

Sobre el uso de la cesión de créditos en la titularización y sus implicaciones*

About the use of assignment of credits in securitization and its implications

MARÍA ELISA CAMACHO LÓPEZ**

RESUMEN

La ductilidad de la cesión de créditos es una de sus características principales, tal como lo hemos evidenciado nuevamente por medio del presente trabajo, en el que hemos confirmado la necesaria intervención de la misma en la primera etapa de algunas clases de titularización.

No obstante, su presencia resulta casi inadvertida en la regulación general de la titularización en Colombia, con excepción de algunas normas especiales dedicadas a la titularización de carteras hipotecarias y de libranzas, lo que suscita muchas inquietudes, en especial relacionadas con la forma en que debe llevarse a cabo esa cesión de créditos.

Por esa razón hemos querido abordar en este trabajo algunos de los aspectos más importantes sobre el desarrollo de la cesión de créditos en las operaciones de titularización.

Palabras claves: Cesión de créditos, titularización, notificación

* Fecha de recepción: 5 de mayo de 2019. Fecha de aceptación: 27 de junio de 2019. Para citar el artículo: Camacho M. "Sobre el uso de la cesión de créditos en la titularización y sus implicaciones". En *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 18, n.º 1, enero-junio, 2019. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v18n1.01>

** 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 Universidad de Roma II *Tor Vergata*, Italia. Doctora en Sistema jurídico romano y unificación del derecho, Universidad de Roma II *Tor Vergata*, Italia. Docente investigadora del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: maria.camacho@uexternado.edu.co

ABSTRACT

The ductility of the assignment of credits is one of its main characteristics, as we have shown again through the present work, in which we have confirmed the necessary intervention of the assignment in the first stage of some securitization classes.

However, its presence is almost unnoticed in the general regulation of securitization in Colombia, with the exception of some special rules dedicated to the securitization of mortgage and payday loans, which produce many inquisitiveness, especially related to the way in which it should be carried out that assignment of credits.

For this reason, we wanted to address in this paper some of the most important aspects regarding the development of assignment of credits in securitization contract.

Key words: Assignment of credits, securitization, notice

INTRODUCCIÓN

La titularización es una operación económica que encuentra su origen en los Estados Unidos de Norteamérica en el curso de los años setenta. Es decir, nació en un país cuyo sistema jurídico pertenece a la denominada familia de *common law*¹. Posteriormente se extendió a Inglaterra durante la segunda mitad de los años ochenta, desembarcando en la Europa continental en el segundo quinquenio de los años noventa².

Por su parte, en Colombia, las primeras normas relacionadas con la figura se expidieron a principios de los años noventa, aunque fue más adelante que logró arraigo en la práctica negocial³.

1 Aunque coincidimos con quienes consideran difuminada la separación entre sistemas de tradición romana y *common law*, nos parece que persisten diferencias importantes que conducen a que en la difusión de algunas figuras, en especial de carácter contractual, de un sistema a otro, surjan dificultades en la adaptación de las mismas a las formas del sistema receptor.

2 Cfr. DI BAIA, MARÍA DOLORES; REBECCHINI, SALVATORE. *La tecnica della cartolarizzazione nei principali paesi industriali*, en "La Cartolarizzazione", a cargo de Paolo Ferro-Luzzi, Milán, Giuffrè editore, 2005, p. 15.

3 Cfr. ARRUBLA PAUCAR, JAIME A. *Contratos mercantiles- contratos contemporáneos*, Bogotá, Legis, 2013, p. 211. Ver también el estudio de: BLANCO BARÓN, CONSTANZA. *La titularización en Colombia: veinte años de regulación, 1993-2013*, [en línea], en "Revista de Economía Institucional", 17 (32), 2015, pp. 259-294, [consultado el 5 de diciembre de 2018]. DOI: 10.18601/01245996.v17n32.09

Como por lo general ocurre con las figuras jurídicas que migran de un país a otro, las formas que se usan para su adaptación al ordenamiento receptor son semejantes a aquellas con las que se estructuran en el país de origen, más aún cuando la figura en cuestión requiere para su desarrollo la participación de otros negocios.

Es así cómo, en el caso particular de la titularización, la cesión de créditos ha sido uno de los instrumentos necesarios para su operatividad.

En efecto, en varios países europeos como en el Reino Unido, Alemania, Italia, Bélgica, entre otros, la titularización se desarrolla por medio de la cesión de créditos⁴.

