

TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Se habla de transmisión de las obligaciones cuando uno de los sujetos de la obligación transfiere su posición en el vínculo obligatorio a otro sujeto; aquellas son susceptibles de ser transmitidas, tanto por el aspecto activo, si es el acreedor quien transmite su crédito, o por el aspecto pasivo, si el deudor traspasa su deuda; en ambos casos, la obligación permanece intacta; siendo la misma tanto antes como después de la transmisión.

Así mismo, la causa de la transferencia puede venir por razones *mortis causa* o *inter vivos*, la primera es ampliamente tratada en el libro III de nuestro Código Civil, que trata de la sucesión por causa de muerte, la segunda, hace referencia a cuando las partes por medio de la autonomía de la voluntad deciden transmitir las obligaciones a otro sujeto para solventarlas, cederlas o librarse de ellas; siendo así, sólo nos detendremos a analizar la transmisión *inter vivos*.

La transmisibilidad de las obligaciones es en principio una incursión del derecho moderno. Antiguamente, remitiéndonos exclusivamente al Derecho Romano, el vínculo obligatorio no podía ser sustituido puesto que estaba revestido de una concepción enteramente personal, ya que la obligación surgía en consideración a los sujetos que la adquirían, es decir, en razón a las calidades de los obligados, siendo en un inicio toda obligación *intuitupersonae*, además, la obligación poseía un sentido material puesto que una vez adquirida se ataba a la persona y en caso de incumplimiento esta era perseguida fiscalmente (*Manusinjectio*).

No obstante, el dinamismo del tránsito jurídico chocaba con la rigidez del formalismo romano, es entonces, cuando comienza a apreciarse que la obligación es eminentemente patrimonial y que los sujetos sólo adquieren una posición formal, aun así, la transmisibilidad no se incluye en los preceptos romanos.

Cesión de créditos

Formalidades

La cesión de créditos es el traspaso que hace el acreedor a otro sujeto mediante un contrato, del derecho de crédito que posee, ocupando este último su posición en el vínculo obligatorio. Quien traspasa su derecho se denomina, *Cedente*, y quien adquiere el derecho, *Cesionario*. La Corte Suprema de Justicia en su sala civil ha manifestado:

(...) Constituye esta figura [la cesión de créditos] una convención, que sustituye un nuevo acreedor al antiguo sin extinguir la relación obligatoria primitiva, y en que sólo un elemento subjetivo es variado, pero dejando intacta la primera obligación con todas sus condiciones, modalidades y garantías (artículo 1964 del Código Civil), convención en la que no es esencial el consentimiento ni la intervención del deudor porque para sus relaciones con el nuevo acreedor basta la notificación de la cesión (artículo 2960, *ibidem*) (...)¹⁸⁸.

En Roma, no estuvo presente esta figura por los argumentos anteriormente expuestos, empero, cuando se hizo imperativo la sustitución de una de las partes, surgió la *novatio* en cuanto a la persona, pero la novación, diferente a la cesión, implica la extinción de la obligación primitiva al ser reemplazada por la nueva (1625 C.C.); de tal forma que la obligación pierde todas sus garantías, afectando así al beneficiario. También se acudió a la *representación procesal*, el cedente nombraba un procurador (cesionario) para que hiciese el cobro del crédito, facultándolo para retener lo pagado. La representación procesal era realmente un

.....
188 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 31 de mayo de 1940. Magistrado Ponente Dr. Liborio Escallón. P. 496 a 502.

mandato, siendo posible que el procurador (cesionario) estuviera en desventaja ante el carácter revocable del mismo.

Ante los inconvenientes que presentaban las anteriores figuras, se le concede al cesionario *procurator in rem suam*, la *actioutilis* por medio de la cual podía ejercer las mismas acciones que poseía el titular del crédito, pudiendo dirigirse contra el deudor de una forma totalmente independiente, en la que no se reportaba ningún beneficio para el acreedor.

A pesar de que el Derecho Romano, de forma alguna dio paso a que uno de los extremos de la obligación fuese sustituida, sólo lo hizo de manera indirecta y por medio de instituciones intermedias que no concibieron la transmisibilidad de las obligaciones en su sentido pleno, se tuvo que esperar hasta el Código de Napoleón para que la cesión de créditos se perfilase y adquiriera matices propios.

La cesión de créditos en nuestro régimen jurídico, es una institución contractual deslindada totalmente de otros tipos contractuales. En materia de derecho civil español y francés, la cesión es vista dentro del título de la compraventa, y por tal razón puede involucrarse con otros negocios como la permuta, la donación y el usufructo. La doctrina española, en específico, reconoce el error de su ordenamiento al admitir que se confunde la cesión con la causa o el contrato del cual proviene, aunque este constituya en si mismo su forma y regla sustanciales¹⁸⁹.

Efectos entre las partes

La cesión de créditos, se encuentra regulada en el artículo 1959 del Código Civil, subrogado por el artículo 33 de la ley 57 de 1887. Tal precepto establece los requisitos que la institución debe reunir para nacer a la vida jurídica; la cesión ha sido considerada como un acto con doble formalidad, puesto que para que surta efectos se necesita, en primer lugar, la *nota de cesión* en el título que se transfiere, la cual contiene la designación del cesionario y la firma del cedente, y en segundo lugar, la entrega del título. Si el título no consta en un documento, el cedente debe otorgar necesariamente uno al cesionario (art. 1961 C.C.).

En virtud de la cesión, el acreedor que traspasa su derecho de crédito queda totalmente abstraído del vínculo obligacional, sin embargo, si la cesión no ha sido notificada al deudor y este último paga al acreedor creyendo que es el titular del

189 Puig Peña, Federico. *Obligaciones y Contratos*. Tomo III. Ediciones Pirámide, Madrid. 1976.

crédito, el pago es válido, ya que esta amparado por el principio de la buena fe de acuerdo al artículo 1634 del Código Civil. De igual manera, los acreedores del cedente pueden embargar el crédito y en virtud de no existir notificación no podrá oponerse frente a terceros (art. 1963 C.C.). También corresponden al cesionario, los frutos, intereses, provechos, daños, y gastos que pretenda con el crédito adquirido.

