

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 ORDONNANCE N° 2016-131 DU 10 FÉVRIER 2016 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 REFORMA DE LA CESIÓN DE CRÉDITO EN DERECHO FRANCÉS Y SU INTERÉS PARA EL DERECHO COLOMBIANO

ANABEL RIAÑO SAAD*

Sumario: Introducción. I. La necesidad de una reforma de la cesión de crédito en derecho colombiano. A. Los vacíos de la legislación vigente. B. Las incongruencias de la legislación vigente. II. La utilidad y los límites de la reforma francesa en materia de cesión de crédito. A. La utilidad de la reforma francesa. 1. El tratamiento de la cesión de crédito en el ámbito del derecho de las obligaciones. 2. Las precisiones de la cesión en cuanto contrato traslativo de un bien incorporal. B. Los límites de la reforma francesa. 1. Crítica de la reforma. 2. Vacíos de la reforma. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

La cesión del crédito es un mecanismo reconocido por el ordenamiento jurídico colombiano. Nuestro legislador la reguló en el código civil, específicamente en el libro de los

* 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. Contacto: anabel.riano@uexternado.edu.co

contratos, justo después del contrato de compraventa y antes del contrato de arrendamiento, en un título especial dedicado a la cesión de derechos¹. Se trata de un mecanismo que, al menos en el ámbito del derecho común, no ha sido objeto de ninguna reforma integral². En efecto, aunque el legislador colombiano consagró y reguló recientemente la cesión de crédito en garantía mediante la Ley 1676 de 2013³, es esta una reglamentación especial que no afecta, en principio, al mecanismo general previsto en el código civil.

Pese a que la permanencia de la regulación vigente en la materia desde 1887 podría hacer pensar en el carácter innecesario de una reforma a la cesión de crédito, lo cierto es que numerosos son los interrogantes que surgen al estudiar de manera detallada dicho mecanismo.

Para comenzar, podemos mencionar el debate en torno a la naturaleza jurídica de la cesión de crédito, título o modo de adquisición del derecho de crédito, bien incorporal⁴.

De igual modo, cabe señalar que las preguntas concernientes al contenido mismo de la cesión –p. ej., aquella relativa a la transferencia a favor del cesionario de ciertas

- 1 La cesión de derechos es tratada en un título xxv, consagrado a la cesión de derechos, el cual hace parte del libro cuarto, denominado “De las obligaciones en general y de los contratos”.
- 2 La única modificación introducida fue la subrogación del artículo 1959 en su redacción inicial por el artículo 33 de la Ley 57 de 1887, con el fin de permitir la cesión de créditos que no constan en documento al establecer que, en dichos casos, “la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento”.
- 3 “Por medio de la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias”, en *Diario Oficial*, n.º 48.888 del 20 de agosto de 2013.
- 4 CASTILLO MAYORGA, FERNANDO A. “La cesión de crédito”, en MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO y TERNERA BARRIOS, FRANCISCO (eds.), *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis-Universidad del Rosario, 2007, pp. 416 ss.; PÉREZ VIVES, ÁLVARO. *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, revisada y actualizada por ALBERTO TAMAYO LOMBANA, 4.ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2012, n.º 480, pp. 292 ss.

acciones como las de resolución o de nulidad cuando el crédito cedido tiene origen en un contrato de prestaciones correlativas⁵— ponen en evidencia que, contrariamente a lo que podría pensarse, el régimen de la cesión de crédito requiere precisiones importantes.

Asimismo sucede con el tema de las excepciones que podría oponer el deudor del crédito cedido al cesionario de un crédito⁶. Al respecto, en nuestro código civil solamente existe un artículo referido a la excepción de compensación en materia de cesión de créditos⁷, disposición que resulta insuficiente para responder a todos los interrogantes en torno a un aspecto tan relevante como el de la situación del deudor en los casos en que su acreedor original transfiere el crédito a un tercero. Los debates abiertos sobre el tema, comenzando por aquellos sobre las distintas categorías de excepciones propuestas, hasta abarcar las divergencias en cuanto a los regímenes sugeridos⁸, confirman la necesidad de un pronunciamiento del legislador al respecto.

A diferencia de la situación en el derecho colombiano, la cesión de crédito en derecho francés, en materia de derecho común, fue objeto de modificaciones significativas dentro del marco general de la reforma del derecho de los contratos y de las obligaciones llevada a cabo por el Decreto

5 CASTILLO MAYORGA, FERNANDO A. “La cesión de crédito”, *ibid.*, pp. 424 ss. Véase igualmente, a propósito de dicha discusión, HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, n.º 348, pp. 445 ss.

6 Entendemos por “excepción” los medios de defensa que tienen por finalidad permitirle a un deudor rechazar la ejecución de la prestación en favor de su acreedor. Véase, en ese sentido, RIAÑO SAAD, ANABEL. *La cession de créance en droit français et en droit colombien*, tesis doctoral, Université Paris 2 Panthéon-Assas y Universidad Externado de Colombia, 2017, n.º 510, p. 372; en proceso de publicación.

7 Se trata del artículo 1718 del código civil relativo a la excepción de compensación.

8 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., n.º 344, pp. 442 ss.; CASTILLO MAYORGA. “La cesión de crédito”, cit., pp. 426 ss.

Ley (*ordonnance*) del 10 de febrero de 2016, ratificado por la Ley 2018-287 del 20 de abril de 2018. Las modificaciones aportadas a este mecanismo son de gran importancia, sobre todo si se tiene en cuenta que la cesión de crédito no había sido objeto de reforma desde su consagración original en el Código de Napoleón (1804). Esto sin perjuicio de la reglamentación especial existente desde el año de 1982, conocida como la *Cesión Dailly*⁹, cuya finalidad principal era la de facilitar la cesión de créditos profesionales a título de garantía, debido al carácter extremadamente formalista de la cesión de derecho común¹⁰.

Además, y es importante insistir en ello, las modificaciones introducidas recientemente a la cesión de crédito en el derecho común francés son de carácter sustancial y no simplemente formal, y por esto serían útiles en caso de una eventual reforma de la cesión de crédito en derecho colombiano. Ahora bien, ¿qué justificaría, más allá de la relevancia de las modificaciones aportadas recientemente a la cesión del crédito por el legislador francés, que nuestro legislador las tuviera en cuenta en caso de una futura reforma en derecho colombiano? Dos razones principales explican el interés, para el derecho colombiano, en determinar tanto el alcance de las modificaciones introducidas a este mecanismo en el derecho francés como la conveniencia de su eventual acogida y adaptación en nuestro ordenamiento jurídico o, por el contrario, de su rechazo.

9 Este tipo de cesión fue reglamentada por medio de la Ley 81-1 del 2 de enero de 1982 con el fin de facilitar el crédito a las empresas. Hoy en día este tipo de cesión se encuentra regulada en los artículos L313-23 ss. del código monetario y financiero.

10 FRANÇOIS, JÉRÔME. *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations. Régime général*, 4.^a ed., París, Economica, 2017, n.º 508, pp. 487 ss., quien resalta que una de las finalidades de dicha ley era la de prescindir de las formalidades de *signification* (especie de notificación) o aceptación en un acto auténtico previstas en el artículo 1690 del *Code civil*, para la oponibilidad de la cesión respecto del deudor del crédito cedido y de los terceros.

En primer lugar, aunque el código civil colombiano no corresponde a una simple copia del Código de Napoleón, es innegable que Andrés Bello se inspiró de manera importante en este último, especialmente en lo relativo a los contratos y las obligaciones¹¹. Esto explica que la regulación actual de la cesión de crédito en derecho colombiano presente similitudes importantes con la antigua reglamentación francesa. Adicionalmente, y por la misma razón, la doctrina francesa –en especial los autores clásicos– despierta gran interés en el seno de la doctrina y la jurisprudencia colombianas¹².

En segundo lugar, es importante resaltar que algunas de las modificaciones introducidas a la cesión de crédito responden a una clara influencia del derecho internacional en general¹³ y del derecho europeo en particular¹⁴, lo cual

- 11 GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, t. 1, Santiago, Universidad de Chile, 1982, p. 401; *Andrés Bello, código civil de la República de Chile*, t. 1, Introducción y notas de Pedro Lira Urquieta, texto concordado con los distintos proyectos de Bello, Caracas, Ministerio de Educación, 1954, pp. 13-22; GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. “La influencia del código civil francés en las codificaciones americanas”, en GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO et al. (eds.), *El código civil francés de 1804 y el código civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias*. Santiago, CIP-Universidad de Los Andes, 2004, pp. 17 ss.
- 12 Véase, p. ej., Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 11 de febrero de 2006, sentencia 1613-2016, M.P.: Álvaro Fernando García Restrepo, en donde la Corte cita a Pothier; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-668 del 30 noviembre de 2016, M.P.: Alberto Rojas Ríos, en donde la Corte cita el tratado de la venta de Pothier para dar una definición del derecho litigioso en materia de cesión; Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 31 de mayo de 1961, M.P.: José J. Gómez, en la que la Corte se refiere a la posición de Pothier con el fin de explicar la distinción entre la dación en pago y la novación.
- 13 Véase, por ejemplo, la solución adoptada en el nuevo artículo 1324 del *Code* en el cual el legislador consagra expresamente que “cedente y cesionario deberán responder solidariamente por todos los gastos suplementarios ocasionados por la cesión, de los cuales el deudor no está obligado a hacer ningún anticipo” (trad. libre). Esta regla se inspira en el artículo 9.1.8 de los Principios Unidroit, según el cual “El deudor tiene derecho a ser indemnizado por el cedente o el cesionario por todos los costos adicionales causados por la cesión”.
- 14 De manera general, el reconocimiento de la validez de las cláusulas de incesibilidad del crédito según lo previsto en el nuevo artículo 1321 del *Code*,

podría ser útil para el derecho colombiano. En efecto, esto nos permitiría contar con un régimen de la cesión de crédito que responda a dichas tendencias, siempre y cuando, por supuesto, se adecúe a nuestra propia realidad.

No obstante, es indispensable reconocer que la reforma francesa, al menos en el tema que nos ocupa, presenta algunos límites, y esto por varias razones. Por ejemplo, veremos que en algunas hipótesis el legislador francés adoptó posturas a nuestro juicio criticables respecto de alguna problemática particular. En otras oportunidades, los autores de la reforma omitieron referirse a temas que merecían, sin embargo, un pronunciamiento expreso.

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el fin de determinar la verdadera importancia de la reciente reforma francesa para nuestro ordenamiento jurídico, en materia de cesión de crédito, expondremos en primer lugar las razones que justifican la necesidad de una reforma de dicho mecanismo en derecho colombiano (I), para estudiar, en segundo lugar, la utilidad y los límites de la reforma francesa en el tema objeto de nuestro estudio (II).

I. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA DE LA CESIÓN DE CRÉDITO EN DERECHO COLOMBIANO

Una lectura de las disposiciones que regulan la cesión de crédito en el código civil colombiano permite constatar que se trata de una reglamentación no solamente bastante sumaria sino también, en relación con algunos aspectos, poco clara e incluso incoherente.

Respecto de lo primero, cabe señalar que, sin contar las disposiciones relativas a la cesión de los derechos litigiosos,

podría obedecer efectivamente a dicha tendencia en derecho europeo, tal y como se prevé en el artículo 11:301 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos.

aplicables en materia de cesión de crédito¹⁵, nuestro legislador consagró tan solo ocho artículos al tratamiento de esta figura. Además, podemos observar que guardó silencio sobre aspectos que cada vez generan mayores interrogantes, como el relativo al tratamiento de las cláusulas de incesibilidad del crédito o incluso el régimen de las cesiones parciales del mismo y, de manera general, aquellos concernientes a la protección del deudor del crédito cedido, incluyendo todo lo relativo a la oponibilidad de las excepciones.

En cuanto a lo segundo, hay que reconocer que la interpretación de las reglas relativas a la transferencia del crédito no son lo suficientemente claras. En efecto, pareciera que el legislador entiende que dicha transferencia no tiene lugar simultáneamente respecto de las partes y de los terceros¹⁶, algo que no respetaría la regla general en materia de transferencia de bienes, en donde dicha transferencia se produce al mismo tiempo respecto de todos.

En consecuencia, es posible afirmar que la necesidad de una reforma de la cesión de crédito en derecho colombiano obedece a la existencia no solamente de vacíos importan-

15 Véase, al respecto, GÓMEZ ESTRADA, CÉSAR. *De los principales contratos civiles*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 2008, n.º 149, p. 184: "Hay que observar que el Código, al hablar de derechos litigiosos, no distingue entre derechos de ese tipo atinentes a derechos reales o personales. Como la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir, ha deducido de allí la doctrina que la cesión de derechos litigiosos cabe tanto en controversias sobre derechos reales como sobre derechos personales, así y todo el Código alude directamente en los artículos 1971 y 1972 al 'deudor', término que no es propio de los derechos reales, sino de los personales".

16 Aunque más adelante tendremos la oportunidad de analizar este aspecto detenidamente, cabe mencionar desde ahora que, según el artículo 1959 del código civil colombiano, la cesión es eficaz entre el cedente y el cesionario por la entrega del título que debe hacer el primero al segundo, con la respectiva nota de traspaso y la firma del cedente, pero que, conforme al artículo 1963 *ibidem*, dicha cesión no será eficaz respecto de los terceros sino a partir de la notificación de la cesión al deudor o de la aceptación de la misma por parte de este.

tes en la legislación vigente (A), sino también de algunas incongruencias en la misma (B).

A. Los vacíos de la legislación vigente

Como tuvimos la ocasión de mencionar anteriormente, una lectura de la regulación relativa a la cesión de crédito en el ámbito del derecho común revela que nuestro legislador no se pronunció sobre varios aspectos importantes.

Para comenzar, hay que poner de presente el silencio del legislador a propósito de la naturaleza jurídica de la cesión de crédito y del alcance o extensión de la misma.

En cuanto a lo primero, y debido a la particularidad de nuestro ordenamiento jurídico, en el cual el sistema de transferencia de los bienes se basa en la distinción entre el título y el modo de adquisición¹⁷, la cuestión es determinar si la cesión de crédito es un contrato o acto obligacional en el sentido clásico o si, por el contrario, se trata de un acto con efectos exclusivamente reales, es decir, un acto de tradición. En otras palabras, es necesario establecer si la cesión es un título de adquisición del crédito o más bien un modo de adquirirlo¹⁸. Esta inquietud surge debido a que el legislador se limitó a indicar los requisitos para la eficacia de la cesión respecto de las partes¹⁹, de los terceros y del deudor del crédito cedido²⁰, sin pronunciarse sobre la naturaleza contractual de la cesión, lo que en principio diferiría del tratamiento acordado por el legislador a los

17 VELÁSQUEZ JARAMILLO, LUIS GUILLERMO. *Bienes*, 14.^a ed., Bogotá, Ibáñez, 2019, p. 286.

18 CASTILLO MAYORGA. "La cesión de crédito", cit., p. 416.

19 Véase el artículo 1959 del código colombiano, en el cual se prevé la necesidad de la entrega del título en el que consta el crédito por parte del cedente al cesionario, y esto con una nota de traspaso y la firma del cedente.

20 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1963 del código colombiano, para la eficacia de la cesión respecto del deudor y terceros es necesaria la notificación de la cesión al deudor o su aceptación tácita o expresa.

demás contratos. En efecto, si miramos por ejemplo la compraventa, podemos constatar que el artículo 1849 del código civil comienza por indicar que “la compraventa es un contrato”. Igualmente, al referirse al arrendamiento, nuestro legislador lo define como “un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente”. La misma observación puede hacerse respecto del depósito²¹, el préstamo²², etc. Dicho silencio explica el debate existente en derecho colombiano acerca de la naturaleza jurídica de la cesión de crédito. Contrario a lo que podría pensarse, de la posición que se adopte al respecto dependerán importantes consecuencias prácticas.

Así por ejemplo, si consideramos que la cesión es el acto de tradición del crédito, habrá que entender que dicha cesión deberá estar precedida necesariamente de un contrato traslativo, ya que la tradición es precisamente el acto que permite ejecutar la obligación de dar surgida de este tipo de contrato. Si esto es así, no sería posible admitir, verbigracia, que la cesión de crédito regulada por nuestro código civil pudiera ser realizada a título de garantía. La razón es que la constitución de una garantía no es un contrato traslativo²³.

Igualmente, si afirmamos que la cesión es el acto de tradición del crédito, ¿cómo entender el artículo 756 del código civil colombiano según el cual la tradición de un crédito que alguien cede a otro tiene lugar por la entrega del título? Si la tradición es el resultado de un contrato traslativo, y si, de acuerdo con dicho artículo, la entrega del título es

21 El artículo 2236 c.c. col. dispone: “Llámanse en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie”.

22 El artículo 2200 c.c. col. prevé: “El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso”.

23 Véase, a este propósito, RIAÑO SAAD. *La cession de créance en droit français et en droit colombien*, cit., n.º 212, p. 169.

la manera de ejecutar la cesión, ¿no sería lógico entender que la cesión es el contrato o título de adquisición y que la entrega del título es precisamente el acto de tradición o modo de adquirir?

Por otra parte, si afirmamos que la cesión de crédito es un contrato en el sentido de acto generador de la obligación principal de transferir el crédito, habrá que preguntarse a partir de qué momento se perfecciona dicho contrato, es decir, a partir de qué momento surge la obligación a cargo del cedente de transferir el crédito en favor del cesionario. ¿Será que debemos considerar que para dicho perfeccionamiento debe hacerse la entrega del título a la que se refiere el legislador en el artículo 1959 del código civil?

En cuanto al alcance o extensión de la cesión, también podemos identificar algunos vacíos importantes, por ejemplo, el silencio del legislador acerca de la posibilidad y las consecuencias de la realización de una cesión parcial del crédito. Aunque la doctrina²⁴ y la jurisprudencia²⁵ parecen admitirla, la dificultad está en determinar si este tipo de operación puede hacerse sin ninguna restricción o si, por el contrario, su realización debería estar condicionada a que no se cause ningún perjuicio al deudor del crédito cedido²⁶.