Más aún, en algunos de estos países se han promulgado normas especiales para regular las cesiones de créditos celebradas dentro del contexto de operaciones de titularización, o han restringido o modificado la aplicación de la disciplina general de la cesión de créditos, todo ello con miras a lograr una mejor adaptación de la misma frente a las necesidades de la titularización⁵.

El reconocimiento de esa estrecha relación, destacada en ocasiones por las normas que regulan la titularización, en otras por la doctrina, ha suscitado nuestra inquietud sobre el papel de la cesión de créditos en la titularización en Colombia.

Nuestra curiosidad ha sido alimentada por las pocas menciones a la figura de la cesión, o su total ausencia, en algunas normas que regulan la titularización en Colombia, en especial en la norma general contenida en el Decreto 2555 de 2010; como también por la total omisión sobre las reglas que deben aplicarse a esas cesiones, aunque tendría que ser incuestionable la aplicación de la disciplina general prevista en el código civil colombiano.

Así las cosas la primera pregunta que deseamos resolver con el presente estudio es si en la titularización hay una cesión de créditos, en qué casos, en qué etapa de la titularización y sobre todo deseamos conocer cómo debe efectuarse esa cesión de créditos, si existe alguna regla especial prevista para algunas titularizaciones que se separen de la disciplina general.

Para resolver nuestras preguntas de investigación haremos un análisis de tipo deductivo en el que partiremos de lo general a lo particular comenzando

4 Ver en este sentido interesante estudio sobre la titularización en algunos países europeos DI BAIA, M.; REBECCHINI, S, ob. cit., p. 22. Asimismo sobre la titularización en el derecho inglés, ver: ARIAS BARRERA, LIGIA CATHERINE. "Securitisation": aspectos introductorios del proceso de titularización, [en línea], en Revista de Derecho Privado 26, (jun. 2014), 385-403, [Consultado el 5 de diciembre de 2018]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3806/3999>

5 Así por ejemplo en Italia en donde la Ley 130 de 1999 (modificada entre otras normas por la Ley 96 de 2017), dedica el artículo 4º titulado: "Modalidad y eficacia de la cesión", a prever los efectos de la cesión de los créditos pecuniarios respecto del deudor cedido, de los terceros y de la quiebra del deudor cedido y del cedente. Cfr. ARTALE, GIOVANNI. Art. 4 *Modalità ed efficacia della cessione*, en "La Cartolarizzazione", ob. cit., pp. 265 y ss.

con un análisis sobre el concepto de titularización, la identificación de aquellos casos en los cuales puede ser necesaria la cesión de créditos para su operatividad y finalmente estudiaremos algunos de los aspectos más conflictivos sobre la aplicación de las reglas de la cesión a aquellas cesiones fruto de una titularización.

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS OPERACIONES DE TITULARIZACIÓN EN LAS QUE SE DEBE RECURRIR A LA CESIÓN DE CRÉDITOS

La titularización, de acuerdo con su configuración tradicional, la podemos definir como aquel negocio jurídico en virtud del cual una parte, denominada originador, transfiere algunos bienes o activos que reciben la denominación de activos subyacentes a un agente de manejo, quien constituye el vehículo de propósito especial con esos activos y los transforma en títulos valores de contenido crediticio, participación o mixtos.

De la definición expuesta podemos vislumbrar que la causa de esta operación es proveer liquidez al originador, dado que esos activos subyacentes, de los cuales es titular, se caracterizan por su iliquidez o baja rotación⁶.

En Colombia, esos activos que hacen parte del vehículo de propósito especial pueden conformar un patrimonio autónomo cuando el agente de manejo es una sociedad fiduciaria, o un patrimonio separado del patrimonio del agente, cuándo este último es una sociedad titularizadora.

Posteriormente esos títulos son colocados en el mercado de capitales por parte de un colocador o por el mismo emisor para que sean adquiridos por inversionistas, quienes pagan los valores negociables emitidos, al tiempo que reciben los flujos de dinero que provienen de la amortización e intereses de los derechos de crédito titulizados una vez abonadas las comisiones⁷. Lo anterior supone la necesidad de una parte encargada de conservar, custodiar y administrar los bienes o activos objeto de titularización, obligación que puede ser desempeñada por la misma originadora, por el agente de manejo o por una entidad diferente, que en cualquier caso será calificada como administradora⁸.