El nuevo acreedor (cesionario) entra a ocupar la misma posición en la obligación, estando en las mismas condiciones del primero y siendo beneficiario de las mismas garantías de la obligación, ya que transmitida la obligación, así mismo se traspasan sus accesorios. El artículo 1964 *ibidem* estipula que la cesión comprende las fianzas, privilegios e hipotecas. Frente a esta norma la jurisprudencia y la doctrina se dividen, puesto hay quienes consideran que el mencionado artículo hace una enumeración *taxativa* y por otro lado hay quienes arguyen que se trata de una enumeración *enunciativa*. Estos últimos citan como ejemplo la cesión que hace el vendedor de su crédito por el precio de la cosa, quedando también cedida la acción resolutoria en caso de que el comprador incumpla. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha reiterado:

(...) la cesión de un crédito “transmite todo lo que constituya la realidad del crédito mismo y tenga conexión con él: la fianza, privilegios e hipotecas, la acción ejecutiva de que esté revestido el acreedor primitivo, la acción resolutoria que le corresponde al mismo, y, en general, cuanto pertenezca al crédito en cabeza del cedente, de quien el cesionario es un verdadero sucesor. Lo único que no transfiere la cesión son las excepciones personales del cedente¹⁹⁰.

De igual manera, ha surgido la controversia de que si la cesión cuando traspasa un derecho hipotecario requiere ser registrado nuevamente, quienes consienten esta tesis argumentan que el artículo 1964 del Código Civil, si bien, menciona la cesión que un derecho hace el traspaso con sus accesorios, hipoteca, fianza, o privilegios. No se refiere la norma a cómo debe hacerse la cesión cuando se trata de transmitir a su vez la garantía hipotecaria, y en obediencia al artículo 756 que vendría a completar el mencionado anteriormente, no habría que necesariamente

.....
190 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 12 de 1950. Magistrado Ponente Dr., Pedro Castillo Pineda, p. 55.

hacerse la inscripción para su perfeccionamiento¹⁹¹. Al respecto de este punto la Corte Suprema ha manifestado:

Esta Corte ha sostenido siempre que la cesión de un crédito hipotecario puede hacerse por una simple nota privada. En sentencia de 31 de agosto de 1920 dijo lo que sigue: “Aun cuando un crédito esté garantizado por hipoteca, la cesión de él no requiere escritura pública. Transmitido el crédito en virtud de la entrega del título con la nota de cesión, lleva consigo todos sus accesorios. No se pueden exigir más formalidades para que la hipoteca sea traspasada al nuevo acreedor, que las que se exigen para el traspaso del crédito al cual accede, porque de otro modo, se convertiría lo accesorio en principal, lo que no ha querido la ley”. En sentencia de 21 de febrero de 1925 dijo esto: “El existir al pie de la escritura registrada la nota de cesión y hallarse la escritura en poder de cesionario, constituye la prueba de la cesión y el hecho de haber quedado ella consumada¹⁹².”

También ha dicho:

... la cesión de un crédito asegurado con hipoteca anotada no necesita anotarse de nuevo por razón de esta, pues lo que se cede es la acción principal, o sea, el derecho a percibir y cobrar dinero, cosa mueble; y a esta acción o derecho personal, principal, sigue la seguridad hipotecaria...¹⁹³.

Siguiendo el tenor del artículo 1964, su última parte estipula que por medio del contrato de cesión del crédito no se traspasan las excepciones personales del cedente, en el caso del artículo 1743 del Código Civil, no podrá alegar la nulidad relativa, ya que esta sólo puede ser invocada por la parte en cuyo favor ha sido establecida¹⁹⁴, ya que se entiende que la única persona que podría invocar dicha

191 Pérez Vives, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*. Volumen III. Segunda Edición. Universidad Nacional de Colombia. 1957.

192 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 3 de noviembre de 1997. Magistrado Ponente: Liborio Escallón. P. 835 a 839.

193 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 17 de julio de 1890.

194 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 31 de julio de 1941, reiterada por la Sentencia del 12 de septiembre de 1950.

presunción sería la parte que tuvo la relación contractual directa, y no una parte que posteriormente se involucra como es el caso de la cesión de créditos.

El contrato de cesión de crédito presupone la responsabilidad del cedente, según el Art. 1965 del Código Civil, este debe garantizar la existencia del crédito al momento de la cesión, es decir, que el cedente es el acreedor real del vínculo obligatorio y que su deudor realmente ha contraído una deuda con él; no obstante, el cedente no se hace responsable por la solvencia futura de su deudor, si tal responsabilidad se pacta, el cedente sólo será responsable de la solvencia presente. Aun así, pueden las partes convenir expresadamente en que el cedente responderá por la solvencia futura del deudor, si dado el caso, el deudor se presenta como insolvente, según sea solvencia presente o futura, el cedente deberá responder por la deuda a su cesionario.

Efectos frente a terceros

Para que la cesión de créditos pueda ser oponible a terceros, es decir, a aquellos que no representen interés alguno en la celebración del contrato, entre los cuales se encuentra el deudor de la obligación, se requiere indispensablemente la notificación al deudor (siendo que acepte o no), o la aceptación de este (art. 1960 C.C.), la aceptación por parte del deudor puede ser tanto expresa o tácita, la primera cuando lo acepta explícitamente y la segunda cuando hace un intento de pago del crédito.

La aceptación por parte del deudor puede hacerse sin reservas, en cuyo caso no podrá el deudor excepcionar la compensación por los créditos que antes de la aceptación hubiese podido oponer al cedente. En el caso contrario, es decir, cuando la cesión no ha sido aceptada, el deudor podrá oponer en compensación todos los créditos, así sólo sean exigibles después de la notificación. Frente a esto la Corte Suprema ha dicho:

Dos formas consagra la ley civil para que el deudor quede vinculado a la operación de cesión; la notificación judicial de la cesión o la aceptación de ella. Al crearse el lazo de instancia entre el actor y el demandado en un proceso se verifica esa notificación judicial de la cesión, con vista y presentación del título respectivo, sin que pueda alegarse que tal notificación judicial no se hizo porque el deudor demandado se opuso a la cesión o no convino en las pretensiones del actor demandante, en el hecho o en el derecho. Acéptese o no la cesión, los fundamentos de la acción

incoada, el fenómeno de la notificación queda cumplido y desplazado el crédito de manos del acreedor cedente a las del cesionario¹⁹⁵.

Como ya se mencionó, si no se hace la notificación, el pago que haga el deudor al cedente es válido y aquel no podrá oponerse frente a terceros o al embargo que del crédito quieran hacer sus acreedores, aunque ya haya sido cedido, ya que la notificación es el instrumento con el cual se entiende que el cedente ha dejado de poseer el dominio sobre dicho crédito, y si este acto no existe, se entiende que aún sigue ejerciendo actos de dueño, por lo cual sus acreedores podrían perseguir en búsqueda de garantizar el cumplimiento de sus créditos. En cuanto al cesionario, quien ostenta el crédito cedido, si no media notificación, sus acreedores no podrán beneficiarse del nuevo activo que ha ingresado a su patrimonio.

