

# La cesión de créditos en garantía, de acuerdo con la Ley 1676 de 2013\*

MARÍA ELISA CAMACHO LÓPEZ\*\*

## RESUMEN

La introducción de la cesión de créditos en garantía, como una especie de garantía en la ley de garantías mobiliarias (Ley 1676 de 2013), demuestra la importancia del crédito como activo de los empresarios, lo que se ve reflejado en los diversos negocios que tienen por objeto el derecho de crédito, empezando por la misma cesión de créditos, la cesión de créditos en garantía, el *factoring*, el *forfaiting* internacional, entre otros, lo cual incentiva el estudio de estas figuras.

Por esta razón, con el presente artículo se pretende hacer un primer análisis sobre las normas dedicadas a la cesión de créditos en garantía, teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras existentes sobre la materia.

## PALABRAS CLAVE

Cesión de créditos, cesión de créditos en garantía, ley de garantías mobiliarias.

## ABSTRACT

The regulation of the assignment of credits, as a kind of guarantee in the colombian law on secured transactions, demonstrates the importance of credit as assets of the entrepreneurs, which is reflected in the various businesses

\* Fecha de recepción: 11 de agosto de 2014. Fecha de aceptación: 4 de diciembre de 2014. Para citar el artículo: CAMACHO, M. "La cesión de créditos en garantía, de acuerdo con la Ley 1676 de 2013", en *Revist@ E-Mercatoria*, volumen 13, n.º 2, julio-diciembre, 2014, pp. 161-178.

\*\* Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la misma universidad. Magíster en Sistema Jurídico Romano, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración de la Universidad de Roma II Tor Vergata. Doctora en Sistema Jurídico Romano y Unificación del Derecho de la misma universidad. Correo-e: maria.camacho@uexternado.edu.co.

that aim to the right of credit, starting with the same assignment of credits, the collateral assignment, factoring, forfaiting internationally, among others, which encourages the study of these business.

For this reason, with this article we try to do a first approach about the regulation dedicated to the collateral assignment, having in mind the doctrine and jurisprudence national and foreign about this matter.

## KEYWORDS

Assignment of credits, collateral assignment, law on secured transactions.

## INTRODUCCIÓN

La Ley 1676 de 2013, la cual tiene como propósito, tal como lo enuncia en su artículo primero: "[...] incrementar el acceso al crédito mediante la ampliación de bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria", dedica el capítulo II del título III a las garantías mobiliarias sobre créditos, extendiendo la aplicación de dichas disposiciones a la cesión de créditos en garantía.

Se fortalece entonces la posibilidad de garantizar una obligación con un crédito, lo que ya se reconocía en el artículo 2414 del Código Civil en el cual se encontraba prevista la prenda de crédito, norma esta que fue derogada por el artículo 91 de la comentada ley<sup>1</sup>. La novedad estriba en la alusión a la cesión de créditos en garantía, como medio a través del cual se puede llegar a instrumentalizar la constitución de una garantía sobre créditos.

De lo anterior se desprende un principio de tipificación de esta clase especial de cesión de créditos, que tiene por fin garantizar una obligación<sup>2</sup>.

1 CCI. art. 2414: "Se puede dar en prenda un crédito, entregando el título, pero será necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito, consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos".

2 En cuanto a la afirmación según la cual la cesión de créditos en garantía ha sido tipificada por la Ley 1676 de 2013, es del caso señalar que para efectos de considerar tipificada una figura es necesario que la misma tenga una disciplina completa, entendiendo por esto que haya una tipificación de configuración y de regulación, es decir que se establezcan sus elementos y sus efectos. En este caso particular, tal como se indicará más adelante, no fue regulada de manera específica la obligación de restitución a cargo del cesionario, la cual debe operar en ciertos casos, y aunque esta obligación se puede extraer de otras disposiciones contenidas en la ley y obviamente de varios principios generales del derecho y de los principios generales de las obligaciones y contratos, nos parece que debió haberse previsto expresamente esta obligación, razón por la cual consideramos que su regulación no es completa.

Decimos principio de tipificación, pues en nuestra opinión la regulación de la figura no puede considerarse completa. Sin embargo, representa un paso importante hacia el mayor uso de la figura, teniendo en cuenta que, al darle reconocimiento, cierra la brecha a las constantes disquisiciones existentes alrededor de su empleo en la práctica negocial.

Para efectos de nuestro estudio, creemos relevante conocer cuáles son esas problemáticas relacionadas con el uso de la cesión de créditos en garantía en aquellos ordenamientos en los que no ha sido tipificada, razón por la cual iniciaremos el presente análisis abarcando ese aspecto, para luego extraer del estudio de la ley las principales características de la cesión de créditos en garantía.

### 1. PROBLEMÁTICAS RELACIONADAS CON EL EMPLEO DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN GARANTÍA EN LOS ORDENAMIENTOS EN LOS QUE NO HA SIDO TIPIFICADA

El empleo de la cesión de créditos en garantía en los ordenamientos jurídicos en los cuales no ha sido tipificada, ha suscitado en la doctrina y en la jurisprudencia la necesidad de resolver dos problemáticas a las cuales se encuentra asociada.

Se trata, por una parte, de la existencia de la prohibición del pacto comisorio<sup>3</sup> y, por otra, de la posible insuficiencia de un motivo de garantía para explicar

3 La prohibición del pacto comisorio tiene su origen en el derecho romano. Su prohibición estuvo precedida por su permisión durante el período clásico del derecho romano a través de la denominada *lex commissoria*, en virtud de la cual el acreedor garantizado con una prenda o el fiduciario en la *fiducia cum creditorum* podía retener como propietario la cosa que le había sido dada en garantía ante el incumplimiento del deudor garantizado. Será con posterioridad, durante el período posclásico del derecho romano, que se introducirá la prohibición del pacto comisorio en una constitución de Constantino, la cual será retomada por Justiniano en C. 8, 34, 3 (CTh. 3.2.1): "*Imperator Constantinus*. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri". En torno a las razones por las cuales fue introducida esta prohibición, explica O. SACCHI en "*Lex commissoria e divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*", en *Ius Antiquum* n.º 19, 2007, las diversas teorías que se han expuesto por parte de la doctrina. Así pues, una de las explicaciones ofrecidas indica que la prohibición del pacto comisorio es un reflejo del principio del *favor debitoris*, siendo este uno de los principios cristianos que impregnaron el derecho romano de aquella época, en la medida en que la prohibición pretendía evitar los comportamientos usurarios en contra del deudor. Otra razón se encuentra en la necesidad de tutelar el principio de la *par conductio creditorum*. También se ha propuesto que el motivo de la prohibición radica en el interés del legislador de evitar la creación de una cláusula de garantía atípica. Por su parte, GIUSEPPE TERRANOVA explica que la doctrina y la jurisprudencia más recientes han precisado que la norma contenida en el artículo 2744 del *codice civile*, la cual prevé la prohibición del pacto comisorio, tiene un rol diverso de aquel que generalmente le ha sido atribuido, puesto que dicha prohibición no se refiere a aquellas figuras en las cuales el bien del cual se apropia el acreedor tiene un precio corriente o determinable, de tal forma que permita descontarlo de la deuda garantizada;

la producción de un efecto consistente en la transferencia de la titularidad de un derecho, en este caso de un derecho de crédito<sup>4</sup>.

En cuanto a la primera dificultad, es decir, la prohibición del pacto comisorio, esta parece haber sido superada por medio de la derogación del inciso segundo del artículo 2422 del Código Civil, en el cual se preveía que no podía estipularse en el contrato de prenda la facultad en cabeza del acreedor de disponer de la cosa dada en prenda o de apropiársela por medios distintos a los señalados en el primer inciso, es decir, a través de la venta en pública subasta o de adjudicación. Con ese mismo objetivo fue derogado el artículo 1203 del Código de Comercio, en el que también se prohibía una estipulación como la anterior, consagrando su ineficacia en caso de estipularse.

En cuanto a la segunda dificultad comentada, es decir, la de la insuficiencia de una finalidad de garantía para producir un efecto traslativo de la titularidad de un crédito, resulta necesario hacer varias observaciones.

En primer lugar, es necesario recordar que la figura aquí empleada para otorgar una garantía a favor de un acreedor tiene su base en la cesión de créditos, cuyo elemento causal, entendiendo por tal la función económico-social a la que se dirige el negocio jurídico, es decir, la causa en sentido objetivo, ha sido explicada de diversas formas por la doctrina.

Entre dichas apreciaciones se encuentra la de quienes consideran que la cesión de créditos tiene una causa propia y autónoma, consistente en la transfe-

pero además porque la nulidad debería extenderse a los pactos que producen un efecto traslativo inmediato, ya que también en esas subsiste el peligro de que el deudor subestime el riesgo de perder por siempre el bien ofrecido en garantía y entonces se decida a cederlo sin sopesar en manera adecuada su valor. En otras palabras, en opinión del autor, lo que explica la prohibición del pacto comisorio es el posible desequilibrio entre el crédito dado en garantía y la obligación principal. Cfr. G. TERRANOVA, "Pagamenti anomali e garanzie", en *Rivista Banca, Borsa, Titoli di credit*, 2000, vol. LIII, gen.-feb., Milano, Giuffré, p. 53. Por último, me interesa recordar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP CARLOS IGNACIO JARAMILLO, 29 de julio de 2005, en la que, en torno a la prohibición del pacto comisorio, se expresó: "Pero luego de celebrado el respectivo contrato de prenda o de hipoteca, en desarrollo del arraigado principio de la autonomía privada, es dable afirmar que, *ex intervallo*, bien pueden acreedor y deudor celebrar acuerdos que, por fuera del marco negocial primigenio, faciliten la realización de la garantía, en el entendido que este último –por regla– ya no tiene el apremio de obtener un crédito y, por lo mismo, puede más libre y soberanamente exteriorizar su voluntad para la satisfacción de sus individuales intereses".

- 4 Uno de los más remotos antecedentes de este género de acuerdos lo podemos encontrar en la *fiducia cum creditorum* existente en el derecho romano. Esta consistía en la transferencia de la propiedad de una cosa con el fin de garantizar una obligación, es decir, era una transferencia de la propiedad a título de garantía en la que una cosa era transferida por parte del enajenante (fiduciante) al adquirente (fiduciario) con el objetivo de cumplir un fin específico, el cual, una vez alcanzado, obligaba al fiduciario a la restitución de la cosa al sujeto que la había enajenado. Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffré, 1990, p. 477.

rencia de la titularidad de un crédito, siendo esta una función práctica relevante para que un negocio reciba protección por parte del ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, para MICCIO, en la misma cesión es posible reconocer la causa completa en la transferencia de los créditos sin tener que remontarse a las razones que tal transferencia determinan, que constituyen realmente los motivos por los cuales una persona cede a otra un determinado crédito, siendo estos variables<sup>5</sup>.

Esta forma de concebir la causa de la cesión de créditos determina la inquietud comentada previamente, pues genera perplejidad el hecho de que un negocio, cuyo fin último es transferir la titularidad de un crédito, pueda estar precedido por motivos de simple garantía.

Dentro de dicho marco, es comprensible la razón por la cual la cesión de créditos en garantía ha sido generalmente identificada en los ordenamientos en los que aún no ha sido regulada como un negocio jurídico indirecto<sup>6</sup>,

5 Cfr. R. MICCIO, *I diritti di credito*, Torino, 1971, p. 436. En contra, M. BIANCA, *Diritto Civile*, t. 3, *Il Contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 586, quien expresamente afirma que el interés a la enajenación del crédito no es suficiente para identificar la justificación práctica del acto. Razón por la cual, teniendo en cuenta que la cesión debe tener una causa so pena de nulidad, este interés se identifica de vez en cuando en la realidad de la singular operación.

6 A favor de la concepción de la cesión de créditos en garantía como negocio jurídico indirecto encontramos una sentencia de la Corte de Casación italiana, Cass., 13 de enero de 1973, n. 4507, en *Mass. Giust. Civ.*, 1973, p. 432, citada por U. LA PORTA, "La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro", en *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 1998, II parte, Milano, Giuffrè, p. 712, nt. 20. En dicha sentencia la Corte, al analizar una hipótesis de cesión a causa de garantía, recurrió al esquema del negocio indirecto, en el sentido de que las partes habían querido lograr finalidades diversas de aquellas propias del negocio de transferencia, utilizando el cobro del crédito cedido de parte del cesionario, para la satisfacción de otro crédito del cual este último es titular respecto del cedente. En contra de esta opinión se encuentra U. LA PORTA, *ob. cit.*, p. 712, quien considera que parte de la errada premisa de que la transferencia de un derecho debe ser siempre expresión de causas que pueden consistir en el intercambio o en una liberalidad, por lo que niegan la suficiencia de la causa de garantía a la determinación causal de la transferencia. El autor lo expresa en los siguientes términos (p. 716): "La negación de las causas atípicas de transferencia o la reducción del fenómeno –para quien lo admite– en el área del negocio indirecto o fiduciario, que no casualmente encuentran mayor espacio en materia de derechos reales, no constituyen posiciones necesarias, ni lógicamente, ni como protectoras del ordenamiento jurídico. Son dictadas debido a la exigencia de tutela del crédito y de los tráficos negociales, en general, susceptibles de ser resueltos diversamente, cuando se puede contar con adecuados instrumentos de publicidad y oponibilidad a los terceros de los pactos privados. En realidad las verdaderas motivaciones parecen tener sus raíces en consideraciones de orden histórico, ligadas a la centralidad de un concepto sacro de propiedad, el cual ya no está hoy en día al centro de nuestro ordenamiento y ni siquiera se encuentra fortalecido por ciertas normas. No se explicaría de otra forma por qué el recelo de aceptar que estatutos de titularidad diferentes de aquellos tradicionales sean más fuertes en materia de derechos reales, donde por el contrario precisamente en aquel sector las formas de publicidad y de oponibilidad a los terceros de eventuales limitaciones o 'conformaciones' parecen más seguras" (trad.).

entendiendo por tal aquel negocio en el cual no coinciden la causa objetiva del negocio empleado y la causa subjetiva o la motivación que ha inducido a su celebración<sup>7</sup>.

De acuerdo con la idea de la cesión de créditos en garantía como un negocio jurídico indirecto, algunos autores consideran que se puede entender comprendida dentro de la especie de los negocios fiduciarios<sup>8</sup>, los cuales se caracterizan por la fiducia o la confianza que existe por parte del sujeto que hace una atribución patrimonial, en la persona a favor de la cual se hace dicha atribución<sup>9</sup>.

Otra orientación presente en la doctrina plantea la identificación de la cesión de créditos en garantía como una prenda de créditos, para efectos de admitir su validez en algunos ordenamientos jurídicos en los cuales aún no ha sido tipificada.

Es el caso de RIVERA, quien considera que la cesión de créditos en garantía constituye una prenda de créditos, en la medida en que esta última es la única garantía típica que se adecúa a las circunstancias fácticas del negocio<sup>10</sup>.

- 7 El negocio indirecto es, en palabras de M. BIANCA, ob. cit., p. 485 (trad.), "el negocio dirigido a la consecución de un resultado ulterior que no es normal o típico del negocio mismo", "[...] se distingue respecto a aquel simulado en cuanto las partes quieren realmente los efectos jurídicos del negocio, que son instrumentales respecto al fin ulterior perseguido".
- 8 Cfr. B. INZITARI. "Forme di garanzie atipiche e indirette nel fallimento: la cessione del crédito a scopo di garanzia", en *Il Fallimento*, n.º 9, 2002, p. 969, quien sostiene que el hecho de que el cesionario ejercite el derecho de recibir del deudor cedido un crédito propio y después ejecute la obligación de restituir al cedente la parte de la suma recibida que excede su crédito respecto del cedente, se justifica al ser directa expresión del carácter únicamente fiduciario y a fin de garantía de la transferencia de crédito, en cuanto que el cesionario que retenga la suma excedente violaría la misma causa fiduciaria y sería responsable respecto del cedente (trad.).
- 9 En opinión de F. FERRARA. "La simulación de los negocios jurídicos", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1961, el negocio fiduciario "es una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y efectos diferentes, colocados en oposición recíproca, consta: 1.º De un contrato real positivo, la transferencia de la propiedad o del crédito, que se realiza de modo perfecto e irrevocable; 2.º De un contrato obligatorio negativo, la obligación del fiduciario de usar tan solo en una cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al transferente o a un tercero". En armonía con la estructura del negocio fiduciario, una orientación en la jurisprudencia italiana, de acuerdo con lo expresado por A. SCACCCHI, "La cessione del credito a scopo di garanzia", *Rivista diritto commerciale*, 2001, p. 613, reconstruye la cesión del crédito a fin de garantía según el esquema de un colegamento negocial entre un negocio traslativo verdadero y propio y un pacto de naturaleza obligatoria, que limita y direcciona los efectos respecto de un intento fiduciario. Sin embargo, SCACCCHI no comparte esta posición, pues considera inconveniente recurrir a una figura negocial cuya causa es todavía objeto de discusión, en este caso el negocio fiduciario, para efectos de explicar la validez de la cesión con función de garantía. Por esa razón propone calificar la cesión de créditos en garantía como un contrato atípico, cuya validez tiene su fundamento en el artículo 1322 del *codice civile*, en el que se consagra el principio de la autonomía de la voluntad.

Por el contrario, esta incertidumbre parece no suscitarse cuando la sola transferencia del crédito no es considerada una función suficiente del contrato de cesión para que este sea justificado y satisfaga así el requisito de la causa.

Así, por ejemplo, cuando se acoge la teoría de la causa variable, en virtud de la cual la cesión, siendo un negocio incompleto, además de la función de transferencia del crédito entendida como la causa permanente y genérica pero en sí misma insuficiente para justificarlo, goza de una causa variable que depende del título por el cual es realizada<sup>11</sup>.

Esta teoría de la causa variable sería inferida de la regulación propia del negocio de cesión, en la cual se prevé expresamente que este contrato puede ser celebrado a título gratuito u oneroso, casi como ejemplificando la diversidad de intereses que las partes pueden tener en su ejecución.

Por otra parte, podemos apreciar cómo a este planteamiento ha contribuido de manera significativa la constante ampliación de la esfera de negocios que, teniendo por objeto un derecho de crédito, requieren su transferencia para producir sus efectos.

Así pues, notamos cómo a los dos títulos históricos de cesión con función onerosa y gratuita se vienen sumando la cesión con función de garantía, con función de cumplimiento, de financiación, entre otras.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos considerar que en Colombia, al regular la cesión de créditos con fin de garantía, se dio en cierta medida un reconocimiento implícito a la posibilidad de que la cesión de créditos, además de su función permanente de transferencia tenga otro tipo de funciones entre las cuales se encuentra la de garantizar una obligación; se eliminó de esta

- 10 Cfr. J. C. RIVERA, "Cesión de créditos en garantía", en *La Ley*, 1991, p. 867, quien expresa: "La cesión de créditos en garantía debe ser vista como prenda de créditos, y por ende como negocio válido, fundados en que la cesión de créditos no es sino un vehículo para la transmisión de los créditos, sin una causa objetiva típica más allá de esa atribución patrimonial de transmisión, lo que puede operarse con finalidad de transmitir derechos de distinta jerarquía: puede transmitirse la propiedad, puede enajenarse a solo título de garantía" "[...] Si aparece como cesión en garantía, no cabe duda de que se trata de una prenda de créditos pues ella es la única garantía típica que se adecua a las circunstancias fácticas del negocio [...]". En contra de esta opinión, J. L. MIQUEL y S. MIQUEL, "La cesión en garantía", en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, t. II, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, p. 208: "Creemos que la asimilación de la cesión de derechos en garantía a la prenda de créditos es desafortunada, esencialmente porque cuando se habla de 'cesión' se alude a 'transferencia' (sea a título de venta, permuta, donación) de un derecho; mientras que cuando de 'prenda' se trata, la referencia es a un contrato accesorio de garantía, que no transmite la propiedad de los bienes prendados. La cesión en garantía transfiere la propiedad del crédito al cesionario; en cambio, el acreedor prendario nunca adquiere la titularidad del bien, que sigue estando en cabeza del deudor prendario".
- 11 La terminología usada para indicar esta especial configuración del contrato de cesión es múltiple; en ocasiones se habla de causa variable, fungible, etc., tal como nos indica V. PANUCCIO, voce "Cessione", en *Enciclopedia del Diritto*, VI, Giuffrè, 1960, p. 850.

manera la problemática relacionada con la insuficiencia de una motivación de garantía para producir un efecto traslativo de la titularidad.

## 2. OBJETO DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN GARANTÍA

El objeto de la cesión de créditos en garantía es el crédito, es decir, el derecho del acreedor consistente en recibir de su deudor la ejecución de una determinada prestación.

Atendiendo el anterior concepto, la definición de crédito contenida en el artículo 8.º de la Ley 1676 de 2013<sup>[12]</sup> parece insuficiente, pues se refiere únicamente a los créditos que se desprenden de obligaciones pecuniarias.

Este error parece quedar enmendado más adelante en su artículo 31, en el cual se refiere a la posibilidad de que sean cedidos créditos correspondientes a obligaciones distintas a sumas de dinero. De esta última expresión podría desprenderse que pueden cederse créditos que deriven de otro tipo de obligaciones de dar, por ejemplo la de dar un cuerpo cierto, o una cosa de género diferente al dinero, pero también créditos que deriven de obligaciones de hacer u obligaciones de no hacer.

Igualmente, el artículo 24 de la ley consagra expresamente la posibilidad de ceder créditos futuros, es decir, créditos que no existan al momento de celebrarse el contrato de cesión, siempre y cuando estén descritos como créditos objeto de la cesión en garantía o sean identificables. Esta posibilidad se encuentra restringida a que su identificación se realice en el momento de celebrarse la cesión.

Es también posible la cesión de varios créditos, de una parte de un crédito o de un derecho indiviso sobre el mismo. En este caso, de la misma forma que para los créditos futuros, será necesario que estos se encuentren descritos como créditos objeto de la cesión o sean identificables.

Ahora, cuando la cesión de créditos en garantía tiene por objeto créditos distintos a sumas de dinero, el artículo 32 de la ley establece que el acreedor garantizado podrá exigir que la obligación se cumpla en su beneficio, en la medida en que ello sea posible, según la naturaleza de la obligación.

## 3. EFECTOS DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN GARANTÍA

### 3.1. EFECTOS ENTRE LAS PARTES

De acuerdo con el artículo 24 de la Ley 1676 de 2013, la cesión de créditos en garantía surtirá efectos entre las partes del negocio jurídico, es decir, entre

12 Ley 1676 de 2013, art. 8.º: "Crédito. El derecho del garante de reclamar o recibir el pago de una suma de dinero de un tercero, adeudada actualmente o que pueda adeudarse en el futuro incluyendo, entre otros, las cuentas por cobrar".

el cedente y el cesionario, a partir del acuerdo de constitución de la garantía o cesión. Se consagra entonces la consensualidad de la cesión de créditos en garantía, en cuanto se perfecciona con el acuerdo entre las partes contratantes.

De esta manera se separa del régimen general de la cesión de derechos personales, en cuyo artículo 1959 del CCI se establece:

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.

En virtud de la anterior disposición, algunos juristas han atribuido a la cesión de derechos personales el carácter de negocio jurídico real y solemne<sup>13</sup>, en la medida en que para su perfeccionamiento es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere, esto es, del título en que consta el crédito objeto de transferencia, el cual debe constar en un documento, y en caso de no constar en documento, este último deberá ser creado para efectos de su entrega.

Sin embargo, algunos autores se oponen a la identificación de la cesión de derechos personales como un contrato real, pues consideran que atendiendo a la particular naturaleza jurídica de la cesión, como una forma especial de tradición de los derechos de crédito, dicha calificación sería improcedente en la medida en que la misma sería aplicable solamente a los contratos y no a los demás actos que tienen mayor semejanza con los modos de transferir los derechos reales, como lo sería la cesión, según buena parte de la doctrina chilena<sup>14</sup>.

Asimismo, algunos autores han advertido que la caracterización de la cesión como un contrato real conduciría a confundir el crédito con el documento que le sirve de prueba<sup>15</sup>.

Por el contrario, la consensualidad consagrada respecto de la cesión de créditos en garantía puede considerarse reflejo del principio de consensualidad previsto en el artículo 824 del Código de Comercio.

En virtud de esta consensualidad, el cesionario se convierte en titular del crédito cedido a partir del momento mismo del acuerdo. No obstante, su titularidad se encuentra en gran medida restringida teniendo en cuenta, tal como

13 En este sentido, F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, vol. I, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 431. Por su parte, A. VALENCIA, *Derecho civil*, tomo III, *De las obligaciones*, Bogotá, Temis, 1990, p. 393, considera que en la legislación colombiana la cesión de créditos es solemne, pues exige la entrega del título en que consta el crédito. Esta solemnidad es de carácter real.

14 Por ejemplo: R. ABELIUK, *Las obligaciones*, tomo II, Colombia, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 866, quien cita jurisprudencia (nt. 1031 RDJ, t. 33, sec. 1.ª, 360).

15 Así lo puso de presente H. SALAMANCA, *Derecho civil*, curso IV, Contratos, 1963, p. 163, quien define la cesión como una tradición.

veremos en seguida, que para que la cesión surta efectos respecto de terceros es necesario que se notifique al deudor cedido, pero más aún, para que se pueda lograr la exigibilidad del crédito, es indispensable el incumplimiento del cedente.

Finalmente es necesario tener en cuenta que, conforme al artículo 26 de la ley, en caso de que en el negocio jurídico celebrado entre el cedente y el deudor cedido se haya pactado una cláusula que prohíba la cesión del crédito, esta no surtirá efectos respecto del acuerdo entre cedente y cesionario, razón por la cual no afecta la cesión en garantía.

### 3.2. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS

De la misma forma que en el régimen general de la cesión de créditos, tratándose de la cesión de créditos en garantía se exige un requisito adicional para que esta pueda surtir efectos respecto de terceros<sup>16</sup>.

La formalidad a la que alude la Ley 1676 de 2013 es la notificación al deudor cedido. Esta notificación, de acuerdo con el artículo 28 de la ley, debe ser hecha por el acreedor garantizado o cesionario de los créditos, a menos que se haya pactado lo contrario.

16 De conformidad con la disciplina de la cesión de créditos serán partes solamente los sujetos que intervinieron en el acuerdo negocial de cesión, excluyendo de esta manera al deudor cedido, excepto en aquellas ocasiones en las cuales el mismo puede asumir la calidad de parte en virtud de su interés jurídico legítimo a participar en ella. Por exclusión serán considerados terceros todos aquellos que no dieron su consentimiento al negocio de cesión. A su vez, esta categoría de terceros comprende diversos sujetos los cuales podríamos distinguir de acuerdo con su mayor o menor interés en los efectos producidos por el negocio de cesión. Así pues, podríamos hablar de unos terceros absolutos respecto de los cuales el negocio de cesión no surte ningún efecto y, además, no poseen interés alguno en los efectos que está llamada a producir la cesión. Una segunda categoría de terceros, que podríamos denominar relativa, está conformada por todos aquellos sujetos que, no habiendo intervenido en la regulación de la cesión, como tampoco en el negocio jurídico que ha dado origen al crédito objeto de transferencia, tienen algún interés en los efectos producidos por la cesión. Dentro de esta especie de terceros se encuentran los otros cesionarios del mismo crédito, cuando este último ha sido objeto de varias cesiones, como también los acreedores del cedente y del cesionario para quienes no es indiferente si el crédito es del cedente o del primer cesionario. Por último hallamos un tercero que podríamos denominar especial o principal quien es el deudor cedido, en la medida en que se trata de un tercero que en ocasiones puede participar en el negocio de cesión, pero además quien definitivamente hacía parte del negocio que dio origen al crédito objeto de transferencia. Sobre este tercero recaerá el efecto principal de la cesión cual es el de la transferencia del crédito del cedente al cesionario, razón por la cual no cabe duda sobre el interés que el deudor cedido tiene en los efectos de la cesión en la medida en que de ellos depende que realice un pago, válido o no. Cfr. G. FINAZZI, "La Cessione del Credito", en *Trattato delle Obligazioni*, vol. IV, La circolazione del credito, a cura di Alessi Rosalba, Mannino Vincenzo, Padova, CEDAM, 2008, cit., p. 111; P. MALAURIE y L. AYNÈS, *Droit Civil, Les obligations*, cit., p. 399.

Un aspecto relevante para el análisis de esta figura es el momento en que debe hacerse dicha notificación. Sobre este requisito el inciso 4.º del artículo 28 indica que la notificación puede hacerse antes o después de que ocurra un incumplimiento de las obligaciones del garante o cedente que le autorice la ejecución de la garantía.

De la anterior disposición parece quedar claro que, en principio, solo el incumplimiento de la obligación del garante, en este caso concreto del cedente, permitiría la ejecución de la garantía, es decir, la exigibilidad del crédito por parte del acreedor garantizado (cesionario) al deudor cedido. Por tanto, la notificación hecha antes del incumplimiento no permitiría la exigibilidad del crédito cedido en garantía, sino que simplemente surtiría el efecto de poner al deudor en conocimiento de la cesión, haciéndola a este oponible en caso de incumplimiento del cedente.

De conformidad con lo anterior, podemos verificar el *iter negocial* de la cesión de créditos en garantía, de la siguiente forma: en primer lugar, su perfeccionamiento se produce a través del simple acuerdo entre las partes contratantes, a partir de ese momento se produce la transferencia del derecho de crédito al cesionario, solo que el ejercicio de su derecho se encuentra restringido, pues no puede surtir efectos respecto de terceros, para lo cual resulta necesaria la notificación al deudor cedido. No obstante, este requisito de la notificación tampoco parece ser suficiente para que el nuevo acreedor, es decir el cesionario, pueda disponer completamente de su crédito sin limitación alguna, pues en realidad la facultad de exigir el crédito está sujeta al previo incumplimiento del deudor cedido.

¿Qué efectos prácticos produciría entonces la notificación al deudor cedido? Que a partir de ese momento el deudor cedido, que conoce sobre la cesión, no puede liberarse de su deuda si paga al cedente, como también que el cedente no puede recibir el pago del crédito cedido de manos del deudor, pues en dicho caso incurrirá en las sanciones previstas en el Código Penal.

Con relación a esta última consecuencia de la notificación de la cesión al deudor cedido, nos parece que debió haberse identificado con claridad el tipo penal del cual se desprenden las sanciones a las que alude el inciso primero del artículo 28, pues al hablar de las sanciones previstas en el Código Penal se podrían presentar diversas opiniones en torno a los tipos penales dentro de los cuales podría ser encuadrada la conducta del cedente.

Como podemos observar, la exigibilidad del crédito está condicionada al incumplimiento del cedente.

Sin embargo, una excepción a esta regla podría vislumbrarse cuando el crédito cedido en garantía se hace exigible antes de la obligación garantizada. En este caso, en opinión de la doctrina, la experiencia negocial en otros países y probablemente en Colombia también, indica que el cesionario se encuentra facultado para exigir el crédito cedido en garantía, aunque para dicho momento

no se tenga conocimiento sobre el posible cumplimiento o incumplimiento de parte del cedente<sup>17</sup>.

Esto nos demuestra que, tal como ha sido tipificada la cesión de créditos en garantía en nuestro ordenamiento jurídico, esta cesión es compatible con las características comunes de las llamadas garantías típicas. En primer lugar porque se demuestra su accesoriedad respecto de la obligación principal<sup>18</sup>. En segundo lugar porque, tal como veremos al tratar el tema de las excepciones oponibles por parte del deudor cedido, también se verifica su causalidad, es decir, no se trata de una garantía abstracta respecto de la relación principal<sup>19</sup>.

17 En este sentido, U. LA PORTA, ob. cit., p. 722, quien considera que, ante esta situación, los créditos recibidos por el cesionario no ingresan definitivamente en su patrimonio, sino que el cesionario debe formar un patrimonio separado constituido por estos créditos, hasta el vencimiento del crédito garantizado. Por su parte, A. SCACCCHI, ob. cit., p. 639, también comparte la opinión conforme a la cual el cesionario puede exigir el crédito cedido al deudor cedido, aunque no se haya verificado aún el cumplimiento o incumplimiento del cedente, no obstante no hace referencia a la necesidad de formar un patrimonio separado del propio por parte del cesionario. Por el contrario, INZITARI, ob. cit., p. 963, se aparta de las anteriores orientaciones, dándole unos efectos mucho más amplios a la cesión de créditos a fin de garantía, pues afirma que el acreedor cesionario del crédito en garantía, en vez de exigir el cumplimiento de la obligación al cedente al momento de su vencimiento y después hacer valer el crédito del cual es cesionario respecto del deudor cedido, no espera que se verifique el vencimiento del crédito respecto del cedente, sino que espera únicamente el vencimiento del crédito cedido. A juicio de este autor, la anterior es la diferencia entre las garantías reales o personales, pues, a diferencia de estas, en vez de estar dirigida a otorgar al acreedor la posibilidad de obtener en el caso de incumplimiento del deudor una vía alternativa para la satisfacción de la deuda, precisamente no cumplida por el deudor originario, generalmente o mejor en la absoluta generalidad de los casos, constituye la vía directa e inmediata de satisfacción del acreedor (trad.). La forma en que es planteada la cesión de créditos en garantía por parte de INZITARI parece responder a una garantía independiente de la obligación principal, y no dependiente, tal como se ha concluido es la cesión regulada en la ley de garantías mobiliarias.

18 Este concepto es definido por K. J. ALBIEZ DOHRMANN, "Las bases dogmáticas de las garantías bancarias", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 636, septiembre-octubre de 1996, p. 1827, de la siguiente manera: "La accesoriedad supone que se toma por relación otro objeto, en este caso, una relación jurídica, que en las garantías tiene carácter de principal. Esta sucesión de relaciones necesariamente conduce a una dependencia, que tiene, ante todo, un significado jurídico pero también funcional y económico. Hay un nexo jurídico por lo que respecta a las vicisitudes de la relación principal que condiciona la vida jurídica de la relación accesoria. El nexo funcional explica la razón de ser del aseguramiento de una obligación anterior. Y el nexo económico está presente en todas las garantías cuando tienen por objeto la garantía de obligaciones pecuniarias" (p. 1801). Esta característica se opone a la independencia la cual supone "la eliminación de la accesoriedad, lo que puede chocar con un sistema jurídico que tiene como prototipo legal de las garantías personales a la fianza".

19 El principio de la causalidad alude a la incidencia que tiene la validez de un negocio sobre otro, en este caso la relación jurídica representada por la obligación principal, respecto de la relación jurídica de garantía. Este principio se opone al de la abstracción.

Llama la atención el hecho de que la Ley 1676 de 2013 dentro del capítulo II relativo a las garantías mobiliarias sobre créditos en ninguna parte haya hecho referencia a la obligación de restitución a cargo del cesionario y a favor del cedente (garante), la cual surge cuando, habiendo sido exigido el crédito cedido ante su vencimiento previo al de la obligación garantizada, el cedente cumple su obligación, o también en aquellos eventos en los que el valor del crédito cedido es superior al valor de la obligación que se pretende garantizar.

Si bien es cierto en el título VI concerniente a las ejecuciones se indica en el capítulo III relativo al pago directo, artículo 60 primer párrafo, que "si el valor del bien supera el monto de la obligación garantizada, el acreedor deberá entregar el saldo correspondiente, deducidos los gastos y costos, a otros acreedores inscritos, al deudor o al propietario del bien, si fuere persona distinta al deudor, según corresponda, para lo cual se constituirá un depósito judicial a favor de quien corresponda y siga en orden de prelación, cuyo título se remitirá al juzgado correspondiente del domicilio del garante", de lo que podría desprenderse la obligación de restitución a cargo del cesionario en el caso en que el valor del crédito cedido exceda el de la obligación garantizada, no comprende la situación que se presenta cuando el crédito cedido se exige antes de la obligación principal.

Por esta razón, es importante establecer esta obligación de restitución a cargo del cesionario y a favor del cedente, pues aunque la relación jurídica entre el cedente y el cesionario puede no estar llamada a terminar después de una cesión de créditos en garantía, sino prolongarse a través del tiempo, en cierto momento debe hacerse un corte de cuentas que posiblemente arroje una restitución a favor del cedente y a cargo del cesionario.

Por otra parte, esta obligación de restitución, además de ser acorde con la función de garantía que está llamada a cumplir esta tipología de cesión de créditos, constituye una aplicación del principio del enriquecimiento sin justa causa, pues permitir que el cesionario retenga los valores que excedan el importe de la obligación principal podría producir un enriquecimiento de parte del cesionario.

#### **a. Aceptación del deudor cedido**

Un aspecto que llama la atención sobre los requisitos exigidos para que la cesión surta efectos respecto de terceros es la ausencia de alguna referencia a la aceptación del deudor cedido.

Lo anterior, debido a que el régimen general de la cesión de créditos nos indica en su artículo 1960 del CCi que, para que la cesión surta efectos respecto de terceros, el deudor cedido debe ser notificado de la cesión o haber dado su aceptación.

Pues bien, en nuestra opinión, aunque la Ley 1676 de 2013 no hace referencia a la aceptación del deudor cedido para que la cesión surta efectos respecto de

terceros, esta alternativa se puede entender comprendida, pues resulta obvio que si el deudor cedido acepta la cesión, con mayor razón los efectos de dicho negocio le serán oponibles.

Sin embargo, la falta de mención alguna a la aceptación del deudor cedido como forma de hacer oponible la cesión respecto de terceros se refleja en la regulación de las excepciones oponibles por parte del deudor cedido, pues parece no haberse tenido en cuenta lo previsto en el artículo 1718 del CCI<sup>20</sup>, en el cual se establece que el deudor cedido no podrá oponer al cesionario la excepción de compensación cuando ha aceptado la cesión sin reserva alguna.

Así se desprende de lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1676 de 2013, en el cual se indica: "El deudor del crédito podrá oponer cualquier derecho de compensación en contra del cesionario o acreedor garantizado, siempre y cuando el derecho de compensación existiere al momento en el cual recibió la notificación".

Esta disociación de las normas que regulan la cesión de créditos en garantía en la Ley 1676 de 2013, de aquellas que constituyen el régimen general de la cesión de créditos, y de otras normas a estas últimas vinculadas como es el caso señalado, es una tendencia verificable en varios aspectos de la regulación de la cesión de créditos en garantía, pero a nuestro juicio inconveniente, pues no hay que olvidar el régimen general del cual se deriva esta especie particular de cesión.

Aún así, consideramos que, a pesar de no haberse hecho referencia alguna a la aceptación del deudor cedido como forma de hacerla oponible respecto de terceros, y no haberse aclarado que la compensación no será oponible ante la aceptación sin reserva alguna por parte del deudor cedido, la disposición prevista en el artículo 1718 del CCI es completamente aplicable a la cesión de créditos en garantía.

## **b. Excepciones oponibles por parte del deudor cedido**

El artículo 30 de la Ley 1676 de 2013, que regula las excepciones oponibles por el deudor cedido, se encuentra en completa armonía con el artículo 27 de la Ley 1676 de 2013, el cual consagra la inalterabilidad de la relación jurídica subyacente, en virtud de la cual "una garantía mobiliaria sobre créditos o cesión de créditos en garantía, no puede modificar la relación jurídica subyacente ni hacer más onerosas las obligaciones del deudor del crédito que fue cedido o gravado sin el consentimiento de este último".

20 CCI, artículo 1718: "El deudor que acepta sin reserva alguna la cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente. 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 la notificación".

Así pues, el deudor cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones que deriven del contrato original o de cualquier otro contrato que fuere parte de la misma transacción, que el deudor del crédito hubiere podido oponer contra el garante, es decir, contra el cedente.

Igualmente se establece que el deudor cedido podrá oponer cualquier derecho de compensación en contra del cesionario, siempre y cuando este derecho existiere al momento en el cual recibió la notificación.

Finalmente se establece que el deudor cedido no podrá oponer al cesionario las excepciones y derechos de compensación que se desprendan del incumplimiento de la cláusula de limitación a la transferencia del crédito por parte del cedente.

Tal como lo enunciamos antes, la regulación de las excepciones oponibles por parte del deudor cedido nos demuestra que así como ha sido tipificada la cesión de créditos en garantía en la Ley 1676 de 2013 esta garantía tiene las características propias de las garantías típicas, más concretamente la de la causalidad, en el sentido de que la situación de la relación jurídica principal tiene una directa incidencia en la relación jurídica subyacente, a diferencia de lo que ocurre en las garantías abstractas en las que la relación jurídica subyacente no se ve afectada por la relación jurídica principal<sup>21</sup>.

#### 4. OBLIGACIONES DEL CEDENTE RESPECTO DEL CESIONARIO

Del contenido del artículo 25 de la Ley 1676 de 2013, en el cual se indica que "salvo pacto en contrario, el garante o cedente no garantiza que el deudor del crédito cedido o gravado tenga o vaya a tener solvencia financiera para efectuar el pago", se puede inferir que quien cede un crédito en garantía, siguiendo el régimen general de la cesión de créditos (art. 1965 del CCI<sup>22</sup>), responderá solamente por la existencia del crédito y no por la solvencia del deudor cedido, a menos que las partes hayan estipulado diversamente.

Como su nombre lo indica, el presupuesto principal bajo el cual opera la garantía de solvencia es el de la insolvencia del deudor cedido, entendiendo

21 El principio de la causalidad alude a la incidencia que tiene la validez de un negocio sobre otro, en este caso la relación jurídica representada por la obligación principal respecto de la relación jurídica de garantía. Este principio se opone al de la abstracción.

22 CCI, artículo 1965: "El que cede un crédito a título oneroso se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo, pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello; ni en tal caso se entenderá que se hace responsable de la solvencia futura, sino solo de la presente, salvo que se comprenda expresamente la primera; ni se extenderá la responsabilidad sino hasta concurrencia del precio o emolumento que hubiere reportado de la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa".

por esta la imposibilidad directa o indirecta de cumplir la prestación, ya sea por causas subjetivas u objetivas<sup>23</sup>.

Por ello no debe ser confundida con el incumplimiento del deudor cedido, en primer lugar porque bien puede el deudor incumplir su obligación sin ser necesariamente insolvente, aunque *a contrario sensu* la insolvencia del deudor generalmente produce su incumplimiento.

La consecuencia económica que se desprende de la estipulación y posterior cumplimiento de la garantía de la solvencia consiste, de acuerdo con el artículo 1965 del CCi, en la restitución del precio pagado por la cesión del crédito de parte del acreedor cesionario, con la posibilidad de ampliar la responsabilidad del cedente por la garantía de solvencia a otras sumas diversas al precio de la cesión por medio de un acuerdo entre las partes contratantes.

Por su parte, la consecuencia negocial que se desprende de la exigibilidad de la garantía de la solvencia del deudor cedido es la resolución del negocio jurídico de cesión. A su vez, de la resolución se desprende la obligación a cargo del cedente consistente en restituir el precio recibido a título de cesión de parte del cesionario, como también los gastos realizados por este último para el cobro del crédito adquirido.

Así mismo, si el cesionario entiende exigir la operatividad de la garantía de insolvencia, resuelta la cesión, el cedente readquiere el crédito transferido al cesionario sin ser necesaria una nueva cesión de parte del cesionario hacia el cedente para que se produzca este efecto<sup>24</sup>.

Así pues, resuelto el negocio de cesión, el cedente podrá volver a exigir el crédito al deudor cedido con fundamento en la relación originaria.

Diversamente, si el cesionario no exige el cumplimiento de la garantía de solvencia, a juicio de algunos autores se puede considerar que el mismo prefiere conservar el crédito adquirido con la esperanza de una mejora en la situación del deudor que le permita obtener la satisfacción de aquello que adquirió<sup>25</sup>.

23 Cfr. G. FINAZZI, ob. cit., p. 721. Debe advertirse que esta definición de insolvencia no podría conducir a su identificación con la imposibilidad que produce la extinción de la obligación. Pensemos, por ejemplo, que la obligación a cargo del cedido consiste en fabricar una cerradura para la cual requiere de una maquinaria. Nos parece que la situación no será la misma si el deudor pierde la maquinaria por una causa a él no imputable, pues si en ausencia de la misma deviene imposible el cumplimiento de la obligación, consideramos que su obligación se extingue por imposibilidad, como se habría extinguido también para el cedente, caso en el cual este último no tendría que garantizar la solvencia del cedido. Diversa será la situación en que el cedido pierde la maquinaria por otra razón, caso en el cual sí podrá exigirse la garantía de solvencia a cargo del cedente.

24 Cfr. J. L. NAVARRO, *La cesión de créditos en el derecho civil español*, Granada, 1988, cit., p. 207, quien explica que, una vez el cedente ha cumplido la obligación de garantía, la íntegra titularidad del crédito retorna al mismo. En igual sentido, G. FINAZZI, ob. cit., p. 735, quien considera poco persuasiva la opinión sostenida en una sentencia Trib. Firenze, 10 gennaio 1999, en *Toscana giur.*, 1999, 79, en la que se indicaba que el cesionario queda como único titular del crédito legitimado a actuar respecto al deudor cedido.

Ahora, siendo esta la operatividad de la garantía de la solvencia en el régimen general de la cesión de créditos, nos preguntamos cuáles son las consecuencias de que en la disciplina dada a la cesión de créditos en garantía se haya consagrado que el cedente no se compromete a garantizar la solvencia del deudor cedido, a menos que exista un pacto expreso en el cual lo haga.

Pues bien, esto querría decir que, ante el incumplimiento de la obligación por parte del cedente, el cesionario tiene la facultad de exigir el crédito al deudor cedido, pero si el deudor cedido aduce su imposibilidad de efectuar el cumplimiento de la obligación a su cargo, el cesionario no goza de ninguna garantía respecto del cedente para hacer exigible el crédito cedido.

Pero la pregunta que en nuestra opinión tendría que plantearse en este caso es ¿qué podría exigir el cesionario en caso de pactarse la garantía de la solvencia a cargo del cedente?

Si en el régimen general se dice que lo que exige el cesionario al cedente en una cesión de crédito a título oneroso es el precio recibido por el crédito cedido, en el caso de una cesión de crédito en garantía ¿qué podrá exigir el cesionario? teniendo en cuenta que el crédito fue cedido en garantía y que el cesionario no pagó nada por el mismo.

Podríamos decir que, pactada la garantía de solvencia, el cesionario puede exigir el valor del crédito cedido en garantía. Sin embargo, este valor debe ser equivalente al de la obligación garantizada, pues recordemos que, en caso de ser superior al valor de la obligación, el cesionario deberá restituir el saldo. Por lo cual, a menos que se llegue a pactar que la garantía de la solvencia comprende sumas adicionales, la consecuencia última, se pacte o no la garantía de la solvencia, es la misma, es decir que el cesionario exija la obligación principal de su deudor (cedente).

Lo anterior porque recordemos que estamos ante una cesión de créditos en garantía accesoria a la obligación principal, que no tiene una función de dación en pago, por lo que no es suficiente con la transferencia del crédito para extinguir la obligación principal.

Ahora, en caso de llegar a pactarse una garantía de solvencia que comprenda sumas adicionales, el cesionario obviamente tratará de imponerle al cedente que se comprometa a garantizar la solvencia y, en caso contrario, es decir, de no pactarse dicha garantía, probablemente su interés en recibir un crédito en garantía será mínimo, convirtiendo una figura que apenas entra a regir en una figura que comienza a estar en desuso<sup>26</sup>.

25 Cfr. G. FINAZZI, ob. cit., p. 735, y P. PERLINGIERI, "Della cessione dei crediti", en *Commentario del Codice Civile diretto da Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1982, p. 295.

26 La necesidad de garantizar la solvencia en una cesión de créditos en garantía parece ser evidente en el derecho francés, en el que sobre el tema nos indica E. CASHIN- RITAINE, en "Les cessiones contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes", *LGDJ*, pp. 134 y ss.: "Lorsque la cession de créances est liée

## CONCLUSIONES

La inclusión de la cesión de créditos en garantía como mecanismo dirigido a garantizar las obligaciones del cedente o garante demuestra la importancia del crédito como activo de los empresarios, lo que se ve reflejado en los diversos negocios que tienen por objeto el derecho de crédito, empezando por la misma cesión de créditos, la cesión de créditos en garantía, el *factoring*, el *forfaiting* internacional, entre otros.

Por su parte, el haber regulado esta figura es importante en la medida en que elimina las problemáticas relacionadas con su aplicación práctica en aquellos ordenamientos en los cuales no ha sido tipificada.

Lo anterior, en principio, podría asegurar en cierta medida el uso de este negocio para efectos de garantizar obligaciones.

Sin embargo, de la regulación dada a la figura, se aprecia una cierta desatención de las normas que componen el régimen general de la cesión de créditos, como también de otras normas que se encuentran directamente relacionadas con la cesión de créditos, lo que en nuestra opinión parece inconveniente, pues no debe perderse de vista el hecho de que la cesión de créditos en garantía es una especie de la figura general de cesión de créditos, por lo que debe existir consonancia de la especie respecto del género.

Por último, nos parece que debió haberse regulado con mayor claridad el tema de la garantía de la solvencia a cargo del cedente, especificando las consecuencias, tanto económicas como negociales, de su acuerdo por las partes del negocio de cesión. En principio daría la impresión de que, si el cedente no se compromete a garantizar la solvencia del deudor cedido, la garantía no cumple de manera satisfactoria su finalidad. Sin embargo, habría que aclarar a qué está obligado el cedente en caso de comprometerse a garantizar la solvencia.

à une opération de crédit, le cessionnaire-preneur n'entend pas libérer le cédant-emprunteur et supporter le risque d'insolvabilité du cédé. Deux recours sont alors envisageables. D'une part, le recours fondé sur l'opération de crédit. D'autre part le recours découlant des règles de la cession. En droit français, l'étendue de la garantie due par le cédant, selon les règles de la cession de créance, connaît deux limites. D'une part, le cédant ne peut garantir le cessionnaire qu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la cession (art. 1694 C. civ). D'autre part, le cédant ne garantit que la solvabilité actuelle du cédé (art. 1695). Il est cependant possible de garantir la solvabilité future du débiteur. Le cédant n'est alors responsable de l'insolvabilité que si elle existe au jour de l'échéance de la créance. La garantie ne peut s'étendre au-delà de l'époque fixée par cette échéance. De façon spécifique à la cession d'ailleurs le cédant est garant solidaire du débiteur".