24 CASTRO de CIFUENTES, MARCELA. "Transmisión singular de créditos", en CASTRO de CIFUENTES, MARCELA (coord.), *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. II, Bogotá, Uniandes-Temis, 2013, n.º 7, p. 80; VELÁSQUEZ GÓMEZ, HERNÁN DARÍO. *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Temis, 2010, n.º 549, p. 1031; HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., n.º 340, p. 438.

25 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 24 de febrero de 1975, GJ, t. CLI, n.º 2392, 1.ª parte, M.P.: José M. Esguerra Samper, p. 45.

26 La posibilidad de una cesión parcial del crédito es un tema bastante discutido sobre todo en el ámbito internacional. El debate gira en torno a la eventual agravación de la situación del deudor del crédito cedido, en razón precisamente de la división del crédito que conlleva una cesión parcial. Una parte de la doctrina señala que este tipo de operación puede no solamente causar gastos adicionales al deudor al momento de realizar el pago, sino que también puede afectarlo desde un punto de vista administrativo, ya que en lugar de un solo pago deberá realizar varios. Véase, en ese sentido, Principios del Derecho Europeo de los Contratos, comentarios al artículo 11:103: *Principes*

Igualmente, debe ponerse de presente la ausencia de una regla general relativa a la transferencia del crédito y de sus accesorios. Es cierto que en el artículo 1964 del código civil se prevé expresamente: “La cesión de un crédito traspasa las prendas, fianzas e hipotecas que garantizan el crédito”, frente a lo cual algunos autores defienden la tesis del carácter restrictivo de esta disposición²⁷. Esto significaría que la cesión de crédito solamente traspasaría las garantías en sentido estricto²⁸. Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que se trata de una lista enunciativa²⁹. En todo caso, dudas importantes surgen, en razón del origen del crédito cedido, acerca de la posibilidad para el cesionario de invocar algunas acciones de las que sería titular el cedente.

Por ejemplo, podemos preguntarnos si el cesionario de un crédito que tiene origen en un contrato bilateral podría invocar contra el deudor del crédito las acciones de resolución, de nulidad o de rescisión, de las cuales sería titular el cedente. Algunos autores se pronuncian de manera negativa bajo el argumento principal de que se trata de acciones que se justifican por la calidad de contratante y no de simple

du droit européen du contrat, version française préparée par G. ROUHETTE, avec le concours de I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et CL. WITZ, Société de législation comparée, vol. 2, 2003, pp. 456 ss. Igualmente, Principios Unidroit, comentarios al artículo 9.1.8.

- 27 GACHARNÁ, LUIS EDUARDO. *Conferencias sobre contratos*, citado por PÉREZ VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, parte II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, cit., n.º 482, p. 301.
- 28 La garantía en sentido estricto haría referencia a la afectación de uno o varios bienes para la satisfacción de los derechos del acreedor con el fin de asegurar el cobro del crédito. Véase, a propósito de esta definición y de la distinción entre la garantía en sentido estricto y en sentido amplio, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, MÓNICA. “El derecho de garantías en Francia”, en PIZARRO WILSON, CARLOS y MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO (coord.), *Estudios de derecho privado en honor a Christian Larroumet*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, pp. 517 ss.
- 29 CASTILLO MAYORGA. “La cesión de crédito”, cit., p. 424; CASTRO de CIFUENTES. “Transmisión singular de créditos”, cit., p. 77; VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, cit., n.º 546, p. 1029; HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., n.º 342, p. 441; GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, cit., n.º 136 ss., pp. 169 ss.

cesionario del crédito. Así, cuando un contratante cede solamente el crédito sin ceder su posición contractual, el cesionario de dicho crédito adquiriría solamente el crédito y las acciones tendientes a garantizar el cumplimiento de dicha prestación por parte del deudor, pero no aquellas acciones propias de la calidad de contratante³⁰. Otros autores, por el contrario, consideran que dichas acciones se traspasarían con el crédito por tratarse de accesorios del mismo³¹. La jurisprudencia tampoco es muy clara al respecto: si bien pareciera admitir, en la hipótesis mencionada, que el cesionario puede ejercer la acción de resolución contra el deudor del crédito cedido³², no sucede lo mismo respecto de las acciones de nulidad y de resolución³³. Esta divergencia de opiniones, y sobre todo las dificultades prácticas que la misma puede generar, pone en evidencia el interés de un pronunciamiento por parte del legislador.

Por otra parte podemos constatar que, además de guardar silencio sobre la naturaleza jurídica de la cesión de

30 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., n.º 348, p. 446: "El crédito y la posición contractual coinciden en un mismo sujeto (contratante-acreedor), y así permanecen hasta cuando por iniciativa de él se produce un desdoblamiento, el crédito que pasa al cesionario con las pretensiones propias de ese derecho, entre las cuales no se encuentra la de impugnación del contrato, y los derechos (pretensiones) inherentes a este, que permanecen en cabeza del cedente, en la medida de su compatibilidad con la cesión, y en lo que no la haya, se habrían extinguido por el traspaso". Véase también GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, cit., n.º 137, pp. 170 ss.

31 En ese sentido, al menos en lo relativo a la acción de resolución, CASTILLO MAYORGA. "La cesión de crédito", cit., p. 424; CASTRO de CIFUENTES. "Transmisión singular de créditos", cit., p. 77.

32 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 23 octubre de 1915, GJ, t. xxv, M.P.: Germán D. Pardo, en la que la Corte se pronunció a favor de la transmisión de la acción de resolución en el caso de una cesión parcial del crédito. La Corte sostuvo que los cesionarios parciales debían ejercer la acción de manera conjunta; véase Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 12 de septiembre de 1950, M.P.: Pedro Castillo Pineda, GJ, t. lxxviii, pp. 55-63.

33 Véase, a propósito de la posición ambivalente de la jurisprudencia, CASTILLO MAYORGA. "La cesión de crédito", cit., pp. 424 ss.

crédito y sobre el alcance de la misma, el legislador colombiano no consagró ninguna disposición general tendiente a garantizar una protección especial en favor del deudor. Esto podría explicarse por la idea generalizada según la cual la persona del acreedor es indiferente para el deudor. Y esto justificaría igualmente que el deudor sea calificado de tercero a la cesión de crédito³⁴. Sin embargo, la necesidad de reconocer una protección especial en favor del deudor obedece a que la cesión de crédito conlleva, finalmente, la modificación de un vínculo jurídico, como lo es la obligación, y esto sin el consentimiento del deudor³⁵.

Dicho desinterés por la situación del deudor explica, por ejemplo, el silencio relativo a las cláusulas de incesibilidad. Pensemos en la hipótesis en la cual acreedor y deudor estipulan que el crédito no será cesible: ¿se trata de una cláusula válida?, ¿cuáles serían sus efectos? Algunos autores no dudan en reconocer la validez de dichas estipulaciones con fundamento en el ejercicio de la autonomía privada³⁶, al paso que otros parecieran desconocer su validez con fundamento en el principio de la libre disposición de los bienes³⁷.

34 *Ibid.*, p. 420; GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, cit., n.º 130, p. 161; CASTRO de CIFUENTES. "Transmisión singular de créditos", cit., p. 75.

35 RIAÑO SAAD. *La cession de créance en droit français et en droit colombien*, cit., esp. n.º 119 ss., pp. 109 ss.

36 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., n.º 332, p. 432.

37 En este sentido podrían citarse los autores que, sin pronunciarse expresamente sobre el tema, afirman que las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad deben tener un origen legal: ARIAS GARCÍA, FERNANDO. *Bienes civiles y mercantiles*, Bogotá, Universidad Santo Tomás-Ibáñez, 2008, n.º 6, pp. 152 ss.; VALENCIA ZEA, ARTURO y ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, 11.ª ed., Bogotá, Temis, 2007, n.º 67 ss., pp. 176 ss. Igualmente, el artículo 1866 del código colombiano serviría de fundamento para quienes afirman que las cláusulas de incesibilidad serían nulas. Según esta disposición, "Pueden venderse todas las cosas corporales, o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley" (resaltado nuestro).

En cuanto a la jurisprudencia³⁸, aunque sin reconocerlo expresamente, pareciera que desconoce la validez de las restricciones convencionales a la cesibilidad de los créditos al afirmar, si bien a título de *obiter dictum*, que el principio es el de la libre cesibilidad de los créditos sin perjuicio de las restricciones impuestas por el legislador.

Por otra parte, nada dijo el legislador acerca de los medios de defensa que podría oponer el deudor de un crédito cedido al cesionario. La única disposición que se refiere expresamente al tema de las excepciones en materia de cesión de crédito es la prevista en el artículo 1718 del código civil, relativa a la excepción de compensación. Cabe resaltar que dicha disposición ni siquiera hace parte del capítulo que regula la cesión de crédito, sino que se encuentra en el capítulo relativo a los modos de extinguir las obligaciones.

El silencio del legislador en este tema resulta bastante problemático ya que no existe unanimidad ni sobre las

38 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 15 de diciembre de 1936, M.P.: Eduardo Zuleta Ángel; Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 1.º diciembre de 2011, ref. 11001-3103-035-2004-00428-01, M.P.: Ruth Marina Díaz, esp. n.º 4: “Interesa resaltar que la ‘cesión’ debe recaer o tener por objeto elementos del activo patrimonial del ‘cedente’, concretamente de ‘créditos nominativos’, respecto de los cuales no haya prohibición legal para esa especie de enajenación, o que su negociabilidad se formalice mediante otra clase de ‘acto jurídico’, *verbi gratia*, por endoso” (resaltado nuestro); Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-189 del 15 de marzo 2006, ref. D-5948, M.P.: Rodrigo Escobar Gil: “La Corte ha afirmado, en múltiples ocasiones, que la propiedad, en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado. Justamente los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la ley y el derecho ajeno pues, contrario sensu, ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema” (resaltado nuestro). Estas decisiones podrían, en efecto, interpretarse en el sentido de que las restricciones a la libre disposición de los bienes solamente pueden tener origen legal, más no convencional. Algunos autores parecen defender la misma posición; véase BONIVENTO JIMÉNEZ, JOSÉ ARMANDO. *Obligaciones*, Bogotá, Legis, 2017, p. 396.

excepciones que podría oponer el deudor de un crédito cedido ni acerca de la necesidad o no de que dicho deudor deba hacer cualquier tipo de reserva para poder invocarlas posteriormente.

Es significativo el debate concerniente a la posibilidad para el deudor de invocar la excepción de incumplimiento en contra del cesionario, cuando el crédito cedido tiene origen en un contrato bilateral. Algunos autores se han pronunciado a favor con fundamento en la imposibilidad de que la cesión agrave la situación del deudor³⁹. Otros, por el contrario, consideran que el deudor no podría invocar dicha excepción contra el cesionario, y esto por cuanto se trataría de una excepción de tipo personal que solamente podría ser invocada contra el cedente⁴⁰.

Finalmente, nuestro legislador guardó silencio acerca del efecto del simple conocimiento de la cesión por parte del deudor del crédito cedido. La pregunta que surge es la referida a si, en los casos en que ni el cedente ni el cesionario han notificado la cesión al deudor, tal y como lo exigen los artículos 1960 y 1961 del código civil, sería posible invocar que dicho deudor conocía la cesión y que por tal motivo esta debería serle oponible.

Las anteriores precisiones demuestran que nuestra legislación civil presenta importantes vacíos en materia de regulación de la cesión de crédito en derecho común. Adicionalmente, también se evidencia que dicha legislación resulta, en algunos aspectos, poco congruente.

39 TAMAYO LOMBANA. *Manual de obligaciones*, cit., n.º 294, pp. 499 ss.; GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, cit., n.º 135, pp. 168 ss.; SUESCÚN MELO, JORGE. *Derecho privado*, t. II, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, 2.ª ed., Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá-Universidad de los Andes, 2005, cit., n.º 2, pp. 551 ss.

40 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., n.º 344 ss., pp. 442 ss.

B. Las incongruencias de la legislación vigente

Al estudiar la regulación de la cesión de crédito podemos constatar algunas incongruencias importantes, sea porque pareciera que en esta materia el legislador ignoró algunas reglas generales y características de nuestro sistema jurídico, sea por la falta de claridad de algunas disposiciones, o incluso por la dificultad de distinguir la cesión de crédito de otros mecanismos reconocidos en el código civil.

En cuanto a lo primero, es importante señalar que el legislador colombiano, al regular la cesión de crédito, parece haber olvidado las reglas fundamentales en materia de transferencia de bienes por acto entre vivos. Para entender este punto es indispensable recordar que, en nuestro sistema jurídico, Bello adoptó el sistema del título y el modo. Así, a diferencia del derecho francés, por ejemplo –o al menos de la posición defendida por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia francesas⁴¹–, la regla es que el contrato en derecho colombiano solo tiene efectos obligacionales, lo que significa que no permite, por sí mismo, transferir los bienes. Para que dicha transferencia tenga lugar se requiere la realización del acto de tradición⁴². En efecto, de acuerdo con el artículo 740 del código civil, “La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la

41 Hacemos esta precisión porque algunos autores franceses defendían la tesis, antes de reforma llevaba a cabo por el Decreto Ley (*ordonnance*) del 10 de febrero de 2016, de que en derecho francés operaba la distinción entre el título y el modo de adquisición y que, por lo tanto, el acto de tradición era necesario para que se llevara a cabo la adquisición de los bienes. La sola particularidad sería, a juicio de estos autores, que la tradición se realizaba de manera intelectual, es decir, por el solo acuerdo de voluntades; véase, p. ej., CHAUVIRÉ, PHILIPPE. *L’acquisition dérivée de la propriété. Le transfert volontaire des biens*, París, LGDJ, 2016, n.º 227, p. 148.

42 VELÁSQUEZ JARAMILLO. *Bienes*, cit., p. 286.

capacidad e intención de adquirirlo". El contrato, entonces, no transfiere *per se* los bienes, sino que tiene solamente la vocación para hacerlo. Dicha transferencia, lo repetimos, únicamente tendrá lugar una vez se haya realizado el modo, es decir, y conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el acto de tradición. Y es fundamental insistir en que dicho acto de tradición permite que tenga lugar la transferencia entre las partes y que la misma sea oponible a terceros. En otros términos, a partir del momento en que se realiza el acto de tradición tiene lugar la transferencia *erga omnes*, es decir, respecto de todos. La razón de esto es que la tradición tiene por finalidad garantizar la publicidad de la transmisión. El legislador parte de la base de que a partir de la realización de la tradición los terceros conocerán efectivamente que la transferencia tuvo lugar o estarán en capacidad de conocerlo. Para ilustrar mejor nuestro propósito es pertinente recordar que, en materia de tradición de bienes inmuebles, por ejemplo, el legislador exige que se realice "por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos"⁴³. Dicha inscripción busca garantizar el conocimiento de la transferencia por parte de los terceros, debido al carácter público del registro.

¿Cuál es la importancia de esta precisión? Al distinguir entre el contrato –título de adquisición de los bienes– y la tradición –modo de adquisición de los mismos– el legislador diferencia claramente entre el efecto obligacional del contrato traslativo y el efecto real del acto de tradición. Y dicho efecto real, la transferencia del bien, tiene lugar respecto de las partes y respecto de terceros de manera simultánea. Esto se explica porque no parece coherente establecer una disociación de la transferencia respecto de

43 Véase art. 756 c.c. col.

las partes y de los terceros⁴⁴. Sin embargo, lo anterior, que en principio parecería ser lógico, no resulta tan claro en materia de cesión de crédito.

De la redacción de los artículos 1959 y 1963 del código civil pareciera que, aunque la transferencia del crédito tenga lugar entre las partes a partir de la entrega del título en el que consta el crédito, con unas anotaciones específicas⁴⁵, dicha transferencia no será eficaz respecto de terceros, ni del deudor del crédito cedido, sino a partir de la notificación de la cesión a este último o de su aceptación, sea expresa, sea tácita⁴⁶. En materia de cesión de crédito existiría una especie de disociación de la transferencia del crédito, ya que la misma no tendría lugar simultáneamente respecto de las partes y de los terceros⁴⁷. Como lo señalamos con anterioridad, no resulta coherente afirmar que se pueda ser

44 Véase, a propósito de las críticas a dicha disociación en el derecho francés antes de la reforma operada por el Decreto Ley (*ordonnance*) del 10 de febrero de 2016, PHILIPPE, EMY. “À propos de l’opposabilité d’une cession de créance, Réflexions sur l’avant-projet de réforme du droit des obligations”, *Dalloz*, 2008, n.º 41, p. 2887: “Disociar la transferencia de la propiedad de un bien según las personas a quienes se desea oponerla parece poco respetuoso de la idea misma de propiedad, la cual es definida por su oponibilidad *erga omnes* o por su exclusividad” (trad. libre).

45 Recordemos que de acuerdo con el artículo 1959 del código civil colombiano, “La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961, debe hacerse con exhibición de dicho documento”.

46 Es lo que debe entenderse de la lectura del artículo 1963 del código civil colombiano, en el que se dispone: “No interviniendo la notificación o aceptación sobredichas podrá el deudor pagar al cedente, o embargarse el crédito por acreedores del cedente; y en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y terceros”.

47 Esto explicaría la posición de un sector importante de la doctrina colombiana que, al referirse a las particularidades de la cesión de crédito, respecto del acto de tradición en general, insiste en que la cesión produciría efectos escalonados, es decir, en un primer momento entre las partes y después respecto del deudor y los terceros; véanse: CASTILLO MAYORGA. “La cesión de crédito”, cit., pp. 420 s.; HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., n.º 335, p. 435; GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, cit., n.º 132,

propietario solamente respecto a determinadas personas y no respecto a otras. Lo característico de la propiedad es su oponibilidad *erga omnes*.