Títulos valores

El artículo 619 del Código de Comercio estipula el concepto de Títulos Valores, al tenor de la norma, son aquellos documentos necesarios que legitiman el derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Nuestro ordenamiento a diferencia del español, si contiene una definición concreta de título valor, la doctrina española ante esta carencia, confunde las expresiones título valor y título de crédito, duda que en nuestro régimen se encuentra completamente dilucida por norma expresa.

Los títulos valores poseen cuatro características indispensables, *autonomía, literalidad, incorporación, y legitimación*. La primera hace referencia a que una vez entre el título en circulación, este se depende de la causa por la cual fue emitido, la autonomía sólo opera en la circulación del título y no antes de esta, pues en este último caso puede excepcionarse frente a las causas, pero la regla general es que estando el título en el tránsito jurídico, este se separa del contrato inicial, se entiende que hay una separación del negocio subyacente, donde la causa por la que se emitió dicho título valor se desvanece frente a los siguientes cedidos o endosantes, lo cual imposibilita a que estos puedan alegar cualquier tipo de irregularidad referente a la causa del negocio del cual se desprendió dicho título valor.

.....
195 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 24 de marzo de 1943. Magistrado Ponente, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez. P. 242.

El carácter literal del título se relaciona con el hecho de que lo contenido en él es certero, haciendo una limitación del derecho que ostenta el acreedor; si el importe que contiene el título aparece en palabras y en cifras y, estas difieren, sólo será válido el monto escrito en palabras, si dado el caso hay varias cantidades tanto en número como en palabras, valdrá sólo la suma menor expresada en palabras (art. 623 C.Co.).

La incorporación tiene que ver con el hecho de que el derecho está inmerso en el título valor, el derecho sólo existe mientras existe el título, si el título valor desaparece no puede exigir el acreedor al deudor el cumplimiento de la prestación, ya que el ejercicio del derecho incorporado requiere de la exhibición del mismo. El derecho está materialmente plasmado en el documento, quien tiene el título valor tiene el derecho y no quien tiene el derecho tiene el título. Respecto a este punto, la doctrina española ha hecho una apreciación importante con respecto a los títulos valores, *en ellos, la comunidad del destino entre el título (cosa corporal) y el derecho (cosa incorporal) es absoluta...*¹⁹⁶, donde el ejercicio del derecho que proviene del título, está totalmente condicionado a la posesión del documento.

No obstante, existe una excepción a este principio de incorporación, ya que si un título valor se destruye o deteriora, siendo imposible su circulación, quien era tenedor del mismo puede exigir jurídicamente por medio de la reposición, si aun conserva los datos suficientes para la identificación del mismo, que este sea reconstruido. También puede en caso de que una de las firmas de los suscriptores sea tachada o destruida, pedir que estos firmen nuevamente el documento (art. 802 C. Co.).

La legitimación hace referencia a los requisitos que debe reunir una persona para poder exigir y esperar la protección legal cuando se está frente a un título valor. “Desde este punto de vista, entonces el título valor cumple una función documental adicional: la de servir de documento de legitimación para identificar a aquel que está dotado para demandar el cumplimiento de la prestación y, en general, para ejercer cualquier derecho derivado del documento¹⁹⁷”.

El título valor debe llevar como obligación, tanto la descripción del derecho allí incorporado, como la firma, sello o contraseña de quien lo crea (art. 621 C.Co.);

196 Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo III. Temis 1987. Bogotá.

197 Martínez Gaitán, *Lecciones sobre títulos valores*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2009. P. 83.

se presume, si no lo mencionan las partes, que el cumplimiento de la obligación se efectuará en el domicilio de quien ha creado el título; si se estipulan varios domicilios, el tenedor tendrá el derecho de elección (art. 621 inc. 4).

Clases de títulos valores

Los títulos valores pueden ser de tres clases, *Nominativos*, *A la orden* y *Al portador*. Son títulos nominativos aquellos cuyo tenedor es determinada persona, pues quien figure en este será reconocido como el legítimo tenedor, por lo tanto, están destinados a permanecer en manos del titular. Esta clase de títulos valores requieren para su circulación del registro, el endoso y la entrega, la firma y el registro. La negociación de este tipo de título no produce efectos inmediatos sino entre el endosante y el endosatario, sólo pueden producir efectos frente a terceros por medio de la inscripción.

Son títulos a la orden, aquellos que no requieren de registro, se transfieren por medio del endoso y la entrega del respectivo título, sin embargo, la posesión legítima del mismo está vinculada a ciertas cláusulas que facilitan la titularidad del mismo; y son títulos al portador, aquellos que se transfieren por la sola tradición-entrega; la simple exhibición legitimará al portador y su tradición se realizará por la sola entrega; con la sola tendencia del título se identifica como portador y se faculta para el cobro.

La exhibición del título beneficia al acreedor, ya que este no debe probar la causa del derecho o la tenencia del mismo, y tratándose de títulos al portador, se exime de la prueba de su identidad. En cuanto al deudor, este también obtiene beneficios, ya que sólo puede ser constreñido a cumplir con la obligación, por medio de la presentación del documento. La exhibición también extiende sus efectos hasta el derecho mismo, ya que la extinción del mismo va ligada a la extinción del documento, siendo imposible la exhibición se desvanece el derecho.

Formas de circulación y tipos de endoso

Los títulos valores en nuestro régimen jurídico sólo circulan mediante el endoso y la cesión. El endoso es aquella institución mediante la cual el acreedor cambiario faculta a otra persona para que cobre parte o la totalidad de los derechos que incorpora este título, se realiza normalmente mediante una inscripción

al dorso del título, tal figura se constituye como una de las formas de transmisión de obligaciones en materia comercial.

El endoso puede ser de tres clases según el artículo 656 del Código de Comercio, el primero de ellos, y el que se concibe como la regla general, es el endoso *en propiedad*, por medio del cual se faculta al endosatario para que haga el cobro del derecho incorporado en el título, esta clase de endoso siempre se presumirá si las partes no dicen nada.

Así mismo, el endoso puede ser también en *procuración* o como ha sido denominado por la doctrina francesa, a *título de poder*, aquel que no transfiere la propiedad pero faculta al endosatario para que haga cobro judicial o extrajudicial del mismo sin que pueda retener lo pagado. Este tipo de endoso es el que comúnmente se le hace a los abogados otorgándoseles todas las facultades del mandato judicial para cobrarlo y, por lo tanto, puede ser revocado por el endosante haciéndolo saber al deudor, ya que si el deudor paga al endosatario sin conocimiento de la revocación el pago será válido. El endosatario a su vez podrá endosar el título en procuración y ostentará todas las facultades surgidas en el mandato, incluso de aquellas que requieren cláusula especial, no obstante, se excluye la facultad de transmitir el dominio. El endosatario puede oponer en este caso, tanto las excepciones reales y personales del endosante.

