuales los efectos propios del contrato son queridos de una determinada manera siguiendo el principio de la autonomía de la voluntad, o algunas en el que el desenvolvimiento del contrato tiene lugar de un modo particular.

Uno de estos casos ocurre con la cláusula «**por persona a designar**», *emptio pro amico eligendo*. En los derechos francés y belga es uniforme la designación de venta **avec declaration de command**, en Suiza **promesse** de venta **pour soi ou pour son nommable**; en Italia se usan las fórmulas **dichiarazione di commando** o contrato **per persona da**

**nominare** (como aparece en los arts. 1401 y sigs.) y del mismo modo en Portugal en los artículos 452 y siguientes contrato para **pessoa a nomear**.

Estas expresiones son bastantes precisas, de tal manera que una aproximación a su concepto permitiría definirlo como aquel contrato que normalmente es de compraventa, aun cuando no existe ningún inconveniente para que sea de cualquier otro tipo, en que en el momento de su conclusión uno de los contratantes –estipulante– se reserva la facultad de nombrar con posterioridad a una tercera persona que le sustituirá con eficacia retroactiva.

La compraventa perfeccionada tiene junto a los elementos esenciales y definidores del tipo contractual un elemento accesorio: un pacto o una cláusula por la cual el estipulante –el comprador– se reserva la facultad de nombrar con posterioridad a una tercera persona que le sustituirá con efectos retroactivos, desapareciendo el primero de la relación contractual y entendiéndose que nunca hizo parte en la relación contractual. Así, el contrato concluido con dicha cláusula difiere en consecuencia del contrato del tipo elegido bajo el perfil de la posible fungibilidad de las partes. Por tanto, en él no hay incertidumbre sobre la persona de uno de los contratantes sino sobre si la persona del contratante originario se sustituirá o no por otra. En consecuencia, la designación sirve para modificar uno de los elementos del negocio jurídico, por lo que se refiere al resto del contrato es idéntico al concluido por el estipulante.

El promitente autoriza al estipulante la inclusión de la cláusula en el contrato que le permite en un plazo determinado y fijado convencionalmente, nombrar al contratante definitivo. Mientras, el estipulante adquiere por sí, respecto de la contraparte las obligaciones propias derivadas y nacidas del contrato, de las que no podrá liberarse, en principio, más que después de la designación del tercero y de su ulterior aceptación. Lo que excluye que sea un negocio de formación sucesiva, ya que antes de que se produzca la elección, al negocio le faltaría un elemento necesario para su perfección. Si el contrato para persona a designar produce efectos entre los contratantes originarios cuando la declaración de nombramiento no se hace en el término establecido, esto demuestra que ha consumido su proceso formativo antes de que se produzca el nombramiento.

Así, la relación contractual queda originariamente establecida entre estipulante y promitente y una vez efectuada la elección el electo pasa a ocupar el lugar del estipulante, quedando este último desligado del contrato como si nunca hubiera estipulado. Por lo tanto, el designado adquiere con efectos retroactivos y de manos del vendedor, pues fundamental ha sido, para su eficacia práctica, que en esta forma de contratación sólo se viera una sola transmisión. Es decir, sucedida la *electio* no habría dos transmisiones sucesivas de propiedad (una: de vendedor al primer adquirente que se ha reservado elegir al tercero y otra: del primer adquirente al electo), sino una sola: del vendedor al electo. Succedida la formal y tempestiva designación del tercero no se realiza un contrato entre éste y el promitente distinto de aquél que el estipulante hubo concluido también para sí.

Cabe resaltar, como dice Taberner (1955):

Que realizada válidamente la elección, el estipulante se despoja de los derechos y obligaciones derivados del contrato y se considera que nunca celebró el contrato. En esta figura no hay cedente ni cesionario porque no hay negocio de cesión. El que sustituye al estipulante es considerado a todos los efectos como primitivo contratante. Si no se realiza la elección, el contrato continúa produciendo sus efectos de modo definitivo entre promitente y estipulante (p.18).

Por tanto, tratándose de un contrato bilateral, puesto que de este surgen tanto derechos como obligaciones a favor de cada uno de las partes la cesión del mismo implica transmisión de créditos y deudas. Esto obliga a diferenciar la figura de la cesión del contrato del doble negocio de cesión de créditos y asunción de deudas. La cesión del contrato implica que un tercero se subroga en la íntegra posición correspondiente a una de sus partes originales en su conjunto unitario.

Así pues, enunciaremos brevemente dichas figuras con el propósito de no confundirlas en el futuro desenvolvimiento de nuestro trabajo:

### **2.1. Cesión de crédito**

El objeto de la cesión de créditos es la titularidad activa de la relación obligatoria simple y, en principio, el consentimiento es bilateral. Por el contrario, en la de contratos lo es la titularidad de la relación contractual completa y el consentimiento es trilateral.

Se ha definido la cesión de crédito como aquella convención por la cual el acreedor (cedente) transmite a otra persona (cesionario) su derecho contra el deudor lo cual implica que el acto que genera la figura tiene efecto hacia el tercero cedido sin que este deba manifestar su voluntad. Para que tenga validez solamente será necesaria la notificación que se le haga del negocio de cesión al cedido.

### **2.2. Asunción de deuda**

La finalidad de la asunción de deuda es el cambio en la relación pasiva. El objeto es esencialmente distinto, ya que la titularidad cedida en esta es solamente la que hace referencia a las deudas, mientras que en la de contratos es de deudas como de créditos.

La asunción de deudas puede hacerse de dos maneras: bien por un acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, que produce efectos en beneficio del deudor originario pero no requiere el consentimiento de este último, o bien mediante acuerdo entre ambos deudores, que requerirá para su eficacia el consentimiento del acreedor.

## **3. Comentarios al artículo 887 del código de comercio y la relación entre cesión de contrato y obligaciones accesorias.**

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 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.

El anterior artículo determina que, salvo disposición legal en contrario o pacto inter partes, las cualidades jurídicas propias de ser parte contractual son susceptibles de transmisión.

En el caso de contratos de ejecución instantánea en los que las obligaciones han sido ejecutadas en forma total y en el evento en que el contrato sea *intuitu personae*, no será posible realizar dichas cesiones.

En el primer caso debe analizarse si las obligaciones han sido ejecutadas de manera parcial o total no obstante sean de ejecución instantánea y si este requisito se aplica tanto para obligaciones principales como accesorias.