Sin embargo, otra interpretación es posible. En efecto, podría considerarse que el hecho de exigir la notificación de la cesión al deudor del crédito cedido o su aceptación, para que la cesión sea oponible a terceros, no significa que la transferencia no tenga lugar, respecto de todos, a partir de la entrega del título por el cedente al cesionario con la correspondiente nota de traspaso y la firma del cedente. Pese a ello, y solamente en caso de presentarse conflicto entre los titulares de un derecho concurrente sobre el crédito –piénsese, por ejemplo, en el caso de dos cesionarios simultáneos, o de un cesionario y un acreedor del cedente que ha procedido al embargo del crédito–, habría lugar a aplicar la regla del artículo 1963 del código civil. Así, prevalecería aquel que haya notificado primero la cesión, o la primera cesión que haya sido aceptada por el deudor⁴⁸.

Independientemente de la postura que se defienda, ninguna de las dos soluciones se ajusta a la lógica de nuestro sistema jurídico en materia de transferencia de bienes y de su oponibilidad a terceros, en donde la regla es que dicha transferencia opera de manera simultánea respecto de las partes y de los terceros, y que el momento está determinado por la realización del acto de tradición. La razón de esto es que dicho acto permitiría no solo confirmar la voluntad de las partes –tradente y adquirente– de renunciar a su derecho y de adquirir el bien respectivamente, sino también que los terceros tengan conocimiento de la transferencia.

El segundo aspecto en el que consideramos que la reglamentación de la cesión de crédito puede resultar

p. 166; OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. *Régimen general de las obligaciones*, 8.ª ed., Bogotá, Temis, 2008, n.º 461, p. 300.

48 RIAÑO SAAD. *La cession de créance en droit français et en droit colombien*, cit., n.º 783 ss., pp. 551 ss.

incongruente tiene que ver con la referencia hecha por nuestro legislador, en el artículo 1964 del código civil, a que la cesión de crédito no traspasa “las excepciones personales del cedente”. Como bien lo precisan algunos autores, en el caso de una cesión de crédito, la referencia a las “excepciones” hace pensar directamente en el deudor del crédito cedido y no en el cedente. En otros términos, es el deudor quien en principio puede invocar excepciones⁴⁹, entendidas como medios de defensa tendientes a rechazar un pago total o parcial del crédito. La referencia entonces a las “excepciones personales del cedente” no resulta clara a la luz del régimen de la cesión de crédito. Esta falta de claridad explica la divergencia de posiciones respecto del alcance de dicha expresión. Algunos autores consideran que el legislador quiso indicar que la cesión de crédito no traspasaba las excepciones personales que el deudor del crédito cedido hubiera podido oponer solamente al cedente y que, en consecuencia, dicho deudor no podría oponerlas al cesionario⁵⁰. Otros afirman, por el contrario, que dicha expresión obedece realmente a una impropiedad del legislador y que lo que se quiso decir es que la cesión no traspasa las exenciones o beneficios personales del cedente⁵¹.

El tercer aspecto que a nuestro juicio resulta dudoso es el relativo a la coexistencia del mecanismo de la cesión de

49 BONIVENTO JIMÉNEZ. *Obligaciones*, cit., p. 403.

50 CASTILLO MAYORGA. “La cesión de crédito”, cit., p. 426.

51 GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, cit., n.º 138, p. 172: “Esta expresión ‘excepciones personales del cedente’ se ha criticado como impropia, pues técnicamente no puede decirse que un acreedor tenga excepciones contra su deudor, ya que ellas existen precisamente en favor del deudor y en contra del acreedor; las excepciones son medios de defensa de que dispone el deudor para oponerlos a la acción del acreedor. De esta suerte ha venido la doctrina a deducir que el Código empleó la palabra ‘excepciones’ por el término ‘exenciones’, y que lo que el artículo 1964 quiso decir es que la cesión de un crédito no traspasa al cesionario los privilegios o exenciones personalísimos del cedente, esto es, concedidos a él en razón de la calidad de su persona”. Y véase VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, cit., n.º 546, p. 1029.

crédito con el de la subrogación convencional. Para entender esta problemática hay que recordar que nuestro código civil consagra la subrogación y la define, de manera general, como “la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga”⁵². A continuación, en el artículo 1667 del código civil, el legislador precisa que la subrogación puede ser legal o convencional: “Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley o en virtud de una convención con el acreedor”. Igualmente, debemos resaltar que dicha transmisión comprende “todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo [acreedor], así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda”⁵³.

Respecto de la subrogación legal, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 1668 del código civil, esta opera por ministerio de la ley y en los casos expresamente señalados por el legislador, comenzando por las hipótesis reconocidas en dicha disposición. Así, por ejemplo, la subrogación legal se efectúa en favor del “acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca”⁵⁴, o “del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente”⁵⁵. Si analizamos las hipótesis de subrogación legal⁵⁶ podemos concluir que esta se reconoce en favor de la persona que, teniendo un interés legítimo,

52 Véase art. 1666 c.c. col.

53 Véase art. 1670 c.c. col.

54 Se trata de la hipótesis prevista en el numeral 2 del artículo 1668 del código civil colombiano.

55 Véase, en ese sentido, el numeral 3 del artículo 1668 del código civil colombiano.

56 Hay otros casos expresamente reconocidos por el legislador, además de los previstos en el artículo 1168 del código civil colombiano; podemos mencionar, a título de ejemplo, la hipótesis de la subrogación a favor del asegurador prevista en el artículo 1096 del código de comercio. Véase en general, a propósito del alcance de la subrogación en materia de seguros, HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, 1, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., n.º 307, pp. 414 ss.

realiza un pago liberatorio en favor de aquel sobre quien debe pesar la carga definitiva de la deuda, sea totalmente, sea parcialmente.

Lo dicho hasta ahora permite ver claramente la diferencia entre la subrogación legal y la cesión de crédito. En el caso de la subrogación legal, la transmisión del crédito y sus accesorios tiene lugar por disposición expresa del legislador, y esto solamente en aquellos casos en los que un tercero paga una deuda ajena y lo hace porque tiene algún interés legítimo en hacerlo.

En el caso de la subrogación convencional, y según lo dispuesto en el artículo 1669 del código civil, la transmisión del crédito y sus accesorios tiene lugar “en virtud de una convención del acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como acreedor”. Además, el legislador dispone que “la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derecho, y debe hacerse en la carta de pago”. En esta hipótesis, contrario a lo que ocurre en los eventos de subrogación legal, la diferencia con la cesión de crédito no es tan clara.

Es cierto que la doctrina mayoritaria considera que existe una diferencia fundamental, en el sentido de que la subrogación se fundamentaría siempre en un pago mientras que en la cesión habría un ánimo especulativo⁵⁷. Sin embargo, en nuestro concepto, en las dos operaciones es posible constatar un acto de disposición de intereses por parte del acreedor

57 VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, cit., n.º 632, pp. 1121 ss.; TAMAYO LOMBANA, ALBERTO. *Manual de obligaciones. El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, 7.ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2008, p. 510; OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, cit., n.º 462, p. 301; CASTRO DE CIFUENTES. “Transmisión singular de créditos”, cit., p. 96.

y un tercero, que tiene por objeto un crédito, razón suficiente para identificar los dos mecanismos⁵⁸.

Numerosos interrogantes surgen de estas disposiciones. ¿Es realmente justificada la distinción hecha por el legislador entre la subrogación convencional y la cesión de crédito? ¿El hecho de que el legislador remita a la “regla de la cesión de crédito”, para la realización de la subrogación convencional, no sería un indicio importante del carácter injustificado de la consagración de estos dos mecanismos como si se tratara de dos operaciones distintas? ¿A qué regla de la cesión de crédito se refiere el legislador al hacer el reenvío para su aplicación en materia de subrogación convencional?⁵⁹.

Dichos interrogantes ponen de relieve que la coexistencia de las dos operaciones y la remisión un poco ambigua por parte del legislador a la cesión de crédito, en materia de subrogación convencional, es fuente de dificultades. Además, sabemos que existen algunas reglas particulares en materia de subrogación, tanto legal como convencional; por ejemplo, aquella según la cual en caso de subrogación parcial el acreedor subrogante tiene preferencia sobre el acreedor subrogado o *solvens*⁶⁰, o la regla según la cual el subrogante no está obligado a garantizar la existencia del

58 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, 1. Concepto, estructura, vicisitudes, cit., n.º 309, pp. 416 ss.; PÉREZ VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, cit., n.º 485, p. 308; CUBIDES CAMACHO, JORGE. “Transmisión de las obligaciones”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, n.º 71, 1996, p. 248.

59 Véase, a propósito de esta discusión, VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, cit., n.º 651, p. 1143: “se controvierte, entonces, si es necesario cumplir todos los requisitos de la cesión (entrega del título, anotación de traspaso, exhibición y notificación o aceptación del deudor), como lo sostienen algunos, o sólo requiere la notificación al deudor, como opinan otros. Esta última opinión parece la correcta porque la solemnidad que exige la ley consiste simplemente en hacer la subrogación en la carta de pago”.

60 Es lo que prevé el inciso final del artículo 1670 del código colombiano: “Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que sólo ha

crédito⁶¹. ¿Cómo justificar la aplicación de dichas reglas en materia de subrogación convencional si llegamos a la conclusión de que no se trata en realidad de un mecanismo que tiene una naturaleza jurídica distinta a la cesión de crédito?

Las dificultades son aún mayores si pensamos en la posibilidad de que las partes, en la práctica, estipulen que el acreedor cede y subroga el crédito al tercero: ¿cuál mecanismo debería prevalecer?⁶².

Los análisis precedentes revelan que la regulación colombiana presenta no solamente numerosos vacíos que dificultan el entendimiento de la cesión de crédito, sino también disposiciones que generan problemas de interpretación y de realización de dicha cesión. Por lo anterior, y con el fin de proponer algunas soluciones a las problemáticas planteadas, a continuación nos detendremos en el análisis de la utilidad y los límites de la reciente reforma francesa en el tema objeto de nuestro estudio.

II. LA UTILIDAD Y LOS LÍMITES DE LA REFORMA FRANCESA EN MATERIA DE CESIÓN DE CRÉDITO

La reciente reforma del derecho de los contratos y de las obligaciones en Francia introdujo modificaciones sustanciales al mecanismo de la cesión de crédito, las cuales son relevantes para el derecho colombiano puesto que aportan soluciones a algunas de las problemáticas planteadas. En esta medida, la utilidad de la reforma es indiscutible (A).

pagado una parte del crédito". Véase, a propósito del alcance de esta regla, VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, cit., n.º 632, pp. 1121 ss.

61 CASTRO DE CIFUENTES. "Transmisión singular de créditos", cit., p. 96: "Consecuencia de la distinción es que quien cede un derecho lo está enajenando y como tal debe garantizar la existencia del crédito; esto no sucede en la subrogación, en la cual el subrogante no tiene esta obligación de garantía porque justamente no es un vendedor". Y véase TAMAYO LOMBANA. *Manual de obligaciones*, cit., p. 511.

62 VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, cit., n.º 632, p. 1122.

Sin embargo, dicha reforma no permite dar respuesta a todos los interrogantes suscitados, bien sea porque algunas soluciones son criticables, bien sea porque el legislador guardó silencio sobre otros aspectos. Por esta razón, pese a la importancia de la reforma francesa para el derecho colombiano, es necesario reconocer que la misma tiene algunos límites (B).

A. La utilidad de la reforma francesa

Dos aspectos de la reforma francesa merecen ser resaltados, ya que sin duda alguna serían provechosos para el derecho colombiano en caso de una futura reforma al mecanismo de la cesión de crédito. El primer aspecto tiene que ver con el tratamiento de la cesión en el ámbito del derecho de las obligaciones (1); el segundo tiene relación con las precisiones respecto de la cesión en cuanto contrato traslativo de un bien incorporal (2).

1. El tratamiento de la cesión de crédito en el ámbito del derecho de las obligaciones

Para entender la importancia del tratamiento de la cesión del crédito en el régimen general de las obligaciones debemos empezar por recordar que el Código de Napoleón trataba la cesión de crédito como una especie de venta⁶³. No obstante, la doctrina mayoritaria francesa reconocía que la cesión era una operación neutra en la medida en que a través de ella se podían realizar diferentes operaciones jurídicas, como una donación, una dación en pago, un aporte

63 En efecto, los antiguos artículos del *Code civil* que regulaban la cesión de crédito, es decir, los artículos 1690 y siguientes, hacían parte del título relativo a la venta. Además, el artículo 1692 original de dicho cuerpo normativo reforzaba esta concepción en la medida en que el legislador se refería a los términos “cesión” y “venta” como si se tratara de sinónimos.

en sociedad, etc.⁶⁴, lo que explicaría su tratamiento desde el punto de vista del derecho de obligaciones⁶⁵. Si, pese a la redacción equívoca por parte de los redactores del Código de Napoleón, la doctrina y la jurisprudencia reconocían unánimemente el carácter neutro de la cesión, ¿cuál sería el interés en regular la cesión de crédito en el ámbito del derecho de las obligaciones?

Contrariamente a lo que podríamos pensar, esta modificación no es anodina. Por medio de la misma el legislador francés confirma el carácter neutro o polivalente de la cesión de crédito y, además, pone de relieve que se trata de una operación que afecta directamente la relación obligatoria. Debido a esta afectación es necesario proteger de manera especial al deudor del crédito cedido.

La reafirmación del carácter neutro de la operación es importante por cuanto permite comprender que, pese a la necesidad de prever reglas generales aplicables a toda cesión de crédito, existirán reglas particulares que solo se aplicarán en función de la operación específica realizada por las partes, por ejemplo una compraventa, una donación,

64 MALAURIE, PHILIPPE; AYNÈS, LAURENT y GAUTIER, PIERRE-YVES. *Droit des contrats spéciaux*, 8.^a ed., París, LGDJ, 2016, n.º 67, p. 59: “Según el *Code civil*, el objeto de la transferencia puede ser un derecho real o un derecho personal (derecho de crédito); puesto que la cesión de crédito (arts. 1689-1701) es concebida como una venta. En realidad, la cesión de crédito dejó de ser un contrato especial para convertirse en una técnica neutra que permite vender o donar un crédito, transmitir un contrato, extinguir una obligación o permitir la constitución de una garantía” (trad. libre; resaltado nuestro).

65 LARROUMET, CHRISTIAN y BROS, SARAH. *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations - Le contrat*, 8.^a ed., París, Economica, 2016, n.º 206, p. 181: “De todas maneras, el rasgo característico de estas operaciones reside en el hecho de que van a transferir un derecho contra un tercero (el deudor cedido en la cesión de crédito), una obligación en favor de un tercero (el acreedor cedido en la cesión de deuda) o incluso la calidad de parte contractual (cesión de contrato). Sin embargo, estas operaciones desbordan el marco de relaciones entre el cedente y el cesionario, para producir efectos respecto del deudor cedido o el acreedor cedido. Las cesiones de crédito y de deuda no encuentran lugar en esta obra. Ellas hacen parte del estudio del régimen general de las obligaciones” (trad. libre; resaltado nuestro).

un aporte en sociedad, etc. En otros términos, la cesión de crédito tendrá un contenido obligacional que variará debido a su naturaleza polivalente⁶⁶.

Dejando de lado esto, la reglamentación de la cesión de crédito en el ámbito del derecho de las obligaciones es fundamental para llamar la atención sobre las verdaderas consecuencias de esta operación respecto de la relación obligatoria, y así garantizar de manera efectiva una protección adecuada del deudor del crédito cedido. En efecto, la reglamentación inicial de la cesión como un contrato especial, una especie de venta, explica la visión clásica según la cual la cesión de crédito no sería sino una banal operación de transferencia de un bien incorporal. Esto explicaría la posibilidad de realizar dicha operación sin necesidad del consentimiento del deudor del crédito cedido, ya que dicho crédito sería un bien, como cualquier otro, del cual el acreedor podría disponer libremente, y porque además dicha cesión sería completamente neutra para el deudor.

Sin desconocer que el crédito es ciertamente un bien y que la cesión opera innegablemente la transferencia del mismo⁶⁷, no se puede ocultar que la cesión de crédito es, al mismo tiempo, una operación que tiene efectos muy importantes respecto de la relación obligatoria, la cual es

66 Es lo que debe entenderse de la redacción del nuevo artículo 1321 del *Code* en el que se dispone expresamente que la cesión puede realizarse “a título oneroso o gratuito”, como lo precisan algunos autores; véase JULIENNE, MAXIME. *Le régime général des obligations après la réforme*, París, LGDJ, 2017, n.º 154, pp. 102 y 103. Resulta interesante mencionar que el nuevo artículo 1614 del código civil y comercial de Argentina, que entró en vigor el 1.º de agosto de 2015 es bastante ilustrativo en este punto, ya que dispone: “Hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiera a la otra un derecho. Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien, o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las de este capítulo”.

67 Sobre este aspecto volveremos, cuando nos detengamos en las importantes precisiones hechas por el legislador francés al regular los aspectos contractuales de la cesión: véase *infra* II.A.2.

esencialmente un vínculo jurídico. Por esta razón es indispensable reconocer que, además de la transferencia de un bien –el crédito–, la cesión modifica un vínculo jurídico –la obligación–, y esto por un cambio de sujeto activo –el acreedor–⁶⁸. Igualmente, hay que poner de presente que dicha modificación tiene lugar sin el consentimiento del sujeto pasivo, lo que justifica que se reconozca que el deudor del crédito cedido merece una protección especial.