El endoso en garantía, según el artículo 659 del Código de Comercio, constituye un derecho prendario sobre el título, confiriendo al acreedor prendario tanto los derechos derivados de la garantía prendaria como aquellos que provienen del endoso en procuración. Por medio de este endoso, la circulación del título funciona como prenda de garantía. Aquí, el endosatario, no puede oponer las excepciones personales del endosante.

Eventualmente puede presentarse el fenómeno jurídico de la cadena de endosos, una especie de forma de circulación de la letra, y que se realiza por medio de la inscripción de los tenedores sucesivos, se considerará como tenedor actual quien figure en el último lugar de la lista. Ligada a la cadena de endosos, se encuentra la acción de regreso, ya que todos los endosante tienen la calidad de deudores, en caso de existir alguna irregularidad, la finalidad de tal acción es devolver el título hasta la presencia de dicha irregularidad.

El aval

El aval es la garantía de la obligación y es exclusivo de los títulos valores, y modernamente en algunos contratos de seguro. El avalista puede garantizar la deuda en sus totalidad o parcialmente, pero en todo caso responderá por ella solidariamente, no sólo con su avalado sino con las demás partes de la obligación.

Quedará constituido el aval en un título valor cuando en este, seguido de la expresión *por aval*, o cuando exista una firma en el título valor sin que se pueda reconocer el papel que está desempeñando. El avalista es el equivalente al codeudor solidario en materia civil, sin embargo. Con otras figuras como la fianza, la cual también garantiza el cumplimiento de una obligación, guarda notables diferencias.

En tanto que el alrededor de la fianza surgen dos deudores frente a una sola obligación, cuyo cumplimiento se garantiza. Cuando se avala una obligación surgen dos obligaciones autónomas, que son la del avalista y la del avalado. Así mismo, mientras que el fiador goza del beneficio de excusión, que consiste en que primero sean perseguidos los bienes del deudor principal y ante la insolvencia de este procedan con los suyos, el aval no goza de tal beneficio, porque responde frente a la deuda, como ya lo mencionamos, solidariamente.

La fianza es por naturaleza gratuita, eventualmente puede el fiador ser remunerado por el servicio que presta según el artículo 2367 del Código Civil. El aval, por su lado, también puede recaer a título gratuito, aunque en la inmensa mayoría de los casos es de carácter oneroso. Estas dos figuras también se diferencian en que mientras la primera no se presume, el aval en conformidad con el artículo 634 del Código de Comercio siempre se presumirá cuando en el documento conste una firma a la que no se le pueda establecer otro significado.

Como ya lo dijimos, la constitución del aval es un acto solemne, mientras que la fianza en materia civil es un acto enteramente consensual, no siendo de igual forma la fianza en comercial, la cual es también solemne. En materia de excepciones, el fiador puede oponer excepciones personales de su deudor; en tanto que el aval no puede excepcionar la de su avalado. Si la obligación del avalado llega a ser nula, inválida, ineficaz, o inexistente por carecer de los requisitos indispensables para que nazca a la vida jurídica, la de su avalista se mantiene; tratándose de la fianza, el fiador sigue la suerte de su fiado, siguiendo el postulado de que lo accesorio sufre la suerte de lo principal.

Diferencias entre cesión y endoso

El endoso en primer lugar es el exclusivo de los títulos valores, y por lo tanto está regulado por la normatividad mercantil, la cesión de créditos en cambio, se encuentra reglamentada por los preceptos del derecho civil, aparte de los ordenamientos que cobijan estos dos modos de transmisión de obligaciones, existen sustanciales diferencias.

En el endoso se debe responder necesariamente por el pago de la obligación, no siendo de esta forma en la cesión de créditos, y mientras que en el primero se puede prescindir de la notificación, ya que la sola exhibición del título confiere la facultad para cobrarlo; en el segundo es imprescindible la notificación para que este tenga conocimiento de su nuevo acreedor.

En materia de perfeccionamiento de estos modos de transferir las obligaciones, la cesión es doblemente formalista, puesto que para que surta efectos, se necesita de la nota de cesión en el título, la cual designa al cesionario e incluye la firma del cedente y, de la entrega del documento, en el endoso sólo es suficiente la escritura al reverso del documento.

Al ser el título valor autónomo, es decir, al desprenderse de su relación o negocio causal, no cabe oponer excepciones en cuanto a esto. En cambio, en la cesión de créditos sí es posible presentar excepciones con respecto a su nexos causal, ya que se conservan los beneficios y desventajas del negocio. Y en cuanto a la prescripción en los títulos valores, debe decirse que estos son variados dependiendo de la figura, de este modo se tiene que los cheques prescriben en 6 meses, la acción directa en tres años, y la acción de regreso en uno. Los créditos prescriben en diez años si se trata de prescripción ordinaria y veinte años si es extraordinaria.

Cesión de deudas

Se entiende por cesión de deudas la transmisión del extremo pasivo de la obligación, es pues el contrato mediante el cual el deudor traspasa su deuda a otro sujeto para que este cumpla con la obligación, obligación que por el traspaso no sufre alteración alguna (*idem debitum*), liberándose totalmente del vínculo el deudor primitivo.

La cesión de deudas, o como también ha sido llamado por la doctrina, asunción de deudas, no fue en principio aceptada en la órbita jurídica, si bien como

anteriormente se mencionó, la cesión de créditos vio truncada su evolución jurídica debido a la preponderante influencia de los preceptos romanos. La cesión de deudas no logró ni siquiera ser medianamente aceptada, ya que respecto al sujeto pasivo de la obligación existía una fuerte e inveterada concepción de que quien accedía a contratar con este lo hacía debido a sus calidades personales (*intuito personae*).

El Código Civil Colombiano, al igual que el Chileno, el Español y el Francés no consagran en ninguno de sus preceptos la asunción o cesión de deudas, debido a que estos ordenamientos encuentran su fuente en el Derecho Romano; el derecho germánico (*Código Alemán de 1900*) y el derecho suizo, por el contrario, si han reglamentado la cesión de deudas. No obstante, en el Derecho Alemán para que pueda proceder esta institución, se requiere de la aquiescencia del acreedor. En el país, a lo largo del tiempo, esta figura ya se ha ido implementado, pero al igual que en el Derecho Alemán es necesario notificar al acreedor y obtener su aprobación para que opere la figura.