En el caso de las obligaciones de tracto instantáneo, se debe decir que cuando son bilaterales se tiene la doble atribución de ser deudor y acreedor a la vez, lo que implica que las prestaciones derivadas de la relación contractual se pueden dar en distinto tiempo como cuando una parte da la cosa prometida y la otra aún no debido a que la obligación está sujeta a un plazo o condición; en ese quantum uno seguirá siendo deudor y acreedor y el otro solamente acreedor, así una de las partes solo podrá ceder el crédito a su favor y el otro tanto crédito como débito, pero en ambos casos si se cediera la posición contractual (cesión de contrato) el cesionario tendrá las prerrogativas propias que tenían las partes primigenias.

Lo importante entonces para que se pueda hacer la cesión de contrato es precisamente que no se haya perdido por completo la calidad de acreedor y deudor de las partes es decir que por lo menos una de ellas tenga a su favor una deuda o un crédito.

Existe otra interpretación desde el punto de vista económico del contrato y es el que nos referencia el profesor Mantilla (2008):

La cesión de un contrato de ejecución instantánea cuyas obligaciones ya han sido ejecutadas de forma sustancial no cumple con la función económica conferida por el legislador al contrato de cesión. En efecto si la operación económica regulada por la convención se realiza en un solo instante, después de obtenido este resultado, normalmente, en el momento de la ejecución de obligaciones esenciales (c.c. art1501), ceder el contrato no presta, en principio ninguna utilidad. En todos los 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 (p.440).

En efecto en doctrina moderna la obligación es una relación entre patrimonios en la cual las personas solo son puntos de referencia, despersonalizando la obligación necesariamente hay mecanismos en los cuales habrá forma de reemplazar al sujeto activo o al sujeto pasivo sin que la relación se extinga, o más bien sin que se produzca novación (Artículo 1687 C.C.).

El contrato en la época moderna, es entonces una figura de valor económico que se incorpora al comercio jurídico que circula como cualquier otro bien. Por ello el contribuir a la aceptación de esta figura es darle movilidad y libertad a la libre circulación de la riqueza. Puede pensarse, por ejemplo, en el caso de un comerciante que celebra un contrato de compraventa mercantil, con el fin de vender las cosas adquiridas posteriormente, él podría libremente cederlo como contrato al futuro adquirente de las cosas antes de que el vendedor pudiese cumplir con su obligación de hacer tradición al comerciante. Esto haría más expedito el trámite ya que se ahorra el doble negocio de venta y facilitaría el contacto del cesionario con el vendedor.

Con respecto a las obligaciones principales y accesorias, es posible que hayamos cumplido las primeras pero no las segundas, por ejemplo, se entrega la cosa prometida y se paga el precio pero no se cumple con la obligación de sanear lo que se da. Entonces ¿será posible hablar de cesión de contrato? Y si no fuera así, ¿qué tipo de cesión sería?

Para responder a la cuestión planteada, se deben diferenciar los posibles escenarios en que interactuarían derechos accesorios en las relaciones derivadas de la cesión. En primer lugar y como es propio también en la cesión de crédito, el desenvolvimiento de la cesión de contratos implica las acciones, transmisión de garantías y privilegios accesorios, y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato cedido, (artículo 894 del c.co), ello siempre y cuando subsista la posibilidad de ceder el contrato, según lo expuesto anteriormente.

Ahora bien, si la relación entre el derecho principal y el accesorio es tal que el primero se extingue pero subsiste el segundo (imaginemos por ejemplo que entregamos la cosa objeto del contrato, y recibimos el precio pactado, pero subsiste todavía el derecho de saneamiento), en este caso entonces ¿podríamos todavía ceder la parte contractual del contrato? ¿o estaríamos frente a una cesión de deuda?

La respuesta a estos cuestionamientos es resuelta por el artículo 887 del Código de Comercio, que a pesar de no consagrar específicamente la cesión del contrato, establece la posibilidad de sustituirse ***en parte o en todo en las relaciones contractuales derivadas de un contrato***, cualquiera que sea, haciendo la salvedad que si se trata de contratos de ejecución instantánea que no hayan sido cumplidos en todo o en parte (debe incluirse en ello aquellas obligaciones accesorias que sean susceptibles de ser transferidas. No podríamos incluir hipotecas prendas o fianzas una vez se halla extinguido el contrato, por virtud del principio que estas seguirían la suerte de lo principal). Ahora pensemos el supuesto en el cual las obligaciones accesorias no se han extinguido en virtud de las principales tampoco, en

tal caso no se podría hablar de cesión de contrato si pretendiéramos desprender y transferir unas de las otras y su justificación radica sencillamente en que no es de la esencia de la figura (El Artículo 1501 del Código Civil Colombiano define los elementos de la Esencia de un contrato como aquellos sin los cuales no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente). El desmembramiento y la consecuente atomización de derechos son opuestas al principio de unidad de la relación contractual propia de la cesión de los contratos –que sí es posible en la cesión de deuda o crédito– Solamente se podrá en la medida en que se transfiera de forma unitaria y en bloque la relación contractual.

#### 4. Concepto de la cesión de contrato

Para Andreoli (1956), la cesión del contrato:

Es 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. entiéndase 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 de los derecho y obligaciones que en su orgánica interdependencia se derivan del contrato estipulado por el cedente (p.50).

Del anterior concepto de cesión de contratos que nos ofrece Andreoli se pueden inferir algunos aspectos de interés. Vale resaltar, por ejemplo, que el tráfico jurídico considera a los contratos como valores económicos ideales y susceptibles de circulación. Por tal motivo, el Derecho construye y ofrece el mecanismo para facilitar en efecto tal circulación dando a uno de los contratantes originarios la posibilidad de transferir su posición contractual *in extenso* (entiéndase como conjunto de derechos y obligaciones; activos y pasivos). Se deriva también de la definición que nos ofrece Andreoli la existencia de tres sujetos: dos contratantes originarios, uno de los cuales se tornará cedente y el otro cedido, además del cesionario.

Queda claro entonces la existencia de un sujeto que sale del contrato inicial y en lugar del cual entra otro. Ello se comprende por el uso de expresiones como: ... *sustitución negocial del tercero... dicho tercero subentra...*; ... *transmisión... del cedente a un tercero, quien entra... y... el cedente ingresa... y su posición es ocupada*; etcétera.

Sin embargo cabe preguntarse el alcance que tiene en la cesión de contratos la salida del contratante original (cedente), es decir, si cabe admitir la existencia de una verdadera cesión en los casos en que el cedente no queda liberado de sus obligaciones respecto al contrato cedido.

El supuesto al que nos estamos refiriendo es aquel en el que el contratante originario que permanece invariable no pierde su derecho de obrar contra el mismo cedente si el cesionario no cumple las obligaciones asumidas.