6 Cfr. BLANCO, C. Ob. cit., p. 261.

7 Cfr. MOYA FERNÁNDEZ, ANTONIO JOSÉ; PÉREZ-PUJAZÓN, ENCARNACIÓN y TRIGO SIERRA, EDUARDO. *Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: retracto de crédito litigioso y titulización* [en línea], Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 44, 2016, pp. 48-64 [consultado el 14 de julio de 2018]. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5146/documento/art05.pdf?id=6822>, p. 60.

8 Cfr. ARRUBLA, J. Ob. cit., p. 216. En igual sentido RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. *Contratos Bancarios: su significación en América Latina*, Bogotá, 2002, p. 906, quien al respecto expresa: "La circunstancia de que uno de los activos titularizables con mayor apetencia en los mercados, esté conuido por cartera, hace explicable en la práctica que los mismos permanezcan bajo la tenencia y administración de la sociedad originadora. En efecto, piénsese en que

Otras modalidades de titularización no implican la transferencia de los bienes o activos de parte del originador al agente de manejo, como ocurre en la llamada titularización sintética, en la que el riesgo del crédito de una cartera es cubierto con la contratación de derivados crediticios o garantías⁹.

Esta primera observación nos permite delimitar el ámbito de nuestro objeto de estudio a las titularizaciones tradicionales en las que se debe transferir el dominio de los bienes o la titularidad de los activos al agente de manejo.

A partir de la descripción hecha sobre la figura, es posible identificar tres etapas fundamentales en la titularización:

(i.) Una primera etapa en la que el originador transfiere los activos subyacentes al agente de manejo, para que éste constituya alguno de los instrumentos que la ley establece con el fin de llevar a cabo la titularización, esto es, un patrimonio autónomo en virtud de un contrato de fiducia mercantil irrevocable o una cartera colectiva¹⁰. Ya veremos cómo estos instrumentos pueden sufrir algunas variaciones de acuerdo con la naturaleza de los activos subyacentes, como en el caso de carteras de créditos hipotecarios las cuales son transferidas a una sociedad titularizadora, a una sociedad fiduciaria en su calidad de administradoras de patrimonios autónomos o a otras instituciones autorizadas por el Gobierno Nacional¹¹.

En cuanto a las razones que explican esa transferencia, nos parece oportuno destacar aquellas expuestas en la Circular externa n.º 047 de 2008, en la que

esa cartera se encuentra profusamente repartida geográficamente, asignada a distintas oficinas responsables de la relación con los clientes y que por lo tanto, no tendría sentido transferirla físicamente a la fiduciaria o entidad administradora, para que ésta tuviese que duplicar la carga de administrar los portafolios, su cobranza y recaudo".

9 Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN. *Algunas consideraciones sobre la titulación de créditos garantizados con hipoteca y el proceso de ejecución hipotecaria en derecho español*, en "Rev. Boliv. De Derecho", n.º 24, julio 2017, p. 144, quien explica que en este tipo de titularizaciones sintéticas no es necesaria la venta o cesión del crédito y en consecuencia tampoco resulta estrictamente necesario que concurra una emisión de valores, pues el riesgo de crédito se cubre con la contratación de derivados.

10 Así lo establece el artículo 5.6.1.1.2. del Decreto 2555 de 2010. Cfr. Colombia. Ministerio De Hacienda y Crédito Público. Decreto 2555 de 2010 [en línea]. Diario Oficial 47.771, julio 15 de 2010, Bogotá, [consultado el 15 de noviembre de 2018]. Disponible en internet: https://www.bvc.com.co/pps/tibco/portalbvc/Home/Regulacion/Mercado_de_Valores/Decretos?com.tibco.ps.pagesvc.action=updateRenderState&rp.currentDocumentID=-6c7006ee_129f5dc27c4_-7e17c0a84c5b&rp.revisionNumber=5&rp.attachmentPropertyName=Attachment&com.tibco.ps.pagesvc.targetPage=1f9a1c33_132040fa022_-78750a0a600b&com.tibco.ps.pagesvc.mode=resource&rp.redirectPage=1f9a1c33_132040fa022_-787e0a0a600b

11 En este sentido art. 12 de la Ley 546 de 1999 inc. 3º. Cfr. Colombia. Congreso de la República. Ley 546 de 1999 [en línea]. Diario Oficial n.º 43.827 de 23 de diciembre de 1999. [Consultada el 12 de noviembre de 2018]. Disponible en internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0546_1999.html

se indica que: "Por virtud de la transferencia o enajenación en firme de los Activos Subyacentes antes mencionada, se garantiza que una vez perfeccionada dicha transferencia o enajenación el Originador o el Emisor por razón de su condición no tendrán: (i) la facultad de ejercer actos discrecionales de disposición o control sobre los Activos Subyacentes (ii) el derecho para exigir unilateralmente cualquier tipo de beneficio derivado de los Activos Subyacentes. (iii) la posibilidad de exigir la restitución de los Activos Subyacentes por razón de las condiciones contractuales definidas para la transferencia o enajenación en firme de tales Activos Subyacentes"¹².