La doctrina colombiana ha considerado que la asunción de deudas encuentra sus fuentes en la sucesión mortis causa y en el negocio jurídico; la primera hace relación a las deudas del causante que deben cancelar sus herederos, así lo dispone el artículo 1155 del Código Civil; la segunda, por el contrario, no ha sido incluida en el Código Civil Colombiano, existen algunos ejemplos, como en el caso de quien accede a un bien inmueble debe respetar el contrato de arrendamiento (*Art. 2020 C.C*), pero es posible que no se trate de una cesión de deudas sino de una cesión de contratos¹⁹⁸.

El artículo 2178 *ibidem* podría acercarnos a una noción de asunción de deudas, ya que ante la insolvencia de los deudores, el mandatario mediante un pacto especial puede responsabilizarse de la deuda, constituyéndose como el deudor principal. A pesar de que la asunción de deudas no ha sido incluida en el ordenamiento jurídico colombiano, se ha considerado que el principio de la autonomía privada que rige sobre este hace factible que tal institución tenga cabida en la cotidianidad del tránsito jurídico, y así como se transmite el extremo activo de la obligación, pueda ser concebido el polo pasivo de la misma¹⁹⁹. Cabe argumentar que dicha figura puede darse sin ningún problema por la novación subjetiva, ya

198 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil*. Tomo III. Editorial Temis. Bogotá. 1998.

199 Pérez Vives, Álvaro. *Op., cit.*, P. 97.

que la obligación se extingue y crea una nueva al reemplazarla por nuevos sujetos contractuales, como se presenta en este escenario, donde se reemplaza la parte pasiva de la obligación por otra.

Uno de los principios condicionantes para que pueda ser viable la cesión de deudas es que el derecho que el acreedor posee en el vínculo obligacional no puede sufrir detrimento alguno por causa de la cesión, ya que, si el patrimonio del deudor cesionario no es garantía suficiente, la cesión no es procedente. Por tal razón, es indispensable la aprobación del acreedor, la cual puede realizarse por medio de la aceptación directa que hace el acreedor a su deudor cuando este último decide cancelar la deuda, siendo no necesario el acuerdo con el antiguo deudor, o por medio del contrato que realiza el cedente y cesionario, convenio que debe ser ratificado tanto de manera expresa o tácita.

La asunción de deudas ha sido considerada por algunos ordenamientos extranjeros como solemne, y por lo tanto debe constar en escrito, es este el sentir del Código Civil Checo, el cual hace énfasis en la no alteración de la obligación cuando es cedida.

En síntesis, podemos concluir que los efectos de la cesión de deudas son los siguientes. En primer lugar, el deudor antiguo se desprende totalmente del vínculo obligatorio; en segundo lugar, el cesionario o nuevo deudor asume la misma posición del deudor primitivo; en tercer lugar, la obligación se mantiene intacta, no sufre modificación alguna como consecuencia de la cesión; de este tercer efecto se deriva lo siguiente, que el crédito del acreedor aun se encuentra respaldado por la garantías que a su favor estableció al antiguo deudor y, que el nuevo deudor puede oponer todas las excepciones que considere convenientes, excepto aquellas que son enteramente personales.

Delegación

La delegación puede constituirse como uno de los antecedentes romanos a la cesión de deudas, la necesidad de transmitirse el vínculo pasivo de la deuda, llevó a que se aceptara la sustitución del deudor, pero como ya lo mencionamos, la concepción material y personal sobre quien se obligaba, sólo concedió que el reemplazo del sujeto pasivo se hiciese pero extinguiendo la obligación antigua, de tal modo que los perjuicios y garantías de la obligación anterior desaparecían por medio de la novación.

Consiste esta figura, en el convenio que realizan tanto el deudor primitivo como el nuevo deudor, para que este asumiera la deuda inicialmente contraída por aquel. “Consiste esta figura, en el convenio que realizan tanto el deudor primitivo como el nuevo deudor, para que este asumiera la deuda inicialmente contraída por aquel. La idea era simplificar la relación entre los tres sujetos. Así, la delegación se puede definir como un acuerdo entre dos personas una de las cuales es deudor (delegado) de la otra (delegante), para que aquella le pague a un tercero (delegatario), una obligación de la cual este último es del delegante²⁰⁰.”

La delegatio constituía la regla general y común de transmitir el extremo pasivo de la obligación implicando la extinción del vínculo primitivo, siendo por tal motivo, una especie de novación subjetiva entre comillas. Al respecto, aclara el Tamayo Lombana, cuando dice: “la delegación es una operación *sui generis*, que es susceptible de configurar o no novación²⁰¹”, el mismo autor expone que la delegación configura la novación “cuando interviene el consentimiento del delegatario (el primer acreedor), para aceptar la delegación que ha hecho su deudor y, básicamente, para liberar a este²⁰²”. De lo anterior se deduce que si el deudor original o el acreedor no aceptan la intervención de un tercero para que reemplace al deudor primario no se producirá novación, ya que esta necesita consentimiento expreso. Si se reemplaza al deudor original sin el consentimiento tanto de la parte deudora como acreedora se estará frente a un caso de delegación imperfecta o expromisión, pero si al contrario las dos partes están de acuerdo en permitir el paso a un segundo deudor para reemplazar al original se estará frente a una delegación perfecta que desembocará en la novación.

Expromisión

Esta institución consiste en que el deudor primitivo se libera de la obligación, puesto que otro sujeto se hace cargo de la deuda, sin que haya conocimiento o aquiescencia del primero. Es decir, alguien decide pagar autónomamente la deuda haciéndole saber al acreedor que se quiere asumir la posición del deudor. Se

200 Barrera Tapias, Carlos Darío. *El derecho de las obligaciones. Concepto, clasificación, transmisión y extinción*. Bogotá: Universidad Javeriana. 2012. Pág. 146.

201 Lombana, Tamayo. *Manual de obligaciones. Las obligaciones complejas. La extinción de las obligaciones*. Editorial Temis. Colombia, Bogotá, 2003. P. 160.

202 Lombana, Tamayo. *Op., cit.*, P. 160.

contraponen esta figura a la *delegatio*, puesto que aquí no hay convenio o acuerdo entre el antiguo deudor y nuevo deudor, pero aun así, también implica la extinción del vínculo y por tal razón fue vista en la óptica jurídica romana como una especie de novación personal, extinguiéndose de igual manera los perjuicios y garantías de la obligación anterior.

Tanto la expromisión como la delegación, fueron instituciones derivadas de la novación subjetiva o personal, que sirvieron en Roma para transmitir el aspecto pasivo de la obligación, bien fuera, por medio del acuerdo de deudor antiguo y el nuevo deudor, o cuando el acreedor admitía cancelada la deuda por el pago hecho por un tercero, aunque el verdadero deudor no hubiese consentido el pago hecho por este.

Cesión de contratos

La cesión de contratos es la sustitución de cada una de las partes que integran la relación contractual por un tercero, o como ha expresado la doctrina, la yuxtaposición de obligaciones en virtud de una convención hecha por las partes que anhelan ser reemplazadas. Por medio de esta figura, se transmite simultáneamente tanto el crédito o aspecto activo, como la deuda o aspecto pasivo; el vínculo contractual cedido no sufrirá ninguna modificación o alteración, por tanto, conservará las garantías, privilegios y beneficios que emanan de la naturaleza misma del contrato, empero, la cesión no hará transferencia de los accesorios fundados en causas ajenas o aquellos relacionados con las calidades personales de los contratantes.

En nuestro ordenamiento, la cesión de contratos, se encuentra regulada expresamente por las normas mercantiles, así, el artículo 887 del Código de Comercio estipula que son susceptibles de ser cedidos los contratos mercantiles de tracto sucesivo o aquellos denominados de ejecución instantánea, siempre y cuando, estos últimos no hayan sido cumplidos parcial o totalmente.

Así mismo, dispone el artículo citado que no podrán ser cedidos los contratos de consideración *intuitu personae*, no obstante, podrán ser cedidos si media aceptación del contratante cedido, ejemplo de tal caso se da en materia de Contratación Estatal, pues la Ley 80 de 1993, que regula en exclusiva este tema, proscribire en su artículo 41 inciso 3° que para la cesión de los contratos estatales, por estar contenidos en los *intuitu personae*, debe mediar a menos que exista preciadle autorización de la actividad contratante.

A diferencia de la cesión de créditos, que esta revestida de un fuerte formalismo, la cesión de contratos puede perfeccionarse tanto escrita como verbalmente, dependiendo claro está, de si el contrato cedido es de carácter solemne o consensual. Pero tratándose particularmente de contratos que constan en escritura pública, es necesaria la autenticación de la firma del cedente y la inscripción en el registro para que la cesión sea oponible a terceros.

En materia de establecimientos de comercio, el arrendatario comercial que ha permanecido en el establecimiento comercial por más de dos años, tiene derecho a la renovación de su contrato de arrendamiento. Si el establecimiento comercial es vendido debe cederse el contrato de arrendamiento, puesto que el arrendatario ostenta el derecho de renovación lo que permite la cesión automática del contrato, a menos que se presenten tres casos, según el numeral 1° del artículo 518 del Código de Comercio, no tendrá derecho a la renovación del contrato el arrendatario que haya incumplido con este, en segundo lugar, cuando el propietario necesite el establecimiento para construirlo como vivienda propia o para destinarlo a una actividad propia y distinta a la del arrendatario, y por último, cuando sea necesaria la reconstrucción o la realización de obras que impidan la permanencia del arrendatario.

De igual manera, aunque el subarriendo se proscribe en materia civil, puede efectuarse la cesión del contrato por medio del subarriendo en materia comercial, siempre y cuando no sea superior al 50 por ciento, es decir, es permitida sin autorización del acreedor.

Efectos entre las partes

La cesión de contratos surtirá efectos entre las partes desde el mismo día en que ha sido celebrada, de tal manera que quien cede un contrato es responsable por la existencia, garantías y validez del mismo, pero no será de igual manera responsable del cumplimiento de los contratantes, claro está si las partes no han convenido que así sea. Si por el contrario, el cedente se hace responsable del cumplimiento de las partes, el cesionario, ante el incumplimiento o mora de uno de los contratantes, deberá dar aviso al cedente dentro de los diez días siguiente, pues vencido este plazo, el cedente se libra de la obligación de garantía inicialmente pactada.

Efectos frente a terceros

La cesión de contratos sólo surte efectos frente a terceros, entre los cuales se encuentre el contratante cedido cuando la cesión haya sido plenamente notificada o aceptada. Si el contratante cedido autoriza o acepta con reservas la cesión del contrato, el cedente no se desvincula, pudiendo aquel, exigir al cedente que cumpla con las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario incumpla con estas, exigencia para la cual tiene un plazo de diez días, pues de lo contrario, el cedente no será responsable.

El contratante cedido podrá oponer las excepciones que se deriven del contrato al cesionario, además podrá oponer excepciones al cedente, si la autorización o aceptación de la cesión se hizo con reserva.

Subrogación, como fenómeno jurídico

La subrogación es un concepto amplio y general, hace relación al término sustitución que puede ser tanto de una cosa por otra, como de una persona por otra; en este último caso, la subrogación, al hacer una sustitución de uno de los sujetos de la obligación, se constituye como una de las formas de transmisión de obligaciones.

Subrogación real

La subrogación real hace relación, como ya lo mencionamos, a la sustitución de una cosa por otra, de modo que, la prestación inicialmente debida se cumple por medio de otra. Ejemplo de tal puede ser la indemnización que, al ser exclusivamente avaluada en dinero, puede considerarse como un subrogado pecuniario, por medio de la cual se busca equilibrar el monto a la obligación contraída y que ha sido incumplida.

Su principal aplicación se da en materia de regímenes patrimoniales cuando dentro del patrimonio de una persona, como en el caso de los cónyuges, existen bienes con una destinación especial puesto que dentro del régimen patrimonial de la sociedad conyugal hay bienes cuya titularidad es exclusiva del esposo o la esposa y otros que son susceptibles de ser repartidos entre estos²⁰³.

También ha considerado la doctrina que se efectúa la subrogación real, cuando en una obligación de tipo facultativa o alternativa, el deudor posee el derecho

.....
203 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, P. 438 y ss.

de extinguir la obligación mediante el pago de otra cosa (*in facultate solutionis*), la cual no ha sido inicialmente convenida. Así mismo, ocurre la subrogación real en la dación en pago, puesto que en el momento de ser cumplida la obligación, y con la aceptación del acreedor, el deudor paga con otra cosa²⁰⁴.

Subrogación personal

La subrogación es personal cuando se sustituye una persona por otra, cuando una persona ocupa el lugar de otra, obteniendo esta, la misma posición jurídica de aquella, por ejemplo, los herederos que se subrogan en los derechos y obligaciones del causante, subrogación que opera por medio de la sucesión. Como inicialmente lo habíamos mencionado, la subrogación se establece como uno de los modos de transmitirse las obligaciones. Respecto a esta aseveración, la doctrina ha considerado que es también un modo de extinción de las obligaciones, ya que ha sido considerado como efecto de la subrogación la extinción de la obligación.

Pero resulta extraño, como posteriormente lo vamos a enunciar, que la subrogación permita la transmisión de las garantías, privilegios y accesorios de la obligación, es decir, que la obligación no sufra modificación alguna y sólo se altera por la sustitución del sujeto activo o acreedor, o la parte pasiva o deudora.

Subrogación por pago

La subrogación por pago consiste en que una persona, diferente al deudor que ha contraído la obligación, decide realizar el pago al acreedor con conocimiento del deudor, ya que si dicho pago se realiza sin su conocimiento o voluntad no podrá subrogarse tal cual lo establece los artículos 1630 y 1631 del Código Civil. Si el tercero paga con aquiescencia del deudor extingue la obligación surgida entre el acreedor y deudor, pero al subrogarse los derechos del acreedor el deudor queda atado a este último. En este tipo de subrogación ocurre la sustitución del sujeto activo o acreedor, aun así, no debe confundirse con la figura de la cesión de créditos, pues tanto esta, como la subrogación difieren en aspectos sustanciales que serán enunciados más adelante.

.....
204 Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las obligaciones*. Temis. Bogotá. 1998.

Por ahora nos compete demostrar las acciones que posee aquel tercero que ha pagado por el sujeto pasivo del vínculo obligacional, para que lo pagado le sea reembolsado. En primer lugar, si el pago ha sido con consentimiento del deudor, el tercero o *solvens*, posee las acciones derivadas del mandato y la acción de subrogación en virtud de los artículos 1666 a 1670 del Código Civil; si por el contrario, el pago fue hecho sin el consentimiento del deudor, el solvens podrá ejercer las acciones procedentes de la agencia oficiosa (art. 2309 C.C.), o también aquellas que provienen de la subrogación; por último, si el tercero ha hecho el pago contra la voluntad del deudor sólo tendrá a su favor la *actio in rem verso*, la cual se origina cuando el pago reúne los requisitos de un enriquecimiento sin causa.

El *solvens*, al ejercer las acciones subrogatorias, obtiene en comparación con las acciones personales del pago un beneficio adicional, puesto que adquiere, junto con los derechos del acreedor, las garantías u accesorios, situación que no le otorga las acciones personales. Así, si la obligación se encontraba garantizada con hipoteca o fianza estas se transmitirán al solvens, asegurándose de esta manera el cumplimiento de la obligación. De igual manera, el solvens podrá gozar del interés que la obligación devengaba, el cual puede ostentar una notable diferencia con el interés legal, pues este último sólo tendría derecho por medio de la acción personal.

Respecto al artículo 1632 del Código Civil, el cual estipula que quien paga contra la voluntad del acreedor no tendrá derecho a exigir reembolso de lo pagado; una parte de la inveterada doctrina ha considerado que, por medio de una interpretación sistemática, debe prevalecer sobre el mencionado artículo el 2309 del Código Civil que reglamenta la agencia oficiosa, la cual consiste en que quien realiza la administración de un negocio ajeno en contra de la voluntad de su titular no podrá exigirle los gastos de la gestión, a menos que, la administración le hubiere sido útil y actualmente lo sea, menciona específicamente la norma, el caso de quien paga una deuda ajena. Los argumentos de quienes defienden esta tesis se justifican, en primer lugar, en la prohibición que hace nuestro ordenamiento del enriquecimiento a costa de otro, y en segundo lugar, la innegable contradicción de los artículos mencionados, pues siempre la extinción de una deuda beneficiará indiscutiblemente al obligado²⁰⁵.

205 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, P. 441.

Subrogación legal

La subrogación legal se encuentra reglamentada en el artículo 1668 del Código Civil, opera esta, en virtud del ministerio de la ley y aun en contra de la voluntad del acreedor, lo cual representa, en términos de Valencia Zea, ...*una auténtica expropiación del crédito*²⁰⁶.

Nuestro Código, en el artículo mencionado, establece seis casos de subrogación legal, a diferencia del artículo 121 del Código Civil Español, que sólo consagra tres, cuando un creador paga a otro acreedor de mejor derecho, cuando un tercero no interesado paga con autorización del deudor, y cuando un interesado paga con autorización del deudor, y cuando un interesado paga, y lo hace a manera de presunción, pues es posible que un tercero realice el pago con la intención de hacer una donación al deudor. (*Animus donandi*)²⁰⁷.

La Corte Suprema de Justicia, en materia de subrogación legal ha expresado que no podrán extenderse los casos consagrados en el numeral sexto a otros por medio de analogía, aseveración que encuentra su razón en que la subrogación ha sido incluida en el ordenamiento jurídico como una especie de ficción, las ficciones deben interpretarse restrictivamente, puesto que por medio de ella se da vigencia a una deuda que se ha extinguido mediante el pago que hace un tercero al acreedor²⁰⁸.

El primer numeral del artículo 1668 del Código Civil expresa que se efectuará la subrogación por mandato de la ley, cuando un acreedor paga a otro de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca. Encontrándose el deudor frente a dos acreedores, respecto a los cuales su deuda se encuentra respaldada de la siguiente manera, frente al primero existe como garantía una hipoteca y frente al segundo un título quirografario, es posible que al ser el bien inmueble rematado en subasta pública y por su escaso valor, el segundo acreedor, quien no ostenta una garantía de primer grado no logre satisfacer su crédito con el remanente de la subasta, decide este cancelar la deuda al acreedor que detenta una garantía preferente, y así se subroga sus derechos, para que en lo posible el crédito le sea cancelado.

Es necesario, para que prospere la subrogación del numeral 1° del 1668, que el pago hecho al acreedor preferente sea hecho por un acreedor del mismo deudor

.....
206 *Ibidem*. Pág. 440.

207 Puig Peña, Federico. *Op., cit.*, P. 56

208 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 26 de febrero de 1894.

y, que a quien se paga, posea indudablemente una garantía de grado superior en la escala de la prelación de créditos.

El segundo caso de subrogación legal se efectúa cuando el comprador de un inmueble es obligado a cancelar la hipoteca, subrogándose así, en los derechos del acreedor hipotecario evitar el derecho de persecución que sobre él ejecutaría el acreedor hipotecario, derecho que se deslinda al ser la hipoteca un derecho real y por lo tanto *erga omnes*. Considera la doctrina que el precio de la compraventa, si aun no ha sido cancelado, puede ser compensado por el valor de la hipoteca, pero si inicialmente fue cancelado, el comprador puede gozar de otras garantías o privilegios que harían más útil el crédito del cual es titular.

El tercer numeral estipula la deuda cancelada por un codeudor solidario o por quien responde subsidiariamente, como en el caso del fiador. El primero responde por el cumplimiento de una obligación solidaria, siendo uno de los efectos internos de este tipo de obligación, la subrogación que el deudor que paga la totalidad de la deuda hace de los derechos del acreedor, pudiendo así, exigir el resto de la deuda de los demás codeudores. Pues es principio de la solidaridad la facultad que tiene el acreedor para exigir a cualquiera de los deudores el cumplimiento total de la deuda, sin que este pueda excepcionar el beneficio de división, aun así, aunque tenga el deber de pagar la deuda entera, no significa esto que su patrimonio deba cargar con el peso de la misma, ya que por mandato legal puede dirigirse contra los codeudores.

El fiador, por su parte, es la garantía que se establece a favor del acreedor, para que en caso de insolvencia del deudor pueda conseguir el patrimonio del fiador y así, dar cumplimiento a la obligación. Este último, si debe pagar la deuda al acreedor se subroga sus derechos y podrá exigir el pago de la deuda a su fiado.

En el cuarto numeral, se plantea el caso de quien aceptando una herencia con beneficio de inventario, es decir, consintiendo los pasivos de la herencia hasta la convergencia de los activos, paga deudas del causante, no con dinero de la herencia sino con el suyo propio, debido a que los pasivos son superiores de los activos, de tal modo, que al no ser único heredero, se subroga los derechos del acreedor y puede exigir el incumplimiento de la deuda al resto de los causahabientes.

En el quinto caso, se estipula que quien con anuencia, (consentimiento) expresa o tácita del deudor, paga por este a su acreedor, se subroga los derechos de este. La Corte Suprema de Justicia ha considerado que el simple silencio no puede

observarse como aceptación, pues quien calla ni niega ni otorga²⁰⁹. Así mismo, ha dictado la jurisprudencia que quien decide pagar por otro debe hacerlo con dinero de su propio peculio, pues la subrogación no opera si el pago ha sido hecho con dinero que ha recibido y ha sido destinado para ello, pues en este caso se encuentra realizando una obligación adquirida inicialmente²¹⁰.

La doctrina ha considerado que en el numeral 6º se trata un simple caso de mutuo²¹¹, puesto que se hace referencia a quien presta dinero al deudor para que este cancele personalmente la deuda al acreedor. Es decir, existe un préstamo del consumo, que para el caso está específicamente determinado, siendo el de dar cumplimiento a una prestación, aun así, quien ha prestado el dinero se subroga en los derechos del acreedor. Pero agrega este numeral, como primer requisito, que el préstamo debe constar en escritura pública, así como el fin del dinero prestado. De igual manera, y como segundo requisito, el pago que hace el deudor a su acreedor debe manifestarse en escritura pública en la cual se diga que el dinero con el que se ha cumplido la deuda proviene del mutuo efectuado con quien más adelante se subrogará los derechos del acreedor. El hecho de que el préstamo y el pago deba ser registrado en escritura pública, que puede ser una sola, deduce que el acto es doblemente solemne, consideración que tiene su raíz en el derecho francés.

Subrogación convencional

La subrogación convencional proviene del previo acuerdo entre el acreedor y el tercero que paga por el deudor (solvens), con base en dicho pacto, el deudor se subroga los derechos del acreedor y los privilegios, garantías y accesorios que este tiene a su favor. Para que opere la subrogación convencional, se necesita del consentimiento del acreedor, además, debe constar en carta de pago.

En la parte final del artículo de 1669 del Código Civil, la norma que estipula la subrogación convencional, se establece que esta estará sujeta a las reglas de la cesión de créditos, por lo tanto debe obedecer a la solemnidad de la cesión de créditos y constar en documento, pero con la diferencia de que la subrogación implica

.....
209 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 26 de febrero de 1894.

210 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 1860.

211 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, P. 443 y ss.

una carta de pago la cual debe ser entregada al *solvens* al igual que la cesión, la subrogación debe ser comunicada al deudor.

En síntesis, podemos establecer cuatro requisitos para que se perfeccione la subrogación convencional, en primer lugar, el consentimiento del acreedor, en segundo lugar, que el pago sea por un tercero; como tercer requisito, debe la subrogación constar en carta de pago y por último, la notificación al deudor.

Efectos de la subrogación

En primer lugar, por medio de la subrogación se efectúa el traspaso del crédito, bien sea a través de la subrogación legal o convencional; transfiriéndose a la vez, los privilegios, garantías y accesorios de la obligación.

El crédito cedido al tercero que paga, no sufre modificación alguna, por lo tanto, si se trata de un crédito preferencial o de un crédito que devengaba cierto porcentaje de intereses, el *solvens* ostentará el mismo crédito del acreedor cuyos derechos se subrogan. Además de lo anterior, por medio de la subrogación el *solvens* adquiere la misma calidad del antiguo acreedor, pudiendo ejecutar las acciones.

Diferencias entre cesión de créditos y subrogación

La cesión de créditos encuentra su fuente en el contrato que realizan las partes, implicando la concurrencia de voluntades entre el cedente y cesionario, en cambio, la subrogación tiene su origen en dos fuentes, en primer lugar, la ley, la cual deriva en la subrogación legal y que pueda efectuarse en contra de la voluntad del acreedor, (art. 1668 C.C.); y en segundo lugar, el contrato, estableciéndose como subrogación convencional.

La cesión, por su parte, admite la especulación, es decir, que el cesionario pueda realmente cobrar la totalidad del crédito, ya que en un primer momento el cedente sólo está obligado a responder por la solvencia del deudor hasta ese momento, al menos que se pacte lo contrario, pero si ocurre lo primero, existiría la posibilidad de que en un escenario futuro el deudor no pudiera responder con su obligación, perjudicando directamente al cesionario. Cabe agregar a esto, que la cesión permite que el cesionario adquiriera los derechos sobre esta por una cantidad menor a la establecida en el crédito. En contra posición, la subrogación sólo puede exigir el reembolso en proporción a lo realmente pagado por el tercero.

Como ya lo mencionamos, el tercero que subroga los derechos del acreedor tiene a su favor, tanto las acciones personales para exigir el reembolso de lo pagado, como la misma acción subrogatoria, en cambio, el cedente no puede sino ejecutar las acciones que se derivan del crédito cedido. Además, en la cesión de créditos, el cedente se responsabiliza por la existencia del crédito al momento de la cesión, e incluso, por medio de voluntad expresa, puede responsabilizarse de la solvencia del deudor cedido. En materia de subrogación, por el contrario, el acreedor que consiente el traspaso de sus derechos al tercero que paga, no adquiere ninguna de las dos obligaciones mencionadas.

Parte de la doctrina ha considerado que mientras la cesión constituye un modo de transmitir las obligaciones, la subrogación constituye una forma de extinción de las mismas, no obstante, esta aseveración ha sido constantemente cuestionada, porque no puede considerarse extinguida la obligación en la subrogación, ya que esta es transferida con todos sus accesorios y garantías, razón por la cual, es conveniente incluir la subrogación dentro de los modos de transmisión de obligaciones y no dentro de las formas de extinguirlas.