A juicio personal, no cabe duda que en este supuesto estamos ante una modificación subjetiva del contrato, por cuanto una de las partes en alguna medida ha cambiado, aunque no ya por sustitución, sino por adición de otro sujeto al ya existente. No se puede hablar de una cesión de contratos propiamente dicha y valdría en este caso un análisis similar al que hacemos para descartar a la asunción acumulativa o de refuerzo como supuesto de asunción de deudas. En el supuesto tratado, el cesionario con su entrada en la relación contractual no provoca la salida del cedente. Si bien este último nada puede reclamar, aún puede exigírsele el cumplimiento de la obligación.

En el estudio de la cesión de contrato es válido distinguir el contrato inicial cuyo elemento subjetivo se transforma o cambia dada la cesión del negocio jurídico, del contrato de cesión propiamente dicho. Tal diferenciación es válida para determinar los requisitos del contrato, los elementos del negocio jurídico o cualquier otro particular. La interdependencia que existe entre ambos actos jurídicos no debe entorpecer su existencia ni sus efectos.

La cesión se rige por las reglas generales que regulan esta institución jurídica, por lo que le serán aplicables los mismos requisitos de capacidad exigibles para el tipo de relación de que se trate, objeto y forma.

El hecho de que siempre nos reframos al contrato cedido en número singular no implica que la cesión de contratos no opere en los contratos plurilaterales. Todo lo contrario, puede admitirse la transferencia de particulares posiciones contractuales inherentes a contratos plurilaterales siempre y cuando se tenga presente, como es lógico, que aquí las partes cedidas son más de una y se requiere de su consentimiento unánime, además del cedente y del cesionario para que prospere la transferencia en cuestión.

La cesión de contratos, al igual que la cesión de créditos es un negocio de enajenación y puede adoptar la forma de una compraventa, una donación u otro acto de transmisión que le sirva de base o causa. De esta forma en dependencia del ropaje que adopte la cesión se le pueden incorporar nuevos requisitos típicos del contrato que le sirva de soporte.

De cualquier manera, lo que si no debe dudarse es la admisión de la disciplina de la cesión de contratos, pues esta no va más allá de una cesión entrecruzada de débitos y créditos en sentido lato. Si ya se han admitido la cesión de créditos y la asunción de deudas independientemente, por qué cerrar las puertas a la “economía jurídica”.

La figura analizada lleva en sí misma una verdadera y propia sucesión a título particular e *inter vivos*: sucesión en sentido técnico, si se considera que la posición jurídica del sucesor (el cesionario) en su permanente identidad, está ligada por un nexo derivativo a la de su predecesor (el cedente).

La principal consecuencia jurídica de la cesión del contrato es que los efectos de este pueden transferirse a terceros en su totalidad. Históricamente, donde más aplicación ha encontrado esta figura es en relación con el contrato de compraventa. Permite un ahorro de tiempo y de gastos, porque el intermediario (cedente) en vez de comprar y recibir la cosa adquirida para venderla a continuación y entregarla a su vez al adquirente posterior,

se limita a comprar y ceder el contrato al tercero (cesionario), obteniendo una ganancia por la diferencia de precio.

Por último, es preciso reiterar que la figura no está regulada en algunos países por la ley civil, como en el caso colombiano y en otros como el italiano, portugués, senegalés, holandés y en el ordenamiento español la ley 513 de la compilación de Navarra (RCL 1973, 456 Y RCL 1974, 1077). Sin embargo, esto no ha sido un impedimento al ser reconocida, en sintonía con la doctrina científica, por una amplia jurisprudencia que se fundamenta en los respectivos artículos que establecen la libertad contractual de los distintos códigos civiles de cada país.

La cesión de contrato no está regulada en el código civil (si la admiten ordenamientos extranjeros y en nuestro derecho la ley 513 de la compilación de Navarra) pero ha sido reconocida en sintonía con la doctrina científica, por una amplia jurisprudencia. Se fundamenta en la libertad de pacto del artículo 1255 en relación con el 1091, ambos del Código Civil, y entraña según la sentencia la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presuponiendo, por ende, la existencia de obligaciones sinalagmáticas que en su reciprocidad se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes de aquí que tenga el carácter de un contrato trilateral en el que necesariamente han de intervenir. (Tribunal Supremo Español sentencias RJ 2003/4619, RJ 2003/4619).

La jurisprudencia española ha tomado como referencia sentencias recientes en la materia. En líneas generales establece que la cesión de contrato implica la transmisión a un tercero de la relación contractual en su totalidad unitaria. (Tribunal Supremo Español, sentencias, RJ 2007/3465, RJ 2003/461, RJ 2006/423, RJ 2004/427, RJ 2002/8561, RJ 1997/8967).

La estructura consiste en la transmisión de una posición contractual íntegra del cedente con todos sus derechos y obligaciones. La transmisión del conjunto de una determinada relación contractual, operando con carácter unitario, es decir con todo lo comprendido en el contrato que se cede.

Para que se dé la figura, debe concebir entonces el requisito de la transferencia de todos los derechos y obligaciones siendo sustituido el cedente por el cesionario en las facultades y derechos potestativos que le son inherentes, como pueden ser las facultades de resolver el contrato, reclamar su anulación y cualquier otra acción o excepción que le correspondería como parte contractual.

## 5. Naturaleza jurídica de la cesión de Contrato

Con el fin de explicar la naturaleza jurídica de la cesión de contratos se han elaborado en la doctrina varias teorías. Por los vínculos, ya aludidos ampliamente, que existen entre la figura tratada, la cesión de créditos y la asunción de deudas, las primeras elaboraciones

giran alrededor de la consideración de la transmisión del contrato como una suma de las otras dos instituciones. Esta doctrina encontró posteriormente fuertes opositores que se afiliaron a posiciones totalmente contrarias o en casos más conservadores a un punto intermedio.

Más de nueve teorías refiere García Amigo tratando de explicar la construcción jurídica de la cesión de contratos. Sin embargo preferimos exponer las dos posiciones extremas y la intermedia que sintetizan en esencia los criterios expuestos alrededor del tema.

### **5.1. Teoría atomística de la descomposición**

La elaboración de la Teoría de la Construcción Atomística de la cesión de contratos ha sido principalmente desarrollada por la doctrina alemana. Adelantándose a su regulación, ya antes de la publicación del Código Civil Alemán, se había hecho posible la realización de la transferencia de los elementos activos y pasivos de un contrato mediante la acumulación de un negocio de cesión de los derechos y un negocio de asunción de deudas.

En el caso de los contratos bilaterales, ya era un hecho la admisión en la doctrina del derecho común de la posibilidad de transmisión por vía de cesión del completo lado activo de una relación contractual derivado de un determinado contrato. Luego, en los contratos bilaterales cuyas prestaciones no han sido satisfechas total o parcialmente, para la transmisión no solo del lado activo sino también del lado pasivo perteneciente al mismo contratante, se admitió la posibilidad de situar junto a la cesión de los elementos activos, la asunción de los elementos pasivos inherentes a la posición contractual.

La también llamada Teoría de la Descomposición fue la inspiración de una amplia corriente de la doctrina alemana posterior a la promulgación del Código Civil Alemán.

Esta corriente no admitía en los contratos bilaterales la transferencia unitaria de la relación contractual, sino que la fragmenta en derechos y obligaciones, de modo que el traspaso de la relación misma se llevaba a efecto en virtud de la conjugación de derechos y asunción de deudas. El negocio de cesión era una conjugación de dos negocios más simples perfectamente distinguibles e individualizables: la cesión de créditos y la asunción de deudas.

Esta posición, aunque no del todo correcta, suponía un adelanto en las aspiraciones a admitir la cesión de la posición contractual. Antes de la existencia de esta Teoría, Siber, en una primera etapa de su pensamiento, excluía en el derecho alemán la posibilidad de transferir por medio del negocio jurídico de cesión todos los aspectos activos y pasivos de un sujeto en una determinada relación contractual. Para él solo era posible la transmisión de pretensiones crediticias individualizadas y la asunción de obligaciones también individualizadas. Sin embargo, la Teoría Atomística, muy útil en el momento de su aparición, resulta poco satisfactoria en la actualidad porque no admite la circulación del contrato en toda su extensión.

Si nos detenemos en el análisis de dos de los elementos esenciales que integran un negocio jurídico, se puede derribar con facilidad la Teoría Atomística. Tomemos en cuenta

primeramente la manifestación de voluntad emitida por cada uno de los tres sujetos del contrato de cesión. Cuando cedente, cesionario y cedido consienten en realizar el acto expresan su conformidad una sola vez y no fraccionada en dos, correspondiente la primera a la transferencia de los activos y la segunda a la de los pasivos.

Es evidente que no estamos ante dos o más negocios de transmisión en los que se requiera de pluralidad de declaraciones de voluntad, sino ante una transferencia única de la compleja y orgánica relación contractual. Por otro lado, el objeto-fin u objeto mediato del contrato de cesión es singular: la transferencia de la posición de parte de un contrato a otra persona, y no plural, como supondría la Teoría ahora tratada.

Frente a la unitaria voluntad negocial que expresan respectivamente el cedente, el cesionario y el cedido y a la unidad de objeto mediato que subyace en el contrato de cesión, es arbitrario y alejado de la realidad jurídica fraccionar un acto que en sí mismo es único. El mecanismo negocial que utilizan las partes para realizar sus propósitos es único, su intención es lograr su pretensión con un único acto, resultaría entonces arbitraria la cesión en dos momentos.

## 5.2. Teoría intermedia

Esta teoría se mueve en un punto entre las dos posiciones extremas que intentan explicar la construcción jurídica de la cesión. No obstante, en ella se advierte un acercamiento mayor a las posturas unitarias. Su doctrina parte de las críticas que se realizan a la teoría atomística.

Como se ha reiterado, la cesión de contrato es un negocio jurídico complejo resultante de una cesión de créditos y de una asunción de deudas, que, produciendo la trasmisión de los créditos y de las deudas derivadas del contrato y, por tanto, la transmisión integral de la relación contractual, coloca a un tercero (cesionario) en la misma posición que ocupaba uno de los contratantes (cedente). Pero el negocio es único, se añade, porque única es la declaración de voluntad que origina la cesión y la asunción y correlativo es el resultado a que ésta lleva, como único es también el fin que persiguen las partes.

Nótese que aquí, como elemento positivo y más acertado que las explicaciones que se nos dan en la Teoría Atomística, ya se comienza a hablar del contrato de cesión como un negocio jurídico complejo que transmite íntegramente la relación contractual y se reconoce la cesión de contrato como un negocio único.

Sin embargo, la idea parece más bien impuesta, ya que no explica cómo se puede llegar a tal conclusión. Se desconoce cómo, a pesar de la existencia de dos mecanismos negociales diferentes en cuanto a estructura y funcionamiento (cesión de créditos y asunción de deudas), se puede considerar la cesión de contratos como un nuevo mecanismo negocial unitario que entraña la transferencia de una orgánica posición contractual.

## 5.3. Teoría unitaria

Esta teoría consideraba el contrato como intransferible en su totalidad dada la relación personalísima que existía entre los contratantes primitivos y la relación contractual. Más adelante cambió sustancialmente hasta tal punto que comenzó a compartir y defender la Teoría Unitaria de la composición jurídica de la cesión de contratos.

Se enfrenta terminantemente a la Teoría Atomística, poniendo de relieve que en la cesión de contratos opera una transferencia integral de los elementos activos y pasivos del contrato de tal modo que el cesionario cubre en el contrato básico la compleja posición de parte del contratante cedente. La parte del contrato que se transfiere se cede en bloque, simultáneamente los aspectos activo y pasivo.

Según esta teoría, el paso del contrato al cesionario está determinado por un único negocio de disposición sobre el contrato como conjunto unitario de derechos y obligaciones.

Defensores de esta teoría, como Puleo, plantearon la posibilidad de transferir la posición contractual como un conjunto a través de un negocio único con un único efecto jurídico esencial, a partir de la posibilidad real de la circulación separada de que gozaban los elementos derivados de un contrato bilateral. Este autor hace referencia incluso a dos maneras de cesión: una cuando el cedente queda totalmente liberado, y otra cuando queda vinculado, aunque en situación subsidiaria.

Algo bastante aludido y homogeneizado entre los defensores de esta doctrina era la necesidad de adhesión del contratante cedido a la manifestación de voluntad negocial del cedente y el cesionario.

## 6. Requisitos

En el estudio de la cesión de contrato es necesario distinguir el contrato inicial, o contrato base cuyo elemento subjetivo se transforma o cambia dada la cesión del negocio jurídico, del contrato de cesión propiamente dicho. Tal diferenciación es válida para determinar los requisitos del contrato, los elementos del negocio jurídico o cualquier otro particular. La interdependencia que existe entre ambos actos jurídicos no debe oscurecer su existencia ni sus efectos.

La mayor peculiaridad que tiene la cesión en cuanto a requisitos es la exigencia del consentimiento de tres partes para que el contrato devenga eficaz. Dichas partes son el cesionario, el cedente y el contratante cedido.

El consentimiento de los tres sujetos es interdependiente y constituye requisito *sine qua non* para la formación de una cesión de contratos válida, siendo intranscendente si el cedido accede de manera expresa o tácita. La ausencia de la manifestación de voluntad de este sujeto a la constitución del contrato genera la inoponibilidad de la cesión y sus consiguientes efectos al cedido.

Si recordamos la relación que expusimos que existía entre la cesión de créditos, la asunción de deudas y la cesión de contratos comprenderemos con facilidad el porqué de las exigencias a ultranza de la manifestación de voluntad del cedido para la eficacia plena de la cesión. Concretamente en el estudio de la asunción de deudas encontraremos el fundamento.

Ha quedado ya claro y en reiteradas ocasiones lo mencionamos que con la cesión del contrato el conjunto de activos y pasivos correspondiente a una de las partes se transmite como una unidad a un sujeto nuevo que se incorpora al vínculo.

Como consecuencia de ello el antiguo contratante se aleja de la relación jurídica y, como el mismo no ostenta crédito alguno contra el contratante original, tampoco le es deudor de nada; su patrimonio deja de estar comprometido con el cumplimiento de la prestación objeto de ese contrato.

Quiere decir que se ha producido una variación en el soporte patrimonial de la deuda. El cambio de acreedor, pero sobre todo de deudor, que supone la cesión de contratos implica una alteración económica y jurídica de la deuda que puede representar una disminución patrimonial y en consecuencia un perjuicio para el acreedor.

Por otra parte, se exige como requisito adicional para la materialización de la cesión de contratos que se trate de contratos bilaterales cuyas prestaciones aún no se hayan ejecutado por completo. El fundamento de este requisito se halla en la necesidad de que cada parte sea deudora y acreedora a la vez, posibilidad que la ofrecen las relaciones contractuales con prestaciones recíprocas que no estén cumplidas en su totalidad por ninguna de las partes.

Un análisis sencillo explica la razón de esta exigencia. Los contratos unilaterales presentan a sus sujetos en la posición, única de deudor o de acreedor, por lo que si se quisiera poner en circulación dicha posición exclusivamente se estarían transfiriendo elementos pasivos o activos respectivamente y no una gama compleja de ambos.

Algo similar ocurre en los supuestos de contratos recíprocos en los que una de las partes ha pagado su deuda, quedando solamente como acreedora de aquello de lo que la otra es solo deudora en tanto su crédito se vio realizado y satisfecho. En ambos casos bastaría con la cesión de créditos o la asunción de deudas para traspasar a otra persona la posición que se ostenta en una relación jurídica, en función de que esta sea como acreedor o como deudor.

En relación con la posibilidad de aplicar la figura de la cesión a determinados contratos por la ausencia de prestaciones recíprocas en el sentido estricto de la expresión, se ha polemizado en la doctrina. Es el caso de los contratos bilaterales imperfectos, contratos intermedios o unilaterales a título oneroso. El conflicto sería solucionado si lográramos acogernos a los nuevos criterios de la doctrina moderna y encuadramos estos negocios jurídicos en una clasificación determinante (unilaterales o bilaterales) sin permitir categorías intermedias.

A nuestro juicio, se deben considerar contratos bilaterales –y por ende susceptibles de transmisión por cesión–, aquellos cuyas prestaciones principales desde el momento que surgen tienen una relación de interdependencia. De esta forma, se descartan como bilaterales aquellos contratos en los que en el momento en que se conciertan, sólo una parte queda obligada y posteriormente surge una contraprestación, y aquellos en que existiendo obligación de ambas partes estas no son interdependientes.

Admitido ya que la figura de la cesión de contratos por definición es solo aplicable a los contratos bilaterales y que, por tanto, se hace indispensable esclarecer los criterios de clasificación para determinar en cada caso cuando es un contrato unilateral o bilateral, surge una interrogante: ¿Pueden las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad negocial, extender el procedimiento de cesión a aquellos contratos en los que aun siendo unilaterales desde nuestro punto de vista, se dan los presupuestos de obligaciones contrapuestas incumplidas todavía, a cargo de ambos contratantes (cada uno de los cuales resulta investido, por tanto, de elementos activos y pasivos *ex contractu*), aún cuando no se aprecie en tales obligaciones aquella estrecha relación de interdependencia y causalidad jurídica denominada sinalagma? “... Sin ocultar aquí la extrema delicadeza y discutibilidad de la cuestión estamos inclinados a la solución afirmativa...” es este otro de los supuestos en los que se crece extraordinariamente la voluntad de las partes para decidir una cuestión.

Si bien en un sentido técnico la cesión de contratos se reserva para negocios bilaterales, y supone la salida total del contratante cedente del vínculo, es posible dada la elasticidad de la figura y ante la ausencia de prohibición expresa una eventual extensión a determinadas posiciones contractuales.

La cesión de contratos, al igual que la cesión de créditos, es un negocio de enajenación y puede adoptar la forma de una compraventa, una donación u otro acto de transmisión que le sirva de base o causa. De esta forma, independientemente del ropaje que adopte la cesión, se le pueden incorporar nuevos requisitos típicos del contrato que le sirva de soporte.

## 7. La cesión del contrato como un contrato de carácter trilateral

El libro IV del Código Civil está dirigido a relaciones de carácter bilateral, pero puede ser aplicable al contrato trilateral en lo que al consentimiento se refiere, es decir, la constitución por el acuerdo de voluntades de las partes, y dado el carácter trilateral del contrato de cesión, vendrá constituido por la manifestación de voluntad de las tres partes involucradas en el contrato. Es esta la concepción moderna de la cesión de contrato como figura jurídica. Sin embargo en Colombia, siendo extrañamente diferente a modelos como el italiano y el español, se dispone que son cesibles “en la totalidad o parte” las relaciones derivadas de los contratos mercantiles de ejecución periódica **sin necesidad expresa del contratante cedido** si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución (Art 887). En los demás ordenamientos jurídicos se se-

guirá la regla del *Codice Civile* que prevé la posibilidad de sustitución de cualquiera de las partes con tal que la otra consienta en ello.

Así pues, a continuación se estudiará el alcance y contenido de las voluntades que concurren en el negocio, indistintamente de lo establecido en el régimen general de la cesión de contratos que establece la legislación colombiana.

El cedente tiene por finalidad su liberación, al exonerarse de las obligaciones derivadas de la relación y perder su titularidad, perdiendo derechos y obligaciones en bloque (en su totalidad).

La declaración de voluntad del cesionario consiste en lo contrario y se basa su interés en ingresar en la relación contractual y por ende en su voluntad de adquirir la íntegra posición contractual tanto en su aspecto activo como pasivo.

En cuanto al cedido, éste es la parte que permanece en la relación contractual, con lo cual, al cambiar su contraparte, su voluntad tenderá a que sean semejantes o a que se mejoren las garantías patrimoniales, o cualidades personales de solvencia. Por tanto, su posición generalmente es pasiva, pero no siempre será así porque buscará unas mejores cualidades de su polo opuesto, y en última instancia puede oponerse cuando no le interese la cesión. La necesidad de exigencia de su aceptación responde a su interés y de la aceptación del acreedor en caso del cambio de su deudor.

El acuerdo previo y el contenido de ésta se producen generalmente entre el cedente y el cesionario y el cedido manifiesta su aceptación posteriormente. Esta aceptación puede realizarse expresamente o tácitamente. Si es tácita debería admitirse una conducta de cualquier tipo, con tal que cumpla el requisito de que sea inequívoca.

Pero, ¿qué sucede cuando, integrado el cedido al negocio dando su aceptación, éste desconozca el contenido del pacto de sus efectos o alcances? García Amigo (1964) explica esta situación diciendo:

Quando falta el conocimiento se está en los supuestos de ignorancia o de error, lo que anula el contrato; cuando falta la voluntad negocial falta también el negocio pues una cosa muy distinta es el simple conocimiento de una situación y otra el consentimiento. Efectivamente, el tener noticia del acuerdo de cesión celebrado por cedente y cesionario es completamente diverso de la adhesión del cedido al acuerdo, con categoría de voluntad contractual, y por tanto vinculante de su conducta y patrimonio a los efectos del negocio de cesión: lo primero no es consentimiento contractual y en consecuencia no vincula al cedido (p. 336).

### 7.1. Momentos de formación de la cesión

Por otro lado, atendiendo al momento en que concurren las voluntades en el tiempo, se distingue distintos momentos de formación del contrato cesión.

- *Formación simultánea*: cuando las partes de forma simultánea y colectiva prestan su consentimiento en un solo momento y acto, el cual perfecciona el contrato de cesión haciéndolo eficaz.
- *Formación progresiva*: es cuando entre las voluntades media un intervalo de tiempo. Como habíamos dicho, la iniciativa, parte generalmente del cesionario y cedente y luego se adhiere el cedido. Pero también puede ocurrir que el cedido ya previamente acepte su consentimiento a la futura cesión de la misma. En caso que la aceptación sea posterior, él puede manifestarse modificando cláusulas, rechazando la cesión o aceptándola pero sin consentir la liberación del cedente. Por tanto tendrá la cedida libertad de negociación dentro del contrato y no un mero derecho de adherirse.

## 8. Las relaciones entre cedente y cesionario

En esta parte de este escrito trataremos las relaciones que implican a las diferentes partes que intervienen en la cesión de contrato, haciendo especial énfasis en las relaciones entre el cedente y el cesionario.

Como se ha establecido, el cesionario entra en la posición contractual del cedente, unitariamente y en bloque, de manera que perfeccionado el contrato de cesión, sólo el cesionario podrá exigir el cumplimiento del contrato por parte del cedido, y en el caso de incumplimiento por éste sólo el cesionario tendrá los remedios jurídicos correspondientes en caso de incumplimiento. En suma, cedido y cesionario quedan vinculados al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato base y sólo ellos pueden reclamarse el cumplimiento de los mismos o reclamar las medidas correspondientes al cumplimiento. El cedente queda sustituido por el cesionario en las relaciones con el cedido.

Asimismo, según Andreoli (1956), “si el contrato base fuera anulable, por ejemplo por un vicio del consentimiento, por parte del cedente, debería estimarse que el cesionario debería poder ejercer la acción de anulación” (p. 54).

Sin embargo, en mi opinión, es preciso diferenciar entre el contrato de cesión propiamente dicho y el contrato por persona que se designará. En el primero los efectos se producirán desde el momento que el contrato de cesión se perfeccione, mientras que en el segundo los efectos de la designación serán retroactivos. Por tanto, si se quisiera impugnar el contrato base por un vicio que se dio en un momento anterior al perfeccionamiento del segundo contrato en el caso de la cesión, esto sólo podrá hacerlo el cedente; sin embargo, si estamos ante la figura del contrato por persona a designar el tercero que se subroga en la posición del estipulante es el único que podrá pedir la nulidad contractual; Alessio Zacarías, citado por Joaquín J. Forner Delaygua (1989) dice que la persona que cede un contrato a un cesionario de buena fe y a título oneroso debe responder frente al cesionario de la existencia del contrato por nulidad.

El cedente estará obligado, como es lógico, a garantizar al cesionario la validez del contrato, tanto su existencia al momento del perfeccionamiento de la cesión, como que el titular del contrato (cedido) es el verdadero y no lo ha cedido a otra persona. El Código civil italiano dispone en su artículo 1410 que el cedente debe garantizar la validez del contrato cedido al cesionario. Normas similares encontramos en el Código portugués, en su artículo 426. En el ordenamiento español, a falta de regulación y según Joaquín J. Forner Delaygua (1989), serían aplicables por analogía las reglas sobre garantía de la existencia y validez del crédito en el momento de la cesión del artículo 1529 del código civil.

Por otro lado, ¿garantiza el cedente al cesionario el cumplimiento de sus obligaciones por el cedido? preguntar si el cedente garantiza el cumplimiento del contrato base por el cedido, presupone la liberación del cedente en relación con este contrato, lo cual implica, en efecto, la cesión del contrato, la liberación del cedente, quedando exonerado del cumplimiento de las obligaciones diamantes del contrato originario. Si así fuera ¿responde de alguna manera frente al cesionario por el cumplimiento del cedido?

En este epígrafe corresponde examinar esta segunda cuestión, correspondiendo el núcleo del problema de la liberación del cedente al apuntado relativo a las relaciones cedente-cedido al que nos remitimos.

La posibilidad de que el cedente pacte con el cesionario la garantía del cumplimiento de las obligaciones del cedido es admisible, según los Códigos civiles italiano y portugués, en los artículos 1412-2 y 462-2 respectivamente. En la legislación española, al no existir dichas normas, es posible que se pacte al amparo del principio de la autonomía de voluntad de las partes contratantes, sin embargo a falta de estipulación al respecto, si el cedido no cumpliera, el cedente no podrá dirigirse contra el cedido ni resolver el contrato base, es un riesgo que debe soportar el cesionario desde el momento de perfeccionamiento del contrato, y solo tendrá acción frente al cedido.

En palabras de María Eugenia Rodríguez Martínez (2002) en su comentario a la STS de 5 diciembre 2000:

En cuanto al cumplimiento del contrato base por el contratante cedido, el cedente no tiene obligación de garantizar frente al cesionario. Pero nada impide que el cedente asuma voluntariamente esa garantía, en cuyo caso según el artículo 1410.2 C.C., asume la posición de fiador respecto a las obligaciones del cedido. No obstante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1944 del Código civil italiano esto no implicaría la responsabilidad solidaria del cedente con el cedido frente al cesionario (p. 2007).

¿Cuál sería por consiguiente en virtud del código italiano la posición de las partes, cedido y cesionario, ante el incumplimiento del contrato base? Cada uno de ellos podrá, frente al incumplimiento del otro, y frente a él, ejercitar las acciones dirigidas al cumplimiento o a la resolución, así como negarse a cumplir las propias obligaciones oponiendo la excepción *inadimpleti contractus*. Pero además, si es el cesionario quien ha incumplido, el cedido puede obrar contra el obligado con carácter subsidiario, y el cedente, sin necesidad de pre-

via excusión de los bienes del cesionario. Si es el cedido el incumplidor, el cesionario podrá obrar contra el fiador, el cedente, obligado solidariamente con el deudor principal.

Lo que ocurre es que como hemos adelantado, la liberación del cedente o la permanencia de su obligación frente al cedido, aunque sea con carácter subsidiario, así como su obligación de garantía frente al cesionario, es punto sobre el que deben manifestarse las partes implicadas, tanto por lo que se refiere al derecho español como al italiano.

En efecto, la responsabilidad subsidiaria del cedente frente al cedido por el incumplimiento del cesionario depende del pacto expreso de cedente y cedido, o por lo menos, de la cesión de este último de no liberar al primero.

“Así mismo la obligación como fiador del cedente frente al cesionario por el incumplimiento del cedido debe ser objeto de pacto expreso, o asumida voluntariamente por el cedido según el Código italiano” (Rodríguez, 2002:199).

## 9. Relación entre cedente y cedido

Los efectos entre estas dos partes son sencillos, ya que al asumir el cesionario la posición del cedente, éste quedara fuera de la relación contractual. Al quedar subrogado el cesionario en la posición del cedente, este desaparece de la escena jurídica y lo único que cabría preguntarse es si el cedente garantiza al cedido el cumplimiento del contrato base por el cesionario de la misma manera que en el epígrafe anterior, se ha planteado si el cedente garantiza al cesionario el cumplimiento del contrato base por el cedido.

El cedido podrá dirigirse contra el cedente si no ha aprobado la cesión. Pero es dudoso que quiera hacerlo ya que el cesionario muy probablemente tendrá más interés en cumplir su obligación y el cedente de salir de la relación contractual, con lo cual, existiendo la cesión y conociéndola el cedido, podrá dirigirse indistintamente a cualquiera de los dos. Si se dirige frente al cesionario, en mi opinión ello supondría una aceptación tácita de la cesión, de manera que quedara perfeccionado el negocio de cesión desde este momento. Si se dirige frente al cedente, no tendrá efecto el negocio y seguirá primando la relación base entre ellos.

Joaquín Forner Delaygua plantea algunas hipótesis en la relación cedente-cedido cuando no se produce la liberación del primero que en resumen son las siguientes:

Si el cedido aprobó la cesión sin liberar al cedente, es razonable que se dirija en primer lugar contra el cesionario. Pero en tal caso no está claro qué grado de persecución en contra del cesionario el cedido ha de requerir, antes de poder dirigir su acción contra el cedente. De todos modos cuando se produce el incumplimiento por parte del cesionario el cedido puede dirigirse contra el cedente, haciéndole la respectiva notificación del incumplimiento del cesionario al cedente para que este cumpla la obligación de la que no le ha liberado. Así lo plasma el Código civil italiano en el artículo 1408-3, que como se dijo establece como efecto natural la liberación del cedente partiendo de la base de que el cedido ha de prestar su consentimiento en el negocio de cesión, de modo que la no libe-

ración solo puede derivar de una negativa expresa en tal sentido, es decir que el principio para la legislación italiana es que, una vez se preste el consentimiento por parte del cedido encaminado a aceptar la cesión, éste basta para que su efecto sea la liberación del cedente. Así, si el cedido quisiera el efecto contrario deberá manifestarlo expresamente.

Como es lógico durante la vida del contrato base y antes de la cesión se permitirá al cedente dirigirse contra el cedido, pero una vez producida la cesión pues ya no podrá resolverlo ni dirigirse con ninguna acción frente al cedido por salir totalmente de la relación contractual, esto es aplicable también al cedido cuando se dirige contra el cedente. El cedido que aprobó la cesión no puede resolver el contrato frente cedente porque admite que el contrato ha sido cedido y que la relación sinalagmática sigue con el cesionario, y si el cedido no aprobó la cesión esta no le perjudica y el incumplimiento del cedente puede desembocar en una resolución.

## 10. Relaciones entre cesionario y cedido

Una vez perfeccionado el contrato de cesión (conjunción de las tres voluntades), estas partes asumen la condición de partes del contrato base del que queda excluido en cambio el cedente. Por tanto, deberá el cedido cumplir el contrato base en relación exclusivamente con el cesionario, y, a su vez, éste deberá cumplir el contrato exclusivamente con el cedido. De manera que, tanto el cedido como el cesionario en caso de incumplimiento podrán reclamar la deuda y ejercer recíprocamente los respectivos remedios jurídicos en caso de no ser satisfecha su deuda o incumplimiento.

Así, el principio es que cada una de estas partes podrá oponer a la otra las excepciones derivadas del contrato base, pero no aquellas derivadas de otras relaciones diferentes al contrato base, con respecto al cedente, salvo que así lo hubiesen estipulado las partes al momento en que el cedido hubiese consentido la cesión. Forner (1989) pone un ejemplo citando a Andreoli que explica dicha afirmación:

El cedido no podrá oponer al cesionario la excepción de compensación entre la deuda dependiente del contrato cedido y un crédito que tenga él contra el cedente, a causa por ejemplo de un mutuo concedido antes a éste último; distinto sería el caso en cambio en la hipótesis de una expresa reserva hecha por el cedido en el acto de dar su consentimiento a la cesión del contrato base (p. 59).

En cuanto a si el contrato se hiciera anulable después de la cesión a consecuencia, por ejemplo, de vicios del consentimiento al momento de prestar su voluntad el cedente, el cesionario como sería lógico al asumir la posición contractual de este, es quien podría ejercer la acción de anulación, esto con el beneficio que el negocio de cesión tiene efectos desde el momento de perfección del contrato con lo cual en mi opinión el cedente también podría pedir dicha anulación en virtud a que fue él quien padeció el vicio al momento de celebrar el contrato base.

## 11. La liberación del cedente

Como se dijo, lo usual es que cedente y cesionario realicen previamente el negocio de cesión, y posteriormente se incorpore la aceptación del cedido en el negocio.

Por ello, la liberación del cedente dependerá única y exclusivamente del cedido, aun existiendo el negocio bilateral de cesión. El cedente solo puede conseguir su liberación por sí mismo mediante el cumplimiento de la obligación, aunque sea por pago de tercero, o provocando el cese de la fuerza obligatoria del contrato cuando concurren las circunstancias precisas, bien de forma originaria, bien de forma sobreviniente.

Esto implica que la liberación del cedente queda implícita en la aceptación de la estipulación a favor del cedido, con lo cual, y así se debe interpretar en el caso de no liberación, quedarán vigentes las garantías del cedente. Por lo general el cedido no es parte en el pacto de cesión y desconoce los términos del mismo, de manera que sabe de la cesión únicamente por lo que dicen cedente y cesionario.

Con lo cual, sin liberación estaremos sencillamente frente a delegaciones de deuda o una asunción interna de deudas. En mi trabajo se plantea esta cuestión: si el cedente no queda liberado, responde como fiador o solidariamente. Como lo dijimos si el cedido conoce solamente de la cesión pero no manifiesta su voluntad de aceptarla, cedente y cesionario responderán con carácter solidario, es decir, se podrá dirigir indistintamente frente a cualquiera de los dos, (caso en el cual no habría una cesión de contratos por no cumplir con el requisito de la voluntad del cedido en su formación), pero lo normal es que lo haga frente al cedido ya que este tiene la voluntad de cumplir con su obligación y el cedente de liberarse de ella. Por el contrario si el cedido acepta la cesión pero manifiesta su voluntad de no liberar al cedente, este deberá dirigirse contra el cesionario en primer lugar y al no cumplir este deberá notificar su incumplimiento al cedente para luego dirigirse contra él.

Por otro lado, ¿cuál será el alcance de la liberación? dependerá de la naturaleza del contrato cedido y de lo que se le haya propuesto al cedido, A falta de estipulación se seguirá el principio de que los efectos se darán hacia adelante, desde el momento de la cesión, pero no para los ya producidos; pero, como es lógico, esta regla carecerá de sentido si fuese un caso en el cual la obligación de la que es liberado el cedente no fuese de tracto sucesivo.

Veamos ahora como explica la doctrina italiana el fenómeno de la liberación del cedente:

Según la legislativa italiana cada parte en un contrato con prestaciones recíprocas, que no hayan sido todavía cumplidas puede hacerse sustituir por un tercero con tal que la otra consienta en ello art 1406, en el caso del negocio de cesión además del consentimiento del cedente y del cesionario es indispensable también el consentimiento del contratante cedido art 1406, este consentimiento puede ser también de forma previa con lo cual será eficaz frente al cedido desde el momento en que se le ha modificado, o de aquel en que la aceptó (Art. 1407 primer párrafo)

En la relación entre cedente y contratante cedido Andreoli comenta la legislación italiana: “El cedente se libera de sus obligaciones con el segundo desde el momento en que

la sustitución se hace eficaz en relación con el mismo cedido” (pág. 90). Sin embargo este último puede declarar que no libera al cedente en cuyo caso, cuando el cesionario no cumpla las obligaciones asumidas, el cedido puede actuar contra el mismo cedente con tal que dé cuenta al mismo cedente del incumplimiento del cesionario dentro de los quince días a partir de aquel en que se ha producido el incumplimiento: y si no cumple por su parte, está obligado al resarcimiento de daños (Art. 1408)

En resumen el cedido puede actuar de la siguiente forma:

Liberar completamente al cedente en relación al contrato cedido.

Cesión sin liberación del cedente, cuya responsabilidad vuelve a surgir en caso de que el cesionario no cumpla las obligaciones asumidas.

## Bibliografía

ANDREOLI, Marcelo. *La cesión del contrato*. Padova. 1956.

DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial, III*. Madrid: Civitas. 1996.

GARCÍA AMIGO, Manuel. *La cesión de contratos en el derecho español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 130 pp. 1964.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.

J. FORNER DELAYGUA, Joaquín. *La cesión del contrato*, Barcelona: Bosch. 1989.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *Los contratos en derecho privado*. Bogotá: Legis. 2008.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. Eugenia. “Comentario a la STS de 5 diciembre 2000”, en: *Revista de Derecho Patrimonial*. Número 8. Madrid. 199 pp. 2002.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de obligaciones*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2008.

VALLS TABERNER, Luis. *La cesión de contrato en el derecho español*. Madrid: Bosch. 1955.

## Jurisprudencia Extranjera

Sentencia Tribunal Supremo Español, 5 de diciembre 2000 (RJ 2000,9329).

Sentencia Tribunal Supremo Español, 9 de diciembre 1997 (RJ 1997, 8967).

Sentencia Tribunal Supremo Español, 9 de julio 2003 (RJ 2003, 4619).

Sentencia Tribunal Supremo Español, 20 de febrero 1995 (RJ 1995, 887).

Sentencia Tribunal Supremo Español, 19 de septiembre 2002 (RJ 2002, 8561).

Sentencia Tribunal Supremo Español, 5 de marzo 2004 (RJ 2004, 1811).

- Sentencia Tribunal Supremo Español, 27 de enero 2006 (RJ 2006, 423).
- Sentencia Tribunal Supremo Español, 8 de junio 2007 (RJ 2007, 3465).
- Sentencia Tribunal Supremo Español, 28 de abril 2003 (RJ 2003, 3547).
- Sentencia Tribunal Supremo Español, 27 de noviembre 1998 (RJ 1998, 8781).
- Sentencia Tribunal Supremo Español, 5 de marzo 1994 (RJ 1994, 1653).
- Sentencia Tribunal Supremo Español, 5 de diciembre 2000 (RJ 2000, 9329).
- Sentencia Tribunal Supremo Español, 19 de junio 2006 (RJ 2006 5394).

### **Jurisprudencia Nacional**

- Corte Suprema de Justicia Colombia, 29 marzo 2009 (6541) M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.
- Corte Suprema de Justicia Colombia, 10 febrero 2009 (11001-02-03-000-2009-00131-00) M.P. Arturo Solarte Rodríguez.
- Corte Suprema de Justicia Colombia, 6 julio 2006 (04733-01) M.P. Cesar Julio Valencia Copete.
- Corte Suprema de Justicia Colombia, 23 octubre 2003 (7467) M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.
- Corte Suprema de Justicia Colombia, 2 de marzo 2001 (5647) M.P. José Fernando Rodríguez.