(ii.) Una segunda etapa en la que el emisor transforma esos activos en títulos valores.

(iii.) Y una tercera etapa en la que un agente colocador se encarga de colocar esos títulos en el mercado cambiario. Sin embargo esta función puede ser desarrollada directamente por el agente de manejo, es decir, la misma parte encargada de la emisión de los títulos valores¹³.

Esta aproximación a la titularización nos permite situar y restringir aún más nuestro ámbito de estudio a la primera etapa, es decir, aquella en la que se produce la transferencia de los bienes o activos que van a ser objeto de transformación, pues a partir de la segunda etapa, la naturaleza de esos activos pasa de ser variada a unificarse en una sola correspondiente a la de títulos valores, y como sabemos, su circulación goza de unas reglas propias relativas al endoso, es decir, no se configura una cesión de créditos.

Ubicados ahora dentro de las titularizaciones tradicionales que requieren la transferencia de los activos para su operatividad y más concretamente en la primera etapa de las mismas, debemos ahora dirigir nuestra atención a los bienes o activos que pueden ser objeto de titularización, pues según la naturaleza de los mismos estaremos en presencia o no de una cesión de créditos.

Es así como el artículo 5.6.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010 comprende dentro de los bienes o activos susceptibles de titularización los siguientes: "títulos de deuda pública, títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores, cartera de crédito, documentos de crédito, activos inmobiliarios, productos agropecuarios, agroindustriales u otros *commodities*, y rentas y flujos de caja determinables con base en estadísticas de los últimos tres años o en proyecciones de por lo menos tres años continuos".

Sin embargo, esa misma disposición aclara que la Superintendencia Financiera de Colombia podrá autorizar la estructuración de procesos con bienes o activos diferentes de aquellos enunciados, así como abstenerse de

12 Cfr. Colombia, Superintendencia Financiera de Colombia. Circular externa n.º 047 de 2008 [en línea]. [Consultada el 13 de noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/20146>

13 Cfr. ARRUBLA, J. Ob. cit., p. 216; RODRÍGUEZ, S. Ob. cit., p. 907.

autorizar procesos de titularización en algunos casos, los cuales menciona en esa misma disposición.

A partir de este dato podemos circunscribir aún más nuestro análisis a aquellas titularizaciones cuyos activos sean derechos que requieren la cesión para su transferencia al agente de manejo, *a contrario sensu*, nos permite excluir de nuestro objeto de estudio las titularizaciones de activos que se transfieren por medios distintos de la cesión de créditos.

Es decir, nuestro estudio sólo puede recaer sobre las titularizaciones de carteras de créditos, como por ejemplo de activos hipotecarios cuando la transferencia de los mismos se haga por medio de una cesión¹⁴.

En cambio, estarán excluidas las titularizaciones de aquellos activos cuya transferencia requiera de un medio diferente de la cesión.

Por esa razón, dentro del ámbito de las titularizaciones de carteras de créditos será necesario distinguir dentro de esos créditos, aquellos contenidos en títulos valores de aquellos que no lo están, pues sólo se exige la cesión respecto de los segundos.

Hasta el momento hemos tratado de hacer un análisis lógico deductivo para verificar la presencia de la cesión de créditos en la titularización.

Éste nos ha permitido llegar a una primera conclusión y es que la cesión de créditos sí es necesaria en la primera etapa de la titularización, cuando se trata de aquellas operaciones que requieren la transferencia de los activos titularizables y la naturaleza de los mismos exige la cesión para cambiar de titular.

No obstante, como lo expusimos en la introducción al presente trabajo, son pocas las fuentes normativas que aluden expresamente a la cesión de créditos para llevar a cabo la titularización.

Dentro de estas podemos mencionar el parágrafo del artículo 12 de la Ley 546 de 1999 que regula algunos aspectos de la titularización de carteras hipotecarias e indica:

14 La titularización de cartera hipotecaria es regulada por la Ley 546 de 1999, como también por el Decreto 2555 de 2010, el cual menciona en su artículo 5.6.10.1.2 los activos hipotecarios que pueden ser objeto de esta operación: "Para efectos del régimen de titularización de activos hipotecarios se consideran activos hipotecarios: a) Cartera hipotecaria correspondiente a créditos hipotecarios desembolsados de los que trata la Ley 546 de 1999. (sic) incluyendo las garantías o los derechos sobre los mismos y sus respectivas garantías; b) Cartera hipotecaria correspondiente a créditos hipotecarios futuros en desarrollo de contratos de compraventa de créditos hipotecarios futuros, incluyendo las garantías o los derechos sobre los mismos y sus respectivas garantías; c) Bonos Hipotecarios d.) Los contratos de leasing habitacional, para financiar la construcción y adquisición de vivienda incluyendo los bienes inmuebles que constituyen su objeto y las garantías o los derechos sobre los mismos así como sus respectivas garantías, y e) Títulos emitidos en desarrollo de procesos de titularización hipotecaria de que trata la Ley 546 de 1999; o mediante la transferencia de los mencionados activos a sociedades fiduciarias en su calidad de administradoras de patrimonios autónomos".

"La transferencia de cualquier crédito, garantía, contrato o derecho sobre los mismos, que se realice en desarrollo de procesos de movilización de activos hipotecarios de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, no producirá efectos de novación y se entenderá perfeccionada exclusivamente con la transferencia del título representativo de la obligación correspondiente o mediante la cesión del contrato de leasing habitacional. Dicha cesión no generará derechos o gastos notariales ni impuesto de timbre"¹⁵.

En sentido similar encontramos la disposición prevista en el artículo 77 de la Ley 510 de 1999^[16].

Por su parte, el Decreto 1348 de 2016 en el que se regula la venta de carteras de créditos de libranzas, comprendiendo dentro de estas las efectuadas en virtud de una titularización cuando el comprador y vendedor no están sometidos a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, alude expresamente a la cesión de créditos como medio necesario para producir los efectos de la venta de dichas carteras de créditos, previendo a su vez, algunas particularidades sobre esa venta, las cuales veremos más adelante¹⁷.

Pero definitivamente la norma que de manera más contundente y oportuna establece la necesidad de la cesión de créditos en los procesos de titularización es el Decreto 1310 de 2015: "Por el cual se adiciona un capítulo al título 6 del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, denominado conservación de la calidad de acreedor hipotecario en el marco de operaciones de titularización".

En efecto, en el artículo 2.2.6.14.1. dedicado a consagrar algunas definiciones sobre el tema, comprende dentro de las mismas la palabra cesión, sobre la cual expresa: "Es la transferencia del crédito y de la garantía hipotecaria que lo respalda, en una operación de titularización en los términos del artículo 12 de la Ley 546 de 1999"¹⁸.

15 Cfr. Colombia. Congreso de la República. Ley 546 de 1999 [en línea]. Diario Oficial n.º 43.827 de 23 de diciembre de 1999. [Consultada el 12 de noviembre de 2018]. Disponible en internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0546_1999.html.

16 En el 2º inciso del artículo 77 de la Ley 510 de 1999 se expresa: "(...) Las cesiones que en desarrollo de esta disposición se realicen no producirán efectos de novación...". Cfr. Colombia. Congreso de la República. Ley 510 de 1999 [en línea]. Diario Oficial n.º 43.654 de 4 de agosto de 1999 [Consultada el 12 de noviembre de 2018]. Disponible en internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0510_1999.html

17 Así por ejemplo en el artículo 2.2.2.54.9 del Decreto 1348 de 2016. Cfr. Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Decreto 1348 de 2016 [en línea]. [Consultado el 5 de diciembre de 2018]. Disponible en internet: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201348%20DEL%2022%20DE%20AGOSTO%20DE%202016.pdf>

18 Cfr. Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho, Decreto n.º 1310 de 2015 [en línea]. Diario Oficial n.º 49547 del 18 de junio de 2015 [Consultado el 12 de marzo de 2019]. Disponible en internet: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019881>

Asimismo, define al acreedor cedente, cesionario, el crédito cedido, entre otros términos vinculados con la cesión de créditos en los procesos de titularización.

No hallamos, en cambio, ninguna referencia a la cesión de créditos en la regulación general de la titularización contenida en