Aunque el legislador francés no afirma expresamente la naturaleza modificativa de la cesión de crédito⁶⁹, sí admite que esta tiene implicaciones importantes para el deudor. Además, es interesante resaltar que en algunos de los proyectos europeos que tratan del tema, sin llegar a referirse expresamente a la “modificación de la obligación”, se reco-

68 RIANO SAAD. *La cession de créance en droit français et en droit colombien*, cit., esp. n.º 119 ss., pp. 109 ss. Otros autores, en derecho colombiano, reconocen o ponen de relieve el carácter modificativo de la cesión de crédito; véase CAMACHO LÓPEZ, MARÍA ELISA. *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 553: “Esta independencia (de la cesión de crédito) no se observa únicamente en su ubicación, mucho más exacta a nuestro juicio dentro de las modificaciones o vicisitudes de las obligaciones, y no dentro del tipo contractual de la compraventa o en cualquier otro tipo contractual, sino en una mejor comprensión de su naturaleza jurídica y de todas las posibles funciones que puede cumplir, adicionales a la transferencia del crédito, por ejemplo servir de garantía, como fuente de pago, entre otras”. Algunos autores en derecho francés también se mostraban favorables al análisis de la cesión de créditos como un mecanismo que modificaba una relación obligatoria; véase SÉRIAUX, ALAIN. *Droit des obligations*, 2.ª ed., París, PUF, 1998, n.º 168, pp. 613-614: “Una tercera persona, quien hasta aquí no tenía nada que ver con el vínculo obligatorio, puede entonces tomar el derecho del acreedor y hacerlo valer enseguida en contra del deudor. Es esto (y solamente esto) lo que podemos denominar con justa razón una transmisión del vínculo obligatorio. Ella opera incontestablemente una cierta modificación del vínculo original puesto que el deudor no se encontrará obligado respecto del mismo acreedor” (trad. libre).

69 Además, es interesante señalar que en algunos de los anteproyectos de reforma, como en la versión presentada por la Cancillería en octubre de 2013, la cesión hacía parte de un capítulo titulado “Modificaciones de las obligaciones”. A nuestro juicio, esto muestra que la idea del carácter modificativo de la cesión de crédito tenía cierta acogida por parte de los redactores del proyecto.

noce que la cesión de crédito opera un cambio en la parte activa de la relación obligatoria⁷⁰.

¿Por qué creemos que es fundamental reconocer la naturaleza modificativa de la cesión del crédito? Porque solamente a partir de dicho reconocimiento es posible entender la importancia de proteger al deudor del crédito cedido, a través de diferentes medidas, como la exigencia de la notificación de la cesión o la de su aceptación. Por esta razón, aunque el legislador francés suprimió estas formalidades para la eficacia de la cesión frente a terceros⁷¹, no dispuso lo mismo respecto del deudor del crédito cedido. En efecto, el primer inciso del nuevo artículo 1324 del código civil francés es claro al prescribir que la cesión solamente produce efectos frente al deudor a partir de la notificación o del momento en que dicho deudor reconoce la realización de la cesión. Esto conforta la idea de que el deudor tiene una calidad especial, y de que resulta imperioso vincularlo oficialmente al cesionario. Solamente en la medida en que el deudor tenga un conocimiento inequívoco de la cesión podrá garantizársele una protección adecuada. Por lo tanto, creemos que un simple conocimiento de la cesión por el deudor, sin una debida notificación, no sería suficiente para considerar la eficacia de la cesión respecto de él⁷².

70 Por ejemplo, en los Principios Contractuales Comunes, Proyecto de Marco Común de Referencia, el capítulo 11 se titula “Del cambio de las partes”, y reagrupa tres operaciones: la cesión de crédito (sec. i), la sustitución del deudor (sec. ii) y la cesión del contrato (sec. iii). Algunos justifican este tratamiento conjunto en el hecho de que las tres operaciones tienen como consecuencia el cambio de alguna de las partes en una relación jurídica: *Principes contractuels communs*, Projet de Cadre Commun de Référence, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Société de législation comparée, vol. 7, 2008.

71 De acuerdo con el primer inciso del nuevo artículo 1324 del *Code*: “La cesión solamente es oponible al deudor, salvo que haya dado su consentimiento, cuando le haya sido notificada o cuando la haya reconocido”.

72 Véase *infra* II.B.2.

Otra disposición que pone en evidencia la necesidad de proteger al deudor, idea que a nuestro juicio guía el espíritu de la reforma, es aquella que consagra expresamente que en caso de que la cesión ocasione gastos adicionales al deudor, tanto el cedente como el cesionario son deudores solidarios por dichos gastos⁷³. Se trata además de una tendencia existente en derecho europeo⁷⁴ y en derecho internacional⁷⁵.

Esta regla se explica por la necesidad de proteger al deudor teniendo en cuenta que el vínculo obligacional se ha modificado sin su consentimiento. Aunque, a nuestro

73 Véase el inciso final del artículo 1324 del *Code*.

74 Los Principios del Derecho Europeo de Contratos prevén algunas disposiciones relativas al reembolso de los gastos suplementarios en favor del deudor. Según el artículo 11:103, el cedente está obligado a asumir los gastos adicionales en los que incurra el deudor en caso de una cesión parcial del crédito. Igualmente, en el artículo 11:306, relativo al lugar de ejecución del crédito cedido, se precisa que cuando la obligación recae sobre una suma de dinero, el cesionario puede exigir el pago en cualquier ciudad del mismo país, o si se trata de un país miembro de la Unión Europea, en cualquier Estado de dicha Unión. En todos los casos, el cedente debe reembolsar al deudor si, por el hecho de dicha modificación, incurre en gastos adicionales. Esta disposición prevé también que en caso de una obligación que no sea dineraria, el cesionario no puede exigir la ejecución en otro lugar que el acordado entre el deudor y su acreedor original. Sin embargo, a diferencia de los Principios Unidroit, los gastos adicionales en los que incurra el deudor estarán a cargo del cedente, lo que podría resultar menos favorable para el deudor en la medida en que dicho deudor no podrá invocar por ejemplo la compensación a efectos de lograr el reembolso de los gastos suplementarios.

75 Por ejemplo, en lo concerniente a los créditos monetarios, el artículo 9.1.8 de los Principios Unidroit se pronuncia en favor del reembolso de los gastos adicionales en los que incurra el deudor por el hecho de la cesión; véase XIEGAND y ZELLWEGE-GUTKNECHT. "Cession", *Principes de Unidroit, nouvelles évolutions et applications*, Supplément spécial 2005, *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, p. 40. Esta disposición prevé que el deudor puede solicitar el reembolso de dichos gastos tanto al cedente como al cesionario. Los autores remarcan que en el caso de una obligación monetaria el deudor estará en la capacidad de compensar su crédito de reembolso con el crédito objeto de la cesión. Los autores reconocen que el campo de aplicación de dicha disposición será sobre todo el de las cesiones parciales de un crédito en la medida en que el deudor, al verse obligado a realizar varios pagos parciales, podrá incurrir en gastos adicionales, lo que guarda relación con lo previsto en el artículo 9.1.4 de los mismos Principios.

juicio, en derecho colombiano podríamos llegar a la misma conclusión partiendo del reconocimiento de una regla general según la cual el deudor no debe verse perjudicado por la cesión, una disposición expresa en ese sentido sería útil y serviría para reafirmar la idea de que la situación del deudor de un crédito cedido debe estar regida por la regla del *favor debitoris*⁷⁶. El sentido de la norma debería ser el mismo adoptado por el legislador francés en cuanto a la consagración de la solidaridad entre el cedente y el cesionario y la carga definitiva para el cesionario, salvo estipulación en contrario. La solidaridad garantiza una protección reforzada en favor del deudor ya que le permite invocar la compensación contra el cesionario, respecto del crédito mismo objeto de la cesión.

Igualmente, el tratamiento relativo a las excepciones oponibles por el deudor del crédito cedido al cesionario es un aspecto fundamental en el que el legislador colombiano podría apoyarse de manera importante en la reciente reforma del derecho francés.

Recordemos que en nuestro código civil no se tiene ninguna disposición general relativa a esta cuestión. En efecto, solamente existe una regla particular en materia de compensación prevista en el artículo 1718 del código civil. Dicha disposición precisa que en caso de que el deudor acepte la cesión, sin hacer ninguna reserva, “no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente”; precisando también que “si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de

76 Algunos autores se refieren efectivamente a la necesidad de tener en cuenta esta regla general para garantizar una protección adecuada del deudor del crédito cedido; véanse CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos*, cit., p. 223; HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., nota 81, p. 423.

la notificación". Algunos autores consideran la posibilidad de extender la exigencia de la reserva prevista en materia de compensación a todas las excepciones oponibles por el deudor⁷⁷.

Es cierto que alguna parte de la doctrina⁷⁸, sirviéndose de la distinción entre excepciones reales y excepciones personales utilizada en materia de fianza⁷⁹ o incluso de las obligaciones solidarias⁸⁰, considera pertinente su trasposición al ámbito de la cesión de crédito. Además, para llegar a dicha conclusión se apoyan en el artículo 1964 del código civil, más precisamente en el aparte en el que el legislador, después de haber precisado que la cesión traspasa las fianzas, hipotecas y cauciones, dispone que "no traspasa las excepciones personales del cedente". Para ellos, al referirse a las "excepciones personales del cedente", el legislador habría querido significar que el deudor pierde la posibilidad de oponer al cesionario las excepciones personales que hubiera podido oponer al cedente, entendiendo por estas aquellos medios de defensa derivados de las relaciones puramente personales entre el cedente y el deudor, por ejemplo, la compensación o confusión. Sin embargo, habría otras excepciones, las reales, que podrían ser invocadas por el deudor contra el cesionario, y que serían aquellas inhe-

77 HINESTROSA, *ibid.*, n.º 343, p. 442; PÉREZ-VIVES, ÁLVARO. *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, II, cit., n.º 483, pp. 305-306.

78 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., n.º 344-346, pp. 442-444.

79 El artículo 2380 del código colombiano se refiere, al regular las excepciones del fiador, a la distinción entre las excepciones personales y las excepciones reales. Por su parte, el artículo 2404 del mismo cuerpo normativo dispone que "Los cofiadores no podrán oponer al que ha pagado, las excepciones puramente personales del deudor principal".

80 Por ejemplo, el artículo 1577 del código colombiano reconoce la posibilidad para el deudor solidario, cuando es demandado, de oponer "todas las excepciones que deriven de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas", para indicar a continuación que "no puede oponer, por vía de compensación, el crédito de un codeudor solidario contra el demandante, si el codeudor solidario no le ha cedido su derecho".

rentes al crédito mismo, como la prescripción o la nulidad del acto que haya dado origen al mismo.

Por nuestra parte, consideramos que los artículos 1718 y 1964 del código civil no permiten establecer un régimen general y sobre todo pertinente en materia de excepciones oponibles por el deudor de un crédito cedido. Además, el hecho de afirmar que el deudor tiene la carga de hacer la reserva de las excepciones en caso de aceptar la cesión, para poder invocarlas posteriormente contra el cesionario, con fundamento en el citado artículo 1718, nos parece poco protector del deudor. En todo caso, por ser una regla excepcional que agrava su situación, el artículo 1718 del código civil debería ser de interpretación restrictiva⁸¹.

Por lo anterior, consideramos que es necesario que nuestro legislador, en caso de una futura reforma del mecanismo de la cesión de crédito, se pronuncie expresamente respecto del régimen de las excepciones oponibles por el deudor al cesionario del crédito. A nuestro juicio, este es un aspecto fundamental que tiene que ver principalmente con la protección del deudor del crédito cedido más que con la naturaleza traslativa de la cesión de crédito⁸².

Así, entendiendo de manera general por excepciones los medios de defensa que puede oponer el deudor a su acreedor para negarse a realizar el pago de la prestación debida, sea parcialmente, sea totalmente, el legislador colombiano

81 TAMAYO LOMBANA. *Manual de obligaciones*, cit., n.º 293, pp. 498-499; VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, cit., n.º 545, pp. 1027-1028.

82 Sin embargo, la doctrina mayoritaria parece entender que la regla de la oponibilidad de las excepciones por el deudor al cesionario se explica por la naturaleza traslativa de la cesión. Específicamente, los autores consideran que, así como la cesión transfiere el crédito con todas sus cualidades, también transfiere los vicios, dentro de los cuales se encontrarían principalmente las excepciones: TAMAYO LOMBANA. *Manual de obligaciones*, cit., n.º 294, p. 499; GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, cit., n.º 135, p. 168; ACEVEDO REHBEIN, ALBERTO. *La cesión de créditos y las cláusulas de mejores esfuerzos en el derecho comparado*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, p. 63.

podría reconocer, como lo hizo el francés⁸³, la existencia de dos regímenes diferentes. Un primer grupo de excepciones estaría conformado por aquellos medios de defensa que el deudor podría invocar contra el cesionario independientemente del momento a partir del cual la cesión le es oponible. Esto debido a que la eficacia de dichas excepciones no depende de la calidad de acreedor. Un ejemplo sería la excepción de nulidad del acto que da origen al crédito cedido. Por el contrario, el segundo grupo estaría integrado por las excepciones para cuya oponibilidad sí habría que tener en cuenta el momento a partir del cual la cesión empezaría a producir efectos respecto del deudor, precisamente porque en este caso la calidad de acreedor resulta fundamental. El pago o la remisión de deuda harían parte de este segundo grupo. Dichas excepciones solo serán eficaces en la medida en que el deudor se haya entendido con quien ostentaba la calidad de acreedor, al menos de manera aparente⁸⁴.

Aunque el régimen que podríamos considerar dualista en materia de oponibilidad de las excepciones consagrado recientemente en la reforma francesa nos parece pertinente, nos apartamos de las calificaciones adoptadas por el legislador francés para identificar cada uno de estos dos grupos de excepciones. De acuerdo con el nuevo artículo 1324 del código francés, podemos distinguir entre las excepciones inherentes a la deuda y aquellas que tienen origen en las relaciones del cedido con el cedente. Dichas calificaciones nos parecen criticables en la medida en que todas las excepciones, de una u otra manera, se originan en una relación personal entre las partes⁸⁵.

83 Véase el nuevo artículo 1324 del *Code civil*.

84 Véase, en ese sentido, el artículo 1634 del código colombiano.

85 Véanse, por ejemplo, las críticas de un autor francés respecto de dicha denominación: DANOS, FRÉDÉRIC. "La notion d'exception inhérente à la dette en matière de cession de créance", *RLDC*, 2010, p. 9: "Estas dificultades se comprenden fácilmente, puesto que las expresiones excepciones inherentes a la deuda

Igualmente, debería tenerse en cuenta, como lo hizo el legislador francés, el caso especial de la cesión de un crédito que tiene su origen en un contrato bilateral, a efectos de prever expresamente la suerte de la excepción de incumplimiento en favor del deudor del crédito cedido. Este era un aspecto bastante controvertido en derecho francés, lo cual explica la decisión del legislador de pronunciarse al respecto con el fin de prever expresamente que el deudor puede oponer al cesionario la excepción de incumplimiento, con independencia de la determinación del momento a partir del cual la cesión le es oponible⁸⁶.

En derecho colombiano, como tuvimos la oportunidad de precisarlo, no existe ninguna disposición específica al respecto, y la doctrina se encuentra dividida sobre la cuestión⁸⁷. Ante dicha incertidumbre, y en caso de una eventual reforma de la cesión de crédito en derecho colombiano, sería pertinente un pronunciamiento sobre el punto. Por nuestra parte, compartimos plenamente la solución consagrada en la reforma francesa, ya que de lo contrario podría verse alterado el equilibrio de la relación contractual entre el cedente y el deudor del crédito cedido. Exigir que el deudor cumpla la prestación a favor del cesionario pese al incumplimiento por parte de su cocontratante –cedente del crédito, pero no de su posición contractual– sería pretender la ejecución de una prestación carente de justificación en la medida en que

nacen igualmente de las relaciones personales del deudor con el acreedor. El crédito reposa sobre un vínculo obligatorio, un vínculo personal entre un acreedor y un deudor; las excepciones inherentes a la deuda, que se explican por la 'naturaleza del crédito', son también, en consecuencia, excepciones personales" (trad. libre).

86 De acuerdo con lo previsto expresamente en el nuevo artículo 1323 del *Code civil*, la excepción de incumplimiento es aprehendida como una excepción inherente a la deuda, al igual que las excepciones de nulidad, resolución o incluso la compensación de deudas conexas. Por esta razón, para la oponibilidad de la misma sería indiferente el momento de oponibilidad de la cesión al deudor del crédito cedido.

87 Véase *supra* I.A.

se trata de una prestación correlativa a aquella que corresponde al cocontratante, cedente del crédito.

Otro aspecto sobre el cual creemos que el derecho francés podría ser de utilidad en caso de una futura reforma de la cesión de crédito en derecho colombiano es el relativo a las cláusulas de incesibilidad del crédito. Es cierto que la reciente ley de garantías mobiliarias reconoce implícitamente la validez de dichas cláusulas al disponer que tanto el cedente como el cesionario podrían ser responsables por los perjuicios que se le causen al deudor en caso de realización de una cesión en desconocimiento de una estipulación en ese sentido⁸⁸. Sin embargo, en derecho común no existe ninguna regla al respecto. Además, como tuvimos la ocasión de mencionarlo, son muy pocos los autores colombianos que se pronuncian sobre este punto y sus posiciones difieren notablemente⁸⁹.

Por lo anterior, creemos que el legislador colombiano debería admitir, como lo hizo el legislador francés recientemente, la validez de las restricciones convencionales a la libre cesibilidad del crédito. A nuestro juicio, para afirmar la validez de dichas estipulaciones hay que entender que el objetivo de las mismas no es restringir la libre disponibilidad del derecho de crédito en cuanto bien incorporal, sino prohibir al acreedor que modifique de manera unilateral la relación obligatoria. En consecuencia, para resolver la cuestión relativa a la validez de las cláusulas de incesibilidad, partir de la supuesta confrontación entre los principios de libertad contractual y libre disposición de los bienes parece poco pertinente⁹⁰.

88 Véase el artículo 26 de la Ley 1676 del 20 de agosto de 2013 sobre las garantías mobiliarias.

89 Véase *supra* I.A.

90 RIANO SAAD. *La cession de créance en droit français et en droit colombien*, cit., n.º 443 ss., pp. 327 ss. Algunos autores franceses se pronuncian en el mismo

Si bien la iniciativa francesa es loable por el hecho de consagrar la validez de las cláusulas de incesibilidad, creemos que el legislador fue tímido al momento de pronunciarse sobre el régimen de las mismas. Teniendo en cuenta la redacción de la norma, y como lo veremos al momento de analizar los límites de la reforma francesa, no hay certeza respecto de las consecuencias en caso de realización de una cesión en desconocimiento de una cláusula de incesibilidad. Por ahora debemos simplemente insistir en que el legislador colombiano debería seguir el ejemplo de su homólogo francés y pronunciarse a favor de la validez de las cláusulas de incesibilidad. Se trata además de la tendencia existente tanto en derecho europeo⁹¹ como en derecho internacional⁹². Esto se explica porque la cesión no es definitivamente un acto neutro para el deudor: es indiscutible el interés que este puede tener en establecer restricciones a la libre cesibilidad del crédito. Se trata de una medida tendiente a protegerse de un cambio de acreedor que pueda agravarle su situación.

Además de la importancia de la reforma francesa al haber tratado la cesión desde el punto de vista del derecho de las obligaciones, también debemos destacar las ventajas de algunas precisiones hechas por el legislador francés, esta vez a partir del reconocimiento de la cesión como un contrato traslativo de un bien incorporal.

2. Las precisiones de la cesión en cuanto contrato traslativo de un bien incorporal

Al analizar las modificaciones hechas por el legislador francés en materia de cesión de crédito, y esta vez relacionadas con la naturaleza traslativa de la operación, dos aspectos

sentido, p. ej., JULIENNE, MAXIME. "Cession de créance: transfert d'un bien ou changement de créancier", *Dr. et pat.*, n.º 249, 2015, p. 72.

91 Véase el artículo 11:301 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

92 Véase el artículo 9.1.9 (2) de los Principios Unidroit.

principales deben ser destacados: el primer aspecto tiene que ver con los cambios adoptados en lo que concierne a la eficacia de la cesión entre las partes y los terceros (a); el segundo, con el objeto mismo de la cesión (b).

a. Eficacia de la cesión entre las partes y los terceros

Uno de los aspectos más discutidos en derecho francés con anterioridad a la reforma introducida por el decreto ley (*ordonnance*) de 2016 era el relativo a la transferencia del crédito entre las partes y a la oponibilidad de dicha transferencia a terceros. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1690 del Código Napoleón, aplicable a la cesión de crédito antes de la reforma, aunque la transferencia del crédito entre las partes tenía lugar por el simple acuerdo de voluntades entre el cedente y el cesionario, dicha transferencia solamente era oponible a terceros⁹³ a partir del momento de la aceptación del deudor en un acto auténtico o de la *signification*, es decir, de la notificación hecha por un auxiliar de la justicia. Esta distinción suscitaba muchas críticas. Algunos autores no dudaban en poner de relieve que era incoherente considerar que la transferencia del crédito tuviera lugar entre las partes desde el acuerdo de voluntades, pero que la misma no fuera eficaz respecto de terceros sino a partir del cumplimiento de las formalidades mencionadas.

Teniendo en cuenta esta dificultad, es acertado que en la reforma se haya dispuesto que la transferencia del crédito tiene lugar entre las partes, y es oponible a terceros, a partir

93 Entendiendo por estos, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias, aquellos que, "sin haber concurrido a la celebración del contrato de cesión, tienen interés en que el cedente continúe siendo acreedor". Entrarían en dicha categoría un cesionario concurrente o un acreedor del cedente; véanse, p. ej., Francia. Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 1985, *Bull. civ.* I, n.º 336; Francia. Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2014, *Bull. civ.* I, n.º 100.

del escrito necesario para la realización de la cesión⁹⁴. Se trata entonces de unificar el momento de la transferencia del crédito y aquel de su oponibilidad a terceros.

Esta decisión es el resultado de una ardua discusión en derecho francés acerca de la mejor manera de asegurar la oponibilidad de la cesión. Los autores se preguntaban si en el caso de la transferencia de créditos era posible garantizar una verdadera publicidad de la cesión, a través de la aceptación o de la *signification* de la cesión, por ejemplo, o incluso del registro público de la misma. Finalmente, y ante la imposibilidad de garantizar una verdadera publicidad, los autores de la reforma decidieron recurrir a una especie de formalismo de sustitución⁹⁵: la exigencia del escrito como condición de validez de la cesión sustituyó a las antiguas formalidades de la aceptación o de la *signification* de la cesión. Además, y esto es fundamental, el escrito no solamente sirve como requisito de validez del contrato de cesión, sino que al mismo tiempo permite determinar la oponibilidad de la transferencia a los terceros.

Si este punto nos parece fundamental en la reforma, la razón es que en el derecho colombiano la regulación respecto del momento de la transferencia del crédito entre las partes y su oponibilidad a terceros presenta la misma dificultad que se presentaba en derecho francés antes del decreto ley (*ordonnance*) de 2016. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 1959 del código civil colombiano, para que la cesión sea eficaz entre el cedente y el cesionario es necesario que

94 Véase el nuevo artículo 1323 del *Code civil*: “Entre las partes, la transferencia del crédito opera en el momento de la fecha del acto. / Es oponible a terceros desde ese momento. En caso de oposición, la prueba de la fecha incumbe al cesionario, quien puede acreditarla por cualquier medio. / Sin embargo, la transferencia de un crédito futuro no tiene lugar sino en el momento de su nacimiento, tanto entre las partes como respecto de terceros” (trad. libre).

95 DUPICHOT, PHILIPPE. “Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations”, *Dr. et. pat.*, n.º 246, 2015, p. 22.

el primero entregue al segundo el título en el que consta el crédito cedido. Sin embargo, la entrega de dicho título no es suficiente para que el cesionario se encuentre al abrigo de cualquier dificultad en caso de una doble cesión, por ejemplo, o para impedir que los acreedores del cedente puedan embargar el crédito⁹⁶. Para esto, el cesionario debe proceder a la notificación de la cesión al deudor del crédito cedido, o debe hacer que dicho deudor acepte la cesión tácita o expresamente. Aunque las formalidades exigidas por el legislador colombiano son más flexibles que las requeridas por el Código de Napoleón antes de la reforma, ya que no se necesita que la notificación sea hecha por un auxiliar de la justicia ni que la aceptación se realice en un acto auténtico, la utilidad de dichas formalidades resulta discutible⁹⁷. Es dudoso que dichas formalidades aseguren la publicidad de la transferencia del crédito⁹⁸.

La exigencia de la notificación de la cesión al deudor o de su aceptación para la oponibilidad de la transferencia del crédito a los terceros no se adecuaba con la regla general en materia de transferencia de bienes en derecho colombiano, conforme a la cual no existe disociación entre el momento de la transferencia del bien y la oponibilidad de dicha transferencia a los terceros.

96 En efecto, de acuerdo con el artículo 1963 del código colombiano, “No intervinendo la notificación o aceptación sobredichas podrá el deudor pagar al cedente, o embargarse el crédito por acreedores del cedente; y en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y terceros”. Véase, a propósito de esta regla, Colombia. Corte Suprema Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 1.º de diciembre de 2011, cit.

97 Véase *supra* i.B.

98 Véanse, respecto de las críticas al hecho de afirmar que las formalidades mencionadas cumplen una función de publicidad: GAUDEMET, EUGÈNE. *Théorie générale des obligations*, París, Dalloz, reed., 2004, p. 455; PLANIOL, MARCEL. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 4.ª ed., G. RIPERT y J. BOULANGER (eds.), París, LGDJ, 1952, n.º 1708, p. 575; BARREAU-SALIOU, CATHERINE-THÉRÈSE. *Les publicités légales. Information du public et preuve des actes*, París, LGDJ, 1990, n.º 5, p. 7; WINTGEN, ROBERT. *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, París, LGDJ, 2004, n.º 289, p. 251.

Por las razones expuestas, consideramos acertada la decisión del legislador francés en el sentido de disponer que la transferencia del crédito se produzca de manera simultánea respecto de las partes y frente a terceros a partir de la fecha del escrito exigido para la validez de la cesión. Esto no significa que para la eficacia de la cesión frente al deudor del crédito cedido no sea necesario que se le notifique dicha cesión o que este la reconozca. Lo anterior porque, a nuestro juicio, el tratamiento del deudor del crédito cedido debe ser especial, no debiendo ser tratado como un simple tercero⁹⁹. A nuestro entender, repetimos, la situación del deudor del crédito cedido debe ser analizada teniendo presente que dicho deudor es parte de una relación obligatoria que se ve modificada por una decisión unilateral del acreedor y que, por lo tanto, dicho deudor merece una protección especial¹⁰⁰.

En todo caso, la pregunta que debemos hacernos y que necesariamente deberá plantearse el legislador colombiano al momento de pensar en una reforma de la cesión de crédito se refiere a la formalidad pertinente para garantizar la transferencia del crédito entre las partes y, al mismo tiempo, su oponibilidad a los terceros. Recordemos que, de acuerdo con el régimen de derecho común, la formalidad requerida es la entrega del título en el que consta el crédito cedido¹⁰¹, además de la notificación de la cesión al deudor o su aceptación tácita o expresa. Contrariamente a estas exigencias, sabemos que en el derecho francés, y como resultado de la reforma, hoy en día es necesario y suficiente que la cesión se realice por escrito. Esto no solamente para

99 Véase *supra* I.A.

100 Véase *supra* II.A. Véase igualmente, para un desarrollo completo del tema, RIAÑO SAAD. *La cession de créance en droit français et en droit colombien*, cit., n.º 388 ss., pp. 292 ss.

101 Y, para el caso de que el crédito no conste en documento alguno, el legislador colombiano dispone la posibilidad de la creación de un documento para dichos fines: véase art. 1959 c.c.

la transferencia del crédito entre las partes, sino también para su oponibilidad a terceros.

Habría entonces que determinar si, en caso de una reforma en derecho colombiano, el legislador debería mantener la exigencia de la entrega del título más la notificación o la aceptación de la cesión por el deudor o si, por el contrario, debería seguir el ejemplo francés y exigir solamente el escrito como condición de validez de la cesión y al mismo tiempo como requisito para la oponibilidad de la transferencia a terceros.

Respecto de este punto creemos que la exigencia de un escrito con fecha y firma de las partes sería una formalidad más eficaz que la exigencia de la entrega del título prevista actualmente en derecho colombiano, e incluso que aquella relativa a la exigencia de un registro, formalidad prevista en la ley sobre garantías mobiliarias¹⁰². Dos razones principales explican nuestra posición.

La primera razón tiene que ver con el hecho de que la exigencia de un escrito con las precisiones indicadas cumple diversas funciones simultáneamente: la protección de las partes, la protección del deudor del crédito cedido –puesto que este podría exigir al cesionario la prueba y el alcance de la cesión, lo que el escrito permitiría verificar más fácil-

102 Pese a la redacción ambigua de los artículos 28 y siguientes de la Ley 1676 del 20 de agosto de 2013, todo parece indicar que la oponibilidad a los terceros de una cesión a título de garantía está condicionada a la inscripción de la cesión en el registro público creado para dichos fines. En efecto, el artículo 35 de la mencionada ley prevé: “Una garantía mobiliaria sobre otros bienes corporales o incorporeales, sean presentes o futuros y sus bienes derivados o atribuibles, que no hayan sido específicamente regulados en los artículos anteriores, será oponible frente a terceros por medio de su inscripción en el registro”. Al revisar las disposiciones relativas a la cesión de crédito en garantía es posible constatar que el legislador no se ocupa del tema de la oponibilidad a terceros, sino solamente de la eficacia de la cesión entre el garante y el acreedor garantizado, y de la eficacia de la cesión respecto del deudor del crédito cedido. Por esta razón, habría que concluir que el registro sería una condición de oponibilidad de la cesión de crédito en garantía.

mente— y también la protección de los terceros. Además, la exigencia del escrito resulta ser una formalidad relativamente fácil de cumplir, ya que no se requiere el carácter auténtico del mismo, por ejemplo.

La segunda razón tiene que ver con la dificultad para garantizar una verdadera publicidad de la transferencia del crédito, contrariamente a lo que sucede respecto de otros bienes, como los inmuebles, en los que dicha publicidad puede garantizarse por medio de la inscripción en un registro público. Algunos autores consideran que la exigencia de la notificación o la aceptación de la cesión por el deudor para la oponibilidad de la operación frente a terceros se justificaría porque dicho deudor garantizaría una especie de publicidad de la cesión¹⁰³. Sin embargo, dicha postura nos parece criticable. Pensemos, por ejemplo, en el caso en que el deudor reciba varias notificaciones de cesiones de crédito diferentes: ¿habría que concluir que el deudor tiene una obligación de información¹⁰⁴ a efectos de determinar cuál de las notificaciones debería prevalecer? Una respuesta positiva agravaría considerablemente su situación, y es a lo que nos conduciría el hecho de considerar que el deu-

103 En Francia, antes de la reforma, algunos autores llegaban a afirmar que el deudor cumplía el rol de un cuasi-conservador de hipotecas; véanse, al respecto: MALAURIE, PHILIPPE; AYNÈS, LAURENT y STOFFEL-MUNCK, PHILIPPE. *Droit des obligations*, 8.ª ed., París, LGDJ, 2016, n.º 1416, p. 801; BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL y SAIGNAT, LÉON. *Traité théorique et pratique du droit civil*, t. XIX, *De la vente et de l'échange*, 3.ª ed., 1908, n.º 767, pp. 811 ss. Y, en derecho colombiano, véanse: HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., n.º 335, p. 435, nota 104; CASTRO de CIFUENTES. “Transmisión singular de créditos”, cit., p. 75.

104 En derecho francés algunos autores son favorables a dicha obligación a cargo del deudor; cfr. HOCQUET-DE LAJARTRE, ANNE-SOPHIE. “La protection du débiteur cédé dans la cession Dailly”, *RTD com.* 1996, n.º 16; LARROUMET, CHRISTIAN. *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, tesis, Bordeaux, 1968, t. I, n.º 41, p. 79.

dor está llamado a cumplir una función de publicidad en materia de cesión de crédito¹⁰⁵.

Respecto de la eventual oponibilidad condicionada a un registro de la operación¹⁰⁶, se trata de una solución que no está exenta de motivos de crítica. En primer lugar, dicho registro no garantizaría necesariamente la información del deudor, y sabemos que la notificación al deudor es fundamental para garantizarle una protección adecuada¹⁰⁷. Así, el sistema resultaría más costoso, porque, además de la inscripción en el registro, habría que pensar en el costo de la notificación al deudor del crédito cedido. En segundo lugar, podemos constatar otra dificultad en la aplicación de dicho sistema: entre el momento de consulta del estado del crédito en el registro y el momento de celebración de la cesión, es posible que el crédito deje de existir. El carácter efímero o temporal del crédito disminuye la eficacia del sistema de oponibilidad basado en el registro de la cesión.

Además, la unificación del momento de la transferencia del crédito entre las partes y del de su eficacia respecto de terceros, como lo dispuso el legislador francés en la reforma de 2016, tiene una consecuencia práctica muy importante en caso de conflicto entre cesionarios concurrentes. Se trata de la posibilidad para el cesionario que haya celebrado una primera cesión, pero que no haya procedido a notificar la misma al deudor, de reclamar a un eventual segundo ce-

105 Véase, de manera general, respecto del debate sobre esta cuestión, RIAÑO SAAD. *La cession de créance en droit français et en droit colombien*, cit., n.º 417 ss., pp. 311 ss.

106 Se trata de un sistema consagrado por el Código Comercial Uniforme (ucc) de Estados Unidos y reconocido igualmente en la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional.

107 Es lo que prevé en derecho colombiano, en los artículos 28 y 29 de la Ley 1676 del 20 de agosto de 2013 en materia de garantías mobiliarias. El artículo 9-406 del Código Comercial Uniforme dispone igualmente que la publicación de la garantía no dispensa al acreedor de notificar la cesión al deudor. Los artículos 15 y 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional prevén una solución idéntica.

sionario, que ha procedido a notificar primero al deudor, el pago que dicho deudor ha realizado en sus manos¹⁰⁸.

Esta solución se justifica plenamente en la medida en que, de acuerdo con el nuevo artículo 1323 del código francés, la transferencia del crédito entre las partes y su oponibilidad a terceros tienen lugar a partir del acto de cesión. Entonces, es el primer cesionario quien tendrá efectivamente derecho sobre el crédito cedido, y esto con independencia de que un cedente deshonesto haya realizado una segunda cesión, y de que el segundo cesionario haya procedido a la notificación del deudor con anterioridad al primero¹⁰⁹. Creemos que con esta disposición el legislador francés consagra expresamente la posibilidad de reivindicación sobre un derecho de crédito. Esta regla se explica por la unificación del efecto traslativo entre las partes y los terceros, y por la exigencia de una notificación al deudor del crédito cedido para que la cesión surta efectos respecto de él.

Aunque *a priori* esta solución pueda parecer extraña en derecho colombiano, en la medida en que la reivindicación se entendería reservada para los bienes corporales¹¹⁰, nuestro legislador consagra una solución similar en materia de cesión de crédito en garantía. En efecto, el artículo 29 de la Ley 1676 de 2013 dispone:

De ser notificada al deudor del crédito más de una cesión en garantía o garantía mobiliaria sobre el mismo crédito, deberá efectuar el pago de conformidad con las instrucciones enun-

108 Es la solución prevista en el nuevo artículo 1325 del *Code*: “El concurso entre cesionarios sucesivos de un crédito se resuelve en favor del primero que haya celebrado la cesión; él dispone de un recurso contra quien el deudor haya hecho un pago” (trad. libre).

109 El segundo cesionario podrá efectivamente comprometer la responsabilidad del cedente por haber cedido un crédito inexistente, por ejemplo, y esto con fundamento en la garantía prevista en el artículo 1326 del *Code civil*.

110 En efecto, el primer inciso del artículo 947 del código colombiano dispone: “Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles”.

ciadas en la primera notificación recibida. *Quedan a salvo cualesquiera derechos, acciones o excepciones correspondientes a otros acreedores garantizados o cesionarios en contra del primer ejecutante, destinados a hacer efectivo el orden de prelación establecido en la presente ley.* (El resaltado es nuestro).

Independientemente del carácter liberatorio del pago hecho por el deudor del crédito cedido en manos del cesionario que haya realizado la primera notificación, el legislador precisa que aquel acreedor o cesionario de mejor derecho, por haber celebrado un contrato de cesión con anterioridad, podrá ejercer un recurso contra quien recibió el pago sin tener derecho a ello. Creemos que con esta disposición el legislador reconoce claramente la posibilidad de ejercer una especie de reivindicación del derecho de crédito, bajo el entendido de que, de alguna manera, el derecho de crédito se prolonga en la suma de dinero correspondiente al pago hecho por el deudor al acreedor aparente¹¹¹.

Dejando de lado las anteriores observaciones acerca de las ventajas del régimen de transferencia del crédito entre las partes, su oponibilidad a terceros y su eficacia frente al deudor del crédito cedido, la reforma francesa también podría ser interesante para el derecho colombiano en lo concerniente a algunas precisiones sobre el objeto mismo de la cesión.

b. Precisiones respecto del objeto de la cesión

Pese a la inexistencia de reglas particulares, la doctrina francesa admitía sin mayor dificultad la posibilidad no so-

111 Véase, a propósito del alcance de dicha regla en derecho francés: JULIENNE. *Le régime général des obligations après la réforme*, cit., n.º 173, pp. 112 y 113; DESHAYES, OLIVIER; GENICÓN, THOMAS y LAITHIER, YVES-MARIE. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, París, LexisNexis, 2016, art. 1325, p. 652.

lamente de ceder créditos futuros¹¹² sino también de ceder parcialmente un crédito¹¹³. Sin embargo, el legislador francés reconoció expresamente, en la reforma de 2016, la validez de las cesiones de créditos futuros¹¹⁴ y de las cesiones parciales de un crédito¹¹⁵. Aunque creemos que el legislador francés debió prever algunas disposiciones más precisas respecto de este tipo de operaciones¹¹⁶, nos parece indiscutible la utilidad de la consagración de una regla general reconociendo de manera general su validez, y ello con el fin de despejar cualquier duda respecto de su viabilidad.

Pese a que en derecho colombiano la posibilidad de realizar una cesión parcial del crédito es admitida expresamente por algunos autores¹¹⁷, y la jurisprudencia también parece reconocerlo¹¹⁸, la consagración de una regla general en ese sentido sería en todo caso pertinente. Esto evitaría

112 SÉRIAUX. *Droit des obligations*, cit., n.º 169, p. 615; FLOUR, JACQUES; SAVAUX, ERIC y AUBERT, JEAN-LUC. *Droit civil. Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, 9.ª ed., París, Sirey, 2015, n.º 359, pp. 354-355.

113 PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES. *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Les obligations*, 2.ª ed., R. ESMEIN, J. RADOUANT y G. GABOLDE (eds.), París, LGDJ, 1954, n.º 1127, pp. 515-516; MALAURIE, AYNÈS y STOFFEL-MUNCK. *Droit des obligations*, cit., n.º 1421, p. 804; FLOUR, AUBERT y SAVAUX. *Droit civil. Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, cit., n.º 412, p. 401; MALINVAUD, PHILIPPE; FENOUILLET, DOMINIQUE y MEKKI, MUSTAPHA. *Droit des obligations*, 13.ª ed., París, LexisNexis, 2013, n.º 857, p. 688; FAGES, BERTRAND. *Droit des obligations*, 6.ª ed., París, LGDJ, 2016, n.º 546, pp. 459-460.

114 El inciso segundo del nuevo artículo 1321 del *Code* prevé, al establecer los tipos de créditos sobre los cuales puede recaer la cesión, que dichos créditos pueden ser “presentes o futuros”, “determinados o determinables”.

115 Véase, en ese sentido, el nuevo artículo 1321 del *Code*, en el que, al definir la cesión de crédito, el legislador dispone claramente que se trata de un contrato por medio del cual el acreedor cedente transfiere, a título oneroso o gratuito, “todo o parte de su crédito”.

116 Véase *infra* II.B.2.

117 VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, cit., n.º 632, p. 1122; CASTRO DE CIFUENTES. “Transmisión singular de créditos”, cit., n.º 7, pp. 80-81; HINES-TROSA. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., n.º 319, p. 423.

118 Véase, en ese sentido, Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 24 de febrero de 1975, GJ, t. CLI, n.º 2392, Parte I, M.P.: José M. Esguerra Samper, p. 45. Aunque el hecho de ver un caso de cesión parcial

importantes debates sobre la cuestión. En cuanto a la cesión de créditos futuros, la mayor parte de la doctrina no se pronuncia sobre el punto. Aunque algunos autores¹¹⁹ no cuestionan la validez de dicha operación con fundamento en los artículos 1518 y 1869 del código colombiano, los cuales consagran, respectivamente, la posibilidad de que las cosas que se espera que existan sean objeto de una declaración de voluntad y los efectos particulares de la venta de una cosa futura, la jurisprudencia civil¹²⁰ y la jurisprudencia administrativa¹²¹ parecen no estar de acuerdo sobre la cuestión. Mientras que la primera afirma la posibilidad de ceder créditos futuros, la segunda pareciera objetarla: el legislador, al exigir la entrega del título para la eficacia de la cesión entre el cedente y el cesionario, conforme con lo previsto en el artículo 1959 del código, rechazaría implícitamente la posibilidad de ceder un crédito futuro.

Por lo anterior, creemos que un pronunciamiento expreso por parte del legislador colombiano en el sentido de reconocer, de manera general, la validez de las cesiones futuras y parciales del crédito sería pertinente. Esto sin perjuicio de la necesidad de establecer algunas reglas tendientes a resolver problemáticas propias de estos tipos de cesión, como por ejemplo las relacionadas con la eficacia de dicha

en la hipótesis en la que el acreedor cede el capital y se reserva para sí los intereses no está exento de críticas.

- 119 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, 1, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., n.º 322, pp. 424-425.
- 120 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 1.º de diciembre de 2011, ref. 11001-31036035-2004-00428-01, cit., en donde la Corte parece entender que el pago del saldo de un precio constituye un “crédito futuro”. Y véase Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 24 de febrero de 1975, cit., en donde que la Corte da a entender que la cesión de los intereses de un crédito podría ser calificada de “cesión de un crédito futuro”.
- 121 Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. 26 de octubre de 2006, ref. 25000-23-27-000-2001-90932-01(15307), C.P.: María I. Ortiz Barbosa.

operación en el caso de un crédito futuro, o aquellas relativas a la necesidad de una especial protección del deudor en el caso de las cesiones parciales del crédito¹²².

Sin desconocer que la reforma francesa podría servir de inspiración para mejorar el régimen de la cesión de crédito en derecho colombiano, la misma no responde a todos los interrogantes que se suscitan en la materia. Por esta razón, resulta pertinente analizar los límites de dicha reforma.

B. Los límites de la reforma francesa

Pese a la utilidad para el derecho colombiano de las principales modificaciones aportadas a la cesión de crédito por el legislador francés, persisten aún algunos interrogantes, sea porque frente a una problemática en particular la respuesta del legislador es criticable (1), sea porque respecto de otras problemáticas simplemente omitió pronunciarse (2).

1. Crítica a la reforma

Uno de los aspectos criticables de la reforma, a nuestro juicio, tiene que ver con el hecho de haber conservado el mecanismo de la subrogación convencional *ex parte creditoris*¹²³ pese a que, en nuestro concepto, no se trata de una operación diferente a la cesión de crédito. Incluso, la pertinencia de mantener la subrogación convencional *ex*

122 Véase *infra* II.B.2.

123 Es importante precisar que en derecho francés existen dos tipos de subrogación convencional: la consentida por el acreedor o subrogación convencional *ex parte creditoris*, y aquella consentida por el deudor o subrogación convencional *ex parte debitoris*. Si bien es cierto que la hipótesis de subrogación convencional *ex parte debitoris* es reconocida en derecho colombiano, existe una diferencia fundamental entre los dos sistemas jurídicos: mientras que en derecho francés se trata de un tipo especial de subrogación convencional, el legislador colombiano la regula como un tipo de subrogación legal (se trata de la hipótesis consagrada en el numeral 6 del artículo 1668 del código civil).

parte creditoris se discutió, y en el anteproyecto de reforma propuesto por Terré se había efectivamente suprimido este tipo de subrogación¹²⁴, pero infortunadamente el decreto ley (*ordonnance*) de 2016 y la posterior ley de ratificación de abril de 2018 mantuvieron dicho mecanismo¹²⁵.

Para entender el alcance de esta crítica es preciso comenzar por recordar que, de acuerdo con una postura mayoritaria, la diferencia entre la cesión de crédito y la subrogación consentida por el acreedor se justificaría plenamente en la medida en que la subrogación tendría como fundamento un pago, lo que no ocurre en el caso de la cesión¹²⁶. Para reafirmar lo anterior, algunos autores precisan que la subrogación estaría guiada por un espíritu altruista mientras que la cesión de crédito se caracterizaría por su ánimo de especulación.

Aunque un estudio detallado sobre la subrogación convencional *ex parte creditoris*¹²⁷ excede los límites del presente trabajo, es indispensable hacer referencia, así sea de manera

124 En efecto, en el capítulo III de dicho anteproyecto, titulado “De la libération du débiteur”, solamente se hacía referencia a la subrogación legal; véase TERRÉ, FRANÇOIS (dir.). *Pour une réforme du régime général des obligations*, París, Dalloz, 2013.

125 La subrogación convencional *ex parte creditoris* se encuentra consagrada en el nuevo artículo 1346-1 del *Code civil*.

126 En derecho francés, véase AUCKENTHALER, FRANCK. “Le droit du subrogé aux intérêts de la créance”, *D.* 2000, p. 171, esp. 3; y, en derecho colombiano, véanse: CASTAÑEDA VARGAS, DEISY JHOANA y REYES PATINO, DIEGO ALONSO. *Análisis sustancial y procesal de las subrogaciones tramitadas ante los juzgados del distrito judicial de Bucaramanga durante los años 2002 a 2012*, Bucaramanga, Universidad Industrial de Santander, 2012, esp. p. 44; VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, cit., n.º 632, p. 1121: “En la cesión de créditos de ordinario hay un ánimo especulativo en que el tercero compra por menos valor el crédito, aspecto que no es del caso en la subrogación que suele hacerse con ánimo de beneficencia, de ayuda al acreedor original o al deudor”.

127 No sobra recordar que la subrogación convencional consentida por el acreedor es el único tipo de subrogación convencional reconocido por el legislador colombiano. Sin embargo, y teniendo en cuenta que en derecho francés es solamente uno de los tipos de subrogación convencional, es pertinente hacer la precisión.

general, a los posibles orígenes de dicha institución. Para comenzar, debemos señalar que, a pesar de la escasez de fuentes sobre esta cuestión, es probable que la consagración de este tipo particular de subrogación haya obedecido a una evolución asimétrica de la subrogación personal en el territorio francés, bajo el Antiguo Régimen¹²⁸. La subrogación personal fue fruto del redescubrimiento del Digesto por los glosadores medievales, pero su desarrollo no fue el mismo en las regiones del sur de Francia, en donde imperaba el derecho escrito, y en las regiones del norte de Francia, en las que imperaba un derecho consuetudinario. En aquellos lugares en donde imperaba el derecho escrito, por ejemplo, aunque el acreedor que había recibido el pago por parte del fiador estaba obligado a cederle sus derechos y acciones, en el artículo 81 de las *Coutumes de Toulouse* se exigía el requisito de un acto público. Por lo tanto, la transferencia de las acciones solo operaba por el acuerdo celebrado en el momento mismo del pago.

Por lo tanto, si el rasgo característico de la subrogación personal en el antiguo derecho francés era el carácter forzoso de la transferencia del crédito, es decir, una transferencia impuesta al acreedor, persistían dudas acerca de las condiciones precisas para su realización. Algunos argumentaban que la subrogación debía ser solicitada por el *solvens* y constatada por una convención, con independencia de la imposibilidad para el *accipiens* de negarse a hacerlo. Otros autores consideraban que era suficiente con que la subrogación se estableciera en el recibo de pago, sin necesidad de requerimiento alguno por parte del *solvens* ni de la constatación en una convención.

128 Véanse, para un desarrollo amplio sobre este aspecto: RIAÑO SAAD. *La cession de créance en droit français et en droit colombien*, cit., n.º 252 ss., pp. 200 ss.; LEPLAT, FRÉDÉRIC. *La transmission conventionnelle des créances*, tesis, Université Paris x Nanterre, 2001, n.º 45 ss., pp. 47-48.

Es probable, entonces, que la discusión acerca de la necesidad de una convención entre el *solvens* y el *accipiens* para que tuviera lugar la subrogación personal, independientemente de la exigencia de una solicitud por parte del *solvens*, haya propiciado la consagración de la subrogación convencional *ex parte creditoris* al lado de la subrogación legal. Sin embargo, no es posible afirmar con certeza que existiera un tipo de subrogación que tuviera lugar en hipótesis diferentes a aquellas en las que el pago era realizado por una persona que, sin estar obligada a asumir definitivamente la deuda, tuviera interés en la misma, es decir, en las hipótesis de subrogación legal reconocidas por el legislador.

Por lo expuesto, consideramos que la reforma hubiera podido ser la oportunidad para suprimir el mecanismo de la subrogación convencional *ex parte creditoris*. Más aún si tenemos en cuenta que, conforme con las nuevas disposiciones, se produjo un acercamiento importante entre los regímenes de este tipo de subrogación y de la cesión de crédito¹²⁹. Esto explica que, según algunos autores, la subrogación convencional *ex parte creditoris* podría perder interés en materia de *factoring*, por ejemplo, allí dicho mecanismo era utilizado, antes de la reforma de 2016, para evadir las formalidades de la cesión de crédito¹³⁰.

Además, en el informe de presentación del decreto ley (*ordonnance*) de 2016 podemos observar que la única razón invocada para justificar la conservación de la subrogación convencional *ex parte creditoris* pareciera ser de orden político: el deseo de no crear inseguridad jurídica frente a los profesionales que están acostumbrados a servirse de dicho

129 Un ejemplo es la nueva exigencia de la notificación al deudor para que la subrogación le sea oponible, prevista en el inciso primero del nuevo artículo 1346-5 del *Code civil*.

130 FRANÇOIS. *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations. Régime général*, cit., n.º 576, pp. 538-539; JULIENNE. *Le régime général des obligations après la réforme*, cit., n.º 206, pp. 130-131.

mecanismo para llevar a cabo las operaciones de *factoring*¹³¹. Dicho argumento nos parece insuficiente para mantener dos mecanismos que, a nuestro juicio, no difieren realmente. Por esta razón, y en caso de una eventual reforma en derecho colombiano, creemos que nuestro legislador debería suprimir la subrogación convencional.

Dejando de lado este aspecto criticable de la reforma, existen otros puntos sobre los cuales el legislador francés guardó silencio pese a que hubiera sido importante un pronunciamiento expreso al respecto. Por lo tanto, conviene detenerse en los olvidos de la reforma.

2. Vacíos de la reforma

Entre los principales olvidos de la reforma cabe señalar cuatro. El primero relativo a los efectos del simple conocimiento de la cesión por el deudor; el segundo concerniente a las consecuencias en caso de realización de una cesión en desconocimiento de una cláusula de incesibilidad; el tercero referido a algunas precisiones en materia de cesión de un crédito futuro y de cesión parcial de un crédito, y, finalmente, el relativo al alcance del retracto litigioso.

131 Véase 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 a 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/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539> (consultado el 1.º octubre de 2019), en el que se lee: “Teniendo en cuenta la generalización de la subrogación legal, habría sido posible pensar en suprimir la subrogación convencional *ex parte creditoris* (es decir, aquella por parte del acreedor), que parecería inútil. Sin embargo, las inquietudes formuladas por numerosos profesionales, que remarcaron la frecuencia del recurso a la subrogación convencional en la práctica negocial, principalmente en el ámbito de las técnicas de financiamiento como el *factoring*, justifican mantenerla, con el fin de no crear inseguridad jurídica” (trad. libre).

En cuanto al primer olvido, y pese a que la doctrina mayoritaria considera que tal y como está redactado el nuevo artículo 1324 del *Code* el simple conocimiento de la cesión por el deudor no sería suficiente para oponerle la cesión¹³², creemos que el legislador debió haber consagrado expresamente una regla en dicho sentido. Esto con el fin de garantizar una mayor protección del deudor, sobre todo porque para este es fundamental saber, de manera certera, a partir de qué momento va a quedar vinculado al cesionario. Esto explica la exigencia de una notificación o de un reconocimiento de la cesión por el deudor. Es precisamente a partir de este momento que el deudor habrá cambiado efectivamente de acreedor, y solo a partir del mismo podrá entenderse válidamente con el cesionario. Teniendo en cuenta que se trataba de un aspecto bastante discutido antes del decreto ley (*ordonnance*) de 2016, la reforma era la ocasión para disipar cualquier tipo de duda al respecto.

Otro punto sobre el cual creemos que el legislador francés debió haberse pronunciado, es el relativo a los efectos en caso de celebración de una cesión de crédito en desconocimiento de una cláusula de incesibilidad. Aunque debe exaltarse el que se haya reconocido la validez de las cláusulas restrictivas de la cesibilidad del crédito, es lamentable que no se haya precisado su régimen. Dicho silencio dará seguramente lugar a las más variadas interpretaciones.

Tal y como está redactado el nuevo artículo 1321 del *Code*, podría entenderse que la realización de una cesión de crédito en desconocimiento de una cláusula de incesibilidad daría lugar a la nulidad de la cesión. En efecto, el legislador dispone que “el consentimiento del deudor no se requiere, salvo que exista una cláusula de incesibilidad”, lo que daría

132 Recordemos que de acuerdo con la redacción del nuevo artículo 1324 del *Code*, la cesión “solamente es oponible al deudor, salvo si ya consintió, si le fue notificada o si la reconoció”.

a entender que sin dicho consentimiento la cesión no sería válida¹³³. Sin embargo, otras interpretaciones son igualmente posibles. Por ejemplo, algunos autores consideran que podría afirmarse la validez y la oponibilidad de la cesión al deudor en los casos en que el cesionario desconozca la existencia de la cláusula¹³⁴.

Por nuestra parte, consideramos que la solución más garantista de los diferentes intereses en juego sería la de reconocer la oponibilidad al deudor de la cesión realizada pese a la existencia de una cláusula de incesibilidad, pero solamente en caso de que el cesionario no haya tenido conocimiento de dicha estipulación. Al tratarse de una cláusula que genera una obligación de no hacer, más específicamente la obligación de no modificar de manera unilateral la relación obligatoria¹³⁵, su oponibilidad al cesionario debería establecerse en función de su buena o mala fe. En otros términos, será el conocimiento o no de la cláusula por parte

133 RAYMOND, SÉBASTIEN. “La cession de créance: le rôle du consentement du débiteur (Projet, art. 1332 et 1335)”, LATINA, MATHIAS y CHANTEPIE, GAËL (dirs.), *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Analyses et propositions*, París, Dalloz, 2015, p. 117. Esta regla se encontraba prevista en el artículo 136 del proyecto de reforma realizado bajo la dirección de François Terré, y los comentaristas eran partidarios de la sanción de nulidad; véanse, al respecto: ANDREU, LIONEL. “Les opérations translatives (cession de créance, cession de dette, cession de contrat)”, en TERRÉ, FRANÇOIS (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, París, Dalloz, 2013, p. 127; MEKKI, MUSTAPHA. “L’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”, *D.* 2016, p. 608, esp. n.° 32. Para una posición en favor de la nulidad, véase MIGNOT, MARC. “Commentaire article par article de l’ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ix)”, *LPA*, 26 avril 2016, esp. art. 1321.

134 DESHAYES, GENICÓN y LAITHIER. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., art. 1321, pp. 639 ss. Algunos consideran que la cesión debería ser, en todos los casos, inoponible al deudor, y esto independientemente del conocimiento de la cláusula por parte del cesionario; véase FRÉMEAUX, ÉLIANE y JULIENNE, MAXIME. “La circulation des obligations issues du contrat”, *JCP N*, 28 avril 2017, 1166, esp. n.° 17.

135 Véase *supra* II.A.

del cesionario lo que determinará la eficacia o ineficacia de la cesión respecto del deudor. Cuestiones diferentes serán las relativas a la responsabilidad contractual del cedente por incumplimiento de una obligación contractual y a la responsabilidad extracontractual del cesionario por haber sido cómplice en el incumplimiento de dicha obligación.

Por las razones expuestas, en caso de que el legislador colombiano decida modificar el régimen de la cesión de crédito, consideramos que debería disponer claramente que, en caso de realización de la cesión pese a la existencia de una cláusula de incesibilidad, la cesión sería inoponible al deudor, siempre y cuando el cesionario haya tenido conocimiento de la restricción convencional a la libre cesibilidad del crédito¹³⁶.

La sanción de inoponibilidad de la cesión al deudor condicionada al conocimiento de la cláusula por parte del cesionario –sin perjuicio de la responsabilidad que pueda recaer en cabeza del cedente por haber desconocido una obligación contractual– permite una mejor protección de todos los intereses en juego. Además, en los casos en que la cláusula de incesibilidad se encuentre en el título mismo que constata el crédito, el cual ha sido entregado al cesionario, debe presumirse el conocimiento de dicha estipulación por parte de este último, sin que pueda alegarse prueba en contrario. El cesionario de un crédito tiene en efecto la carga de verificar lo establecido en el título que constata el crédito que está adquiriendo.

Pero si el cesionario no tiene conocimiento de la cláusula de incesibilidad, no parece pertinente declarar la cesión inoponible al deudor, o incluso declararla nula. La razón

136 Es interesante recordar que el legislador colombiano, en materia de cesión de créditos en garantía, prevé expresamente la posibilidad de comprometer la responsabilidad del cedente de un crédito cuando dicha cesión se ha realizado pese a la existencia de una cláusula de incesibilidad: véase, en este sentido, el artículo 26 de la Ley 1676 de 2013 sobre garantías mobiliarias.

principal para inclinarnos por esta solución reside en el hecho de que el cesionario tiene razones legítimas para creer que el crédito es cedible. Recordemos que la regla es la libre cesibilidad de los créditos por parte del acreedor. De todas maneras, esto no impedirá, es importante reiterarlo, que el deudor pueda exigir el resarcimiento de los perjuicios por parte de su acreedor original, en razón precisamente del incumplimiento contractual por haber desconocido la estipulación de incesibilidad.

Ahora bien, si, en razón del conocimiento de la cláusula de incesibilidad por parte del cesionario, la cesión es finalmente inoponible al deudor, esto no significa que dicho cesionario quede completamente desprotegido: el mismo podría hacer efectiva contra el cedente la garantía de la existencia del crédito¹³⁷.

En cuanto al tercer olvido, creemos que el legislador francés debió hacer algunas precisiones indispensables tanto en materia de cesión de un crédito futuro como en el caso de la cesión parcial de un crédito.

Respecto de la cesión de un crédito futuro, el legislador omitió indicar no solamente lo que debía entenderse por dicho crédito sino también el criterio para resolver el eventual conflicto entre dos o más cesionarios concurrentes en esta hipótesis particular. En cuanto a lo primero, creemos que hubiera sido fundamental establecer lo que el legislador

137 Recordemos que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1965 del código colombiano, el cedente de un crédito garantiza su existencia al momento de la cesión. Pese a que la redacción de la norma podría dar lugar a una interpretación restrictiva, en el sentido de considerar que el cedente solamente debe responder por la existencia objetiva del crédito, la doctrina mayoritaria reconoce que dicha norma ha de interpretarse de manera más amplia. Esto significa entonces que el cedente debe responder no solamente por la existencia objetiva del crédito cedido, sino también por su validez y eficacia; cfr. CAMACHO LÓPEZ. *Cesión de créditos*, cit., pp. 482 ss., esp. p. 488; HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, t. I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., n.º 327, pp. 428-429; VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, cit., n.º 547, p. 1030.

entendía por “crédito futuro”, y ello debido a los grandes debates en torno a esta cuestión¹³⁸. Algunos autores dan a entender que para que un crédito sea futuro, el acto o contrato que lo origina debe por lo menos existir al momento de la cesión¹³⁹. Otros defienden una posición más amplia y afirman que se puede hablar de crédito futuro así el acto o contrato del cual dependerá su existencia no se haya aún celebrado en el momento de la cesión¹⁴⁰. Por esta razón sería importante, y pensando en una reforma del derecho colombiano, que se hicieran por el legislador algunas precisiones al respecto, consagrando expresamente la posibilidad de ceder un crédito aunque el acto que le dará origen no se haya celebrado al momento de la cesión. Sin embargo, sería fundamental que se señalara que el crédito objeto de la cesión debería estar determinado o ser determinable¹⁴¹. En lo concerniente a la resolución del conflicto entre dos cesionarios concurrentes de un crédito futuro, el nuevo artículo 1323 del *Code* dispone simplemente que “la transferencia de un crédito futuro solamente tendrá lugar el día de su nacimiento, tanto entre las partes como frente a terceros”. Sin embargo, para poder resolver el eventual conflicto entre dos cesionarios concurrentes sobre el mismo crédito no podría entenderse que los derechos del cesionario se consolidan solamente a partir de la existencia del crédito, ya que de ser así habría que concluir que todos obtienen un derecho

138 GHESTIN, JACQUES; BILLIAU, MARC y LOISEAU, GRÉGOIRE. *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, París, LGDJ, 2005, n.º 294, p. 311: estos autores afirman que si bien es posible admitir la cesión de un crédito futuro con base en el antiguo artículo 1130 del *Code*, esta norma no serviría para admitir la cesión de un crédito eventual.

139 AYNÈS, LAURENT. “Une discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie”, *D.* 2001, 3110.

140 FRANÇOIS. *Traité de droit civil. Les obligations*, t. IV, *Régime général*, cit., n.º 462, p. 455.

141 *Ibid.* ZENAIT-CASTAING, FRÉDÉRIC y REVET, THIERRY. *Cours de droit civil. Obligations, régime*, 2013, n.º 142, p. 259; FLOUR, SAVAUX y AUBERT. *Droit civil. Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, cit., n.º 359, p. 355

oponible al mismo tiempo. Debido a esta dificultad, la doctrina francesa propone una interpretación particular de la norma mencionada: aunque el efecto traslativo solamente se producirá en el momento del nacimiento del crédito, la cesión será oponible desde la fecha del acto. Así, el conflicto entre los diferentes causahabientes del cedente se resolverá en función de las fechas de los respectivos actos¹⁴². Por lo anterior, en caso de una reforma de la cesión de crédito en derecho colombiano sería importante, además de precisar lo que se entiende por “crédito futuro”, prever expresamente una disposición relativa al momento de oponibilidad de dicha cesión con el fin de resolver los conflictos entre titulares de derechos concurrentes sobre el mismo crédito.

Respecto de la cesión parcial del crédito, hubiera sido necesario prever una regla general según la cual su realización estaría condicionada a que el deudor no se viera afectado de manera importante por dicha operación. Recordemos que una de las grandes preocupaciones al admitir este tipo de operación, como se puede observar en algunos sistemas jurídicos¹⁴³ y en los diferentes instrumentos internacionales¹⁴⁴,

142 JULIENNE. *Le régime général des obligations après la réforme*, cit., n.º 171, p. 111; GIJSBERS, CHARLES. “Le nouveau visage de la cession de créance”, *Dr. et pat.*, n.º 260, 2016, p. 54.

143 En algunos ordenamientos jurídicos la cesión parcial requiere el consentimiento del deudor del crédito cedido; así por ejemplo, en el derecho de Luisiana. Véase, a este propósito, NEUMAYER, KARL HEINZ. “La transmission des obligations en droit comparé”, en *La transmission des obligations*, Travaux des 10^e Journées d’études juridiques Jean Dabin, Centre de Droit des Obligations, Bruselas, LGDJ, 1980, n.º 3, p. 199. Algunos ordenamientos jurídicos prohíben incluso la cesión parcial del crédito, como el derecho inglés, aunque este tipo de cesión sea admitido en *equity*; véase PAPANDRÉOU-DETERVILLE, MARIE-FRANCE. *Le droit anglais des biens*, París, LGDJ, 2004, n.º 360, p. 224, nota 312.

144 Por ejemplo, los comentaristas del artículo 11:103 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos señalan que “desde el punto de vista del deudor, una cesión parcial presenta el inconveniente de exponerlo a los gastos e inconvenientes de múltiples demandas. En la práctica, es poco probable que un acreedor haga más que un pequeño número de cesiones, pero si el deudor debe realizar gastos suplementarios, el presente artículo le reconoce

es la de no agravar la situación del deudor. En efecto, una cesión parcial del crédito puede ocasionar diferentes dificultades al deudor. Por ejemplo, desde un punto de vista que podríamos llamar administrativo, para el deudor no será lo mismo realizar uno o varios pagos, en razón precisamente

el derecho de recobrarlos al cedente. Igualmente, el deudor puede compensarlos con una deuda del cedente, bajo el fundamento del capítulo 14 [...] Un riesgo más probable, y en cierta medida más grave, ocurre cuando el crédito cedido se someta a litigio, caso en el cual el deudor, habiéndose defendido en un primer proceso, estará obligado a enfrentar otro proceso con el riesgo de someterse a decisiones contradictorias. La protección del deudor en estas hipótesis consiste en el derecho del procedimiento aplicable". *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. ROUHETTE, avec le concours de I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et Cl. WITZ, cit., pp. 456 ss.; trad. libre. Además, en los antecedentes de los Principios Unidroit se puede ver claramente que la validez de una cesión parcial del crédito no era admitida de manera unánime. El temor por la agravación de la situación del deudor explica que algunos autores hayan manifestado sus reservas al respecto. Para estos efectos, véase principalmente el debate en torno al artículo 3 de los trabajos preparatorios que dieron lugar a la regulación actual: Unidroit 2001, Study L-Misc. 23, Summary records of meeting held in Rome from 4 to 5 June 2001, p. 27, disponible en: <http://www.unidroit.org/english/documents/2001/study50/s-50-misc23-e.pdf> (consultado el 3 de octubre de 2019). Más precisamente, es pertinente revisar los comentarios de Di Majo, para quien "*the second alternative envisaged in paragraph 2 should apply also to partial assignment of monetary obligations. Indeed even in such cases the obligation may become significantly more burdensome, for instance where the debtor has to pay a new creditor who is in a distant country*". La segunda alternativa a la que se refería el autor se refería a la posibilidad de realizar una cesión parcial del crédito diferente a la de una suma de dinero pero bajo el cumplimiento de algunas condiciones: "*Partial assignment was excluded whenever it would render the obligation significantly more burdensome, while it would be possible even in cases where the obligation would become more burdensome with the only consequence that in such a case paragraph 3 would come into play*". Véase igualmente, respecto de dicho debate, WIEGAND, W. y ZELLWEGER-GUTKNECHT, C. "*Cession*", *Principes de Unidroit, nouvelles évolutions et applications*, supplément spécial 2005, *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la cci*, p. 34: "De la misma manera, las cesiones parciales son autorizadas expresamente. Esto supone, desde luego, que el crédito sea divisible. Largas discusiones tuvieron lugar en el seno del grupo de trabajo acerca de si un crédito podía o no ser cedido parcialmente. El grupo de trabajo era consciente de que la división de un crédito podría hacer que la obligación se volviera más gravosa para el deudor y por ello debían, en ciertas condiciones, no ser consideradas como válidas" (trad. libre).

del fraccionamiento del crédito. Lo que sin duda alguna podría ocasionarle gastos adicionales¹⁴⁵. Finalmente, una cesión parcial expondría al deudor al riesgo de múltiples demandas y, en consecuencia, de decisiones contradictorias. Esto justificaría la consagración de una disposición que inste a los cesionarios parciales de un crédito a actuar de manera conjunta en caso de instaurar una acción en contra el deudor del crédito cedido¹⁴⁶.

Finalmente, otra omisión del legislador francés, no menos relevante, tiene que ver el beneficio del retracto litigioso¹⁴⁷, entendido como el derecho o facultad que tiene el deudor de un crédito cedido para liberarse de su deuda pagando al cesionario el precio real que este último ha pagado al cedente por dicho crédito¹⁴⁸. Es cierto que, después de muchas dudas respecto de la pertinencia o no de mantener dicho beneficio en materia de cesión de crédito, los autores de la reforma decidieron conservarlo¹⁴⁹. Sin embargo, nada

145 BOSSAN, JULIEN. "La considération de la personne du créancier", *LPA* 2008, n.º 45, p. 4, esp. 28.

146 Véanse, principalmente: Principios del Derecho Europeo Contratos, comentarios al artículo 11:103, y Principios Unidroit, comentarios al artículo 9. 1. 8.

147 Conforme con lo previsto en el artículo 1699 del *Code civil*, aplicable a la cesión de crédito de acuerdo con una interpretación *a contrario* del nuevo artículo 1701-1 del *Code*, "la persona contra quien se ha cedido un derecho litigioso puede quedar liberada frente al cesionario reembolsándole el precio real que este ha pagado por la cesión, incluyendo los gastos e intereses desde el día en que el cesionario pagó el precio de la cesión" (trad. libre).

148 VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, cit., p. 1034. Véase, en igual sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 15339, 28 de septiembre de 2017, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona, esp. n.º 3.2.1. Y véase igualmente, en derecho francés, JULIENNE. *Le régime général des obligations après la réforme*, cit., n.º 194, p. 124, nota 112.

149 En algunos de los anteproyectos de reforma del derecho de los contratos y de las obligaciones no se hacía referencia al beneficio del retracto litigioso, lo que daba a entender que dicho beneficio sería suprimido en materia de cesión de crédito. Esto explica que algunos autores hayan manifestado sus inquietudes al respecto; así por ejemplo, DANIS-FATÔME, ANNE. "Un article manquant: le retrait litigieux!", *RDC*, 2015, pp. 807 ss. Sin embargo, tanto de la lectura del Informe al Presidente de la República del Decreto Ley (*ordonnance*) 2016-131 del 10 de febrero de 2016, como del artículo 5 del mismo

se dijo sobre la posibilidad para el deudor de invocar dicho beneficio incluso en los casos de las cesiones globales de crédito¹⁵⁰, pese a que se trata de un aspecto muy debatido en derecho francés desde algún tiempo. Para algunos autores el retracto litigioso no tendría cabida en este tipo particular de cesión, con el argumento de que sería imposible fijar un precio unitario por cada crédito cedido¹⁵¹. Para quienes el carácter global de la cesión no sería un impedimento a la aplicación del retracto, la determinación del precio unitario de cada crédito podría ser realizada mediante un procedimiento que denominan *ventilation du prix*, el cual consiste en asignar un precio unitario a cada crédito teniendo en cuenta diferentes aspectos tales como el número de créditos cedidos, el valor de cada uno, etc.¹⁵². Cabe precisar que la Corte de Casación francesa también se muestra favorable al

decreto, queda claro que el beneficio del retracto sigue siendo aplicable en materia de cesión de crédito.

- 150 De manera general, las cesiones globales de créditos son aquellas operaciones en las que se transfieren un conjunto de créditos y se asigna un precio global por dicha operación. Es lo que ocurre, por ejemplo, en materia de *factoring* o de titularización.
- 151 FORTI, VALERIO. "L'exercice du retrait litigieux à l'égard de la cession à un fonds commun de créances", *D.* 2008, 1732, esp. 14, quien considera que el hecho de admitir que el precio de cada crédito pueda ser calculado estadísticamente, como lo sugieren una parte de la doctrina y la Corte de Casación francesa, traicionaría la lógica de la cesión global de créditos. En su opinión, el costo real de cada crédito no está dado solamente en función de la cartera cedida, sino también del costo de toda la transacción.
- 152 POLLAUD-DULIAN, FRÉDÉRIC. "Le prix du retrait litigieux dans les cessions globales de créances", *D.* 2012, p. 838: "No está permitido argumentar el carácter global de la cesión y de su precio para rechazar el retracto: el precio real deberá calcularse *por asignación si el cesionario no quiere indicar el precio del crédito litigioso*" (trad. libre). Otros autores precisan que podría tenerse en cuenta la relación proporcional del monto total pagado con el valor nominal de todas las créditos cedidos. Por ejemplo, cuando el precio de un conjunto de créditos representa el 40% de su valor nominal, este porcentaje puede aplicarse para calcular el precio de cada crédito individualmente considerado; véase TSIAGLAGKANOU, DIMITRA. "L'opposabilité de la cession de créance et le droit au retrait litigieux", *Les Annales de droit*, disponible en: <https://journals.openedition.org/add/567> (consultado el 3 de octubre de 2019).

ejercicio del retracto litigioso en las cesiones globales¹⁵³. Sin embargo, nada impediría un cambio de posición al respecto. Por esta razón, un pronunciamiento por parte del legislador, con ocasión de la reforma de 2016, hubiera sido de gran utilidad para reconocer claramente que el beneficio del retracto puede aplicarse en las cesiones globales de créditos.

Aunque este tema no ha tenido un desarrollo vertiginoso en nuestro país, seguramente la problemática se presentará, y esto por cuanto la cesión de crédito es un mecanismo que evoluciona de manera importante. Por nuestra parte, creemos que, en caso de una reforma de la cesión del crédito en derecho colombiano, el legislador debería reconocer expresamente la posibilidad de ejercer el beneficio de retracto litigioso en las cesiones globales de crédito. La eventual dificultad para asignar un precio unitario a cada crédito no representa una imposibilidad absoluta para dicha determinación¹⁵⁴. Además, admitir lo contrario sería prácticamente dejar en manos de las partes contratantes –cedente y cesionario– la posibilidad de que el deudor se beneficie del retracto en las cesiones globales, privándolo así de un importante mecanismo de protección, que se fundamenta claramente en el mencionado *favor debitoris*.

CONCLUSIÓN

Las recientes modificaciones introducidas por el legislador francés al mecanismo de la cesión de crédito son importan-

153 Francia. Cass. Com. 12 juillet 2005, n° 02-12451; Francia. Cass. Com. 15 avril 2008, n° 03-15969; Francia. Cass. Com. 31 janvier 2012, D. 2012, 498, obs. de X. Delpech. Véase igualmente: Francia. Cass. Com. 6 déc. 2011, n° 10-17879, inédito; Francia. Cass. Com. 15 janvier 2013, n° 11-27298, *Bull. civ.*, IV, n.° 3.

154 Véase, para un estudio detallado acerca de la posibilidad de aplicar el beneficio del retracto litigioso a las cesiones globales de crédito, CAMACHO LÓPEZ, MARÍA ELISA y RIAÑO SAAD, ANABEL. “Análisis del retracto litigioso en Colombia y su posible ejercicio en las cesiones globales de créditos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.° 38, 2020, pp. 173-207.

tes, ya que tienen un carácter sustancial y no meramente formal. Una de las principales virtudes de la reforma introducida por el decreto ley (*ordonnance*) de 2016 en el tema que nos ocupa es el hecho de haber puesto de relieve la necesidad de proteger al deudor de un crédito cedido. La consagración de la validez de las cláusulas de incesibilidad es muestra de ello, así como el reconocimiento de la obligación solidaria, a cargo del cedente y del cesionario, con el fin de asumir los gastos adicionales ocasionados al deudor como consecuencia de la cesión. Esto es fundamental porque rompe con el paradigma clásico según el cual la cesión de crédito es una operación completamente neutra para el deudor. Igualmente, es de resaltar la flexibilización de las condiciones tanto para la validez de la operación como para su oponibilidad frente a terceros. En este sentido, y en caso de una reforma de nuestro ordenamiento jurídico, la reforma francesa sería un valioso instrumento para el legislador colombiano, ya que –como lo pudimos constatar– la regulación actual de la cesión de crédito, en nuestro código civil, es criticable desde varios puntos de vista, empezando por el hecho de acordar al deudor el mismo tratamiento que a los terceros, y pasando por la disociación de la eficacia de la transferencia del crédito entre las partes y respecto de terceros.

Pese a lo anterior, la reforma francesa no resuelve todos los interrogantes que se suscitan en el tema objeto de nuestro estudio. Por ejemplo, las disposiciones relativas a la cesión de un crédito futuro y a la cesión parcial de un crédito se revelan insuficientes para resolver las problemáticas particulares que generan este tipo de operaciones. Además, y pese a los avances importantes en cuanto a la protección del deudor, aún quedan importantes interrogantes por resolver, por ejemplo, el relativo a los efectos que tendría un simple conocimiento de la cesión por su parte. Siendo esto así, el legislador colombiano tendrá el reto, en caso de

una reforma de la cesión de crédito, de abordar las problemáticas mencionadas.

Adicionalmente, y como tuvimos la oportunidad de señalarlo, uno de los aspectos más debatidos en derecho colombiano tiene que ver con la determinación de la naturaleza jurídica de la cesión de crédito. Aunque para la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia la cesión es un modo de adquisición del crédito, es decir, un acto de tradición, algunos autores defienden la tesis según la cual la cesión sería, en realidad, un título de adquisición de dicho crédito. Defender una u otra tesis no está desprovisto de consecuencias prácticas importantes, por lo que nuestro legislador debería, en el marco de una reforma, adoptar una posición clara al respecto. Sobre este punto la reforma francesa no puede aportarnos una respuesta, ya que se trata de una problemática propia a nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, no es inútil resaltar que en derecho francés la cesión de crédito se reconoce como un título de adquisición, y esto con independencia de la aptitud que tiene para transferir el crédito directamente.

REFERENCIAS

Doctrina

Andrés Bello, código civil de la República de Chile, t. 1, Introducción y notas de Pedro Lira Urquieta, texto concordado con los distintos proyectos de Bello, Caracas, Ministerio de Educación, 1954.

ANDREU, LIONEL. “Les opérations translatives (cession de créance, cession de dette, cession de contrat)”, en TERRÉ, FRANÇOIS (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, París, Dalloz, 2013.

AYNÈS, LAURENT. “Une discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie”, *D.* 2001, 3110.

ARIAS GARCÍA, Fernando. *Bienes civiles y mercantiles*, Bogotá, Universidad Santo Tomás-Ibáñez, 2008.

AUCKENTHALER, FRANCK. "Le droit du subrogé aux intérêts de la créance", *D.* 2000, p. 171.

BARREAU-SALIOU, CATHERINE-THÉRÈSE. *Les publicités légales. Information du public et preuve des actes*, París, LGDJ, 1990.

BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL y L. SAIGNAT, LÉON. *Traité théorique et pratique du droit civil*, t. XIX, *De la vente et de l'échange*, 3.^a ed., 1908.

BONIVENTO JIMÉNEZ, JOSÉ ARMANDO. *Obligaciones*, Bogotá, Legis, 2017.

BOSSAN, JULIEN. "La considération de la personne du créancier", *LPA*, n.º 45, 2008.

CAMACHO LÓPEZ, MARÍA ELISA. *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

CAMACHO LÓPEZ, MARÍA ELISA y RIAÑO SAAD, ANABEL. "Análisis del retracto litigioso en Colombia y su posible ejercicio en las cesiones globales de créditos", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 38, 2020, pp. 173-207.

CASTANEDA VARGAS, DEISY JHOANA y REYES PATINO, DIEGO ALONSO. *Análisis sustancial y procesal de las subrogaciones tramitadas ante los juzgados del Distrito Judicial de Bucaramanga durante los años 2002 a 2012*, Bucaramanga, Universidad Industrial de Santander, 2012.

CASTILLO MAYORGA, FERNANDO A. "La cesión de crédito", en MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO y TERNERA BARRIOS, FRANCISCO (eds.), *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis-Universidad del Rosario, 2007.

- CASTRO de CIFUENTES, MARCELA. "Transmisión singular de créditos", en CASTRO de CIFUENTES, MARCELA (coord.), *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. II, Bogotá, Uniandes-Temis, 2013.
- CHAUVIRÉ, PHILIPPE. *L'acquisition dérivée de la propriété. Le transfert volontaire des biens*, París, LGDJ, 2016.
- CUBIDES CAMACHO, JORGE. "Transmisión de las obligaciones", *Vni-versitas*, Pontificia Universidad Javeriana, n.º 71, 1996.
- DANIS-FÂTÔME, ANNE. "Un article manquant: le retrait litigieux!", *RDC* 2015, pp. 807 ss.
- DANOS, FRÉDÉRIC. "La notion d'exception inhérente à la dette en matière de cession de créance", *RLDC*, 2010.
- DESHAYES, OLIVIER; GENICÓN, THOMAS y LAITHIER, YVES-MARIE. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, París, LexisNexis, 2016.
- DUPICHOT, PHILIPPE. "Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations", *Dr. et. pat.*, n.º 246, 2015.
- FAGES, BERTRAND. *Droit des obligations*, 6.^a ed., París, LGDJ, 2016.
- FLOUR, JACQUES; SAVAUX, ERIC y AUBERT, JEAN-LUC. *Droit civil. Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, 9.^a ed., París, Sirey, 2015.
- FORTI, VALERIO. "L'exercice du retrait litigieux à l'égard de la cession à un fonds commun de créances", *D.* 2008, 1732.
- FRANÇOIS, JÉRÔME. *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations. Régime général*, 4.^a ed., París, Economica, 2017.
- FRÉMEAUX, ÉLIANE y JULIENNE, MAXIME. "La circulation des obligations issues du contrat", *JCP N*, 28 avril 2017, n.º 17, 1166.
- GAUDEMET, EUGÈNE. *Théorie générale des obligations*, París, Dalloz, reed., 2004.

GHESTIN, JACQUES; BILLIAU, MARC y LOISEAU, GRÉGOIRE. *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, París, LGDJ, 2005.

GIJSBERS, CHARLES. "Le nouveau visage de la cession de créance", *Dr. et pat.*, n.º 260, 2016.

GÓMEZ ESTRADA, CÉSAR. *De los principales contratos civiles*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 2008.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, t. I, Santiago, Universidad de Chile, 1982.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. "La influencia del código civil francés en las codificaciones americanas", en GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO et al. (eds.), *El código civil francés de 1804 y el código civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias*, Santiago, CIP-Universidad de Los Andes, 2004.

HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

HOCQUET-DE LAJARTRE, ANNE-SOPHIE. "La protection du débiteur cédé dans la cession Dailly", *RTD com.*, n.º 16, 1996.

JULIENNE, MAXIME. *Le régime général des obligations après la réforme*, París, LGDJ, 2017.

JULIENNE, MAXIME. "Cession de créance: transfert d'un bien ou changement de créancier", *Dr. et pat.*, n.º 249, 2015.

LARROUMET, CHRISTIAN. *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, tesis, Bordeaux, t. I, 1968.

LARROUMET, CHRISTIAN y BROS, SARAH. *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations - Le contrat*, 8.ª ed., París, Economica, 2016.

LEPLAT, FRÉDÉRIC. *La transmission conventionnelle des créances*, tesis, Université Paris x Nanterre, 2001.

MALINVAUD, PHILIPPE; FENOUILLET, DOMINIQUE y MEKKI, MUSTAPHA. *Droit des obligations*, 13.^a ed., París, LexisNexis, 2013.

MALAURIE, PHILIPPE; AYNÈS, LAURENT y GAUTIER, PIERRE-YVES. *Droit des contrats spéciaux*, 8.^a ed., París, LGDJ, 2016.

MALAURIE, PHILIPPE; AYNÈS, LAURENT y STOFFEL-MUNCK, PHILIPPE. *Droit des obligations*, 8.^a ed., París, LGDJ, 2016.

MEKKI, MUSTAPHA. "L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations", *D.* 2016, p. 608.

MIGNOT, MARC. "Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX)", *LPA*, 26 avril 2016.

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 de reforma del derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones], *Journal Officiel de la République Française*, n.° 0035, 11 de febrero de 2016, texto n.° 25, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte/fr>

NEUMAYER, KARL HEINZ. "La transmission des obligations en droit comparé", en *La transmission des obligations*, Travaux des IX^e Journées d'études juridiques Jean Dabin, organisées par le Centre de Droit des Obligations, Bruselas, LGDJ, 1980.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. *Régimen general de las obligaciones*, 8.^a ed., Bogotá, Temis, 2008.

PAPANDRÉOU-DETERVILLE, MARIE-FRANCE. *Le droit anglais des biens*, París, LGDJ, 2004.

PÉREZ VIVES, ÁLVARO. *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, obra revisada y actualizada por ALBERTO TAMAYO LOMBANA, 4.^a ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2012.

PHILIPPE, EMY. "À propos de l'opposabilité d'une cession de créance. Réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations", *Dalloz*, n.º 41, 2008, p. 2887.

PLANIOL, MARCEL. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 4.^a ed., G. RIPERT y J. BOULANGER (eds.), París, LGDJ, 1952.

PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES. *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Les obligations*, 2.^a ed., R. ESMEIN, J. RADOUANT y G. GABOLDE (eds.), París, LGDJ, 1954.

POLLAUD-DULIAN, FRÉDÉRIC. "Le prix du retrait litigieux dans les cessions globales de créances", *D.* 2012, p. 838.

Principes contractuels communs, Projet de Cadre Commun de Référence, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Société de législation comparée, vol. 7, 2008.

Principes du droit européen du contrat, version française préparée par G. ROUHETTE, con la colaboración de I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON y CL. WITZ, París, Société de législation comparée, vol. 2, 2003.

RAYMOND, SÉBASTIEN. "La cession de créance: le rôle du consentement du débiteur (Projet, art. 1332 et 1335)", LATINA, MATHIAS y CHANTEPIE, GAËL (dirs.), *Projet de Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Analyses et propositions*, París, Dalloz, 2015.

RIAÑO SAAD, ANABEL. *La cession de créance en droit français et en droit colombien*, Bogotá, Université Paris 2 Panthéon-Assas-Universidad Externado de Colombia, en proceso de publicación.

- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, MÓNICA. “El derecho de garantías en Francia”, en PIZARRO WILSON, CARLOS y MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO (coord.), *Estudios de derecho privado en honor a Christian Larroumet*, Bogotá Universidad del Rosario, 2008, pp. 517 ss.
- SÉRIAUX, ALAIN. *Droit des obligations*, 2.^a ed., París, PUF, 1998.
- SUESCÚN MELO, JORGE. *Derecho privado*, t. II, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, 2.^a ed., Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá-Universidad de los Andes, 2005.
- TAMAYO LOMBANA, ALBERTO. *Manual de obligaciones. El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, 7.^a ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2008.
- TERRÉ, FRANÇOIS (dir.). *Pour une réforme du régime général des obligations*, París, Dalloz, 2013.
- VALENCIA ZEA, ARTURO y ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, 11.^a ed., Bogotá, Temis, 2007.
- VELÁSQUEZ GÓMEZ, HERNÁN DARÍO. *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Temis, 2010.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, LUIS GUILLERMO. *Bienes*, 14.^a ed., Bogotá, Ibáñez, 2019.
- TSIAKLAGKANOU, DIMITRA. “L’opposabilité de la cession de créance et le droit au retrait litigieux”, *Les Annales de droit*, disponible en: <https://journals.openedition.org/add/567>
- WINTGEN, ROBERT. *Étude critique de la notion d’opposabilité. Les effets du contrat à l’égard des tiers en droit français et allemand*, París, LGDJ, 2004.
- XIEGAND y ZELLWEGE-GUTKNECHT, “Cession”, en *Principes d’Unidroit, nouvelles évolutions et applications*, Supplément spécial 2005, *Bulletin de la Cour Internationale d’arbitrage de la CCI*, p. 40.

ZENATI-CASTAING, FRÉDÉRIC y REVET, THIERRY. *Cours de droit civil. Obligations, régime*, París, PUF, 2013.

Jurisprudencia

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. 26 de octubre de 2006, ref. 25000-23-27-000-2001-90932-01(15307), C.P.: María I. Ortiz Barbosa.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-189 del 15 de marzo 2006, ref. D-5948, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-668 del 30 noviembre de 2016, M.P.: Alberto Rojas Ríos.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 23 octubre de 1915, *GJ*, t. xxv, M.P.: Germán D. Pardo.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 15 de diciembre de 1936, M.P.: Eduardo Zuleta Ángel.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 12 de septiembre de 1950, M.P.: Pedro Castillo Pineda, *GJ* LXVIII, pp. 55-63.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 31 de mayo de 1961, M.P.: José J. Gómez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 24 de febrero de 1975, *GJ*, t. CLI, n.º 2392, 1.ª parte, M.P.: José M. Esguerra Samper.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 11 de febrero de 2006, Sentencia 1613-2016, M.P.: Álvaro Fernando García Restrepo.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 1.º de diciembre de 2011, ref. 11001-3103-035-2004-00428-01, M.P.: Ruth Marina Díaz.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
Exp. 15339, 28 de septiembre de 2017, M.P.: Luis Armando
Tolosa Villabona.

Francia. Cass. Com. 15 janvier 2013, n° 11-27298, *Bull. civ.* IV, n.° 3.

Francia. Cass. Com. 31 janvier 2012. *D.* 2012. 498, obs. de X.
Delpech.

Francia. Cass. Com. 6 déc. 2011, n° 10-17879, inédito.

Francia. Cass.Com. 15 avril 2008.

Francia. Cass. Com. 12 juillet 2005, n° 02-12451.

Francia. Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 1985, *Bull. civ.* I, n.° 336.

Francia. Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2014, *Bull. civ.* I, n.° 100.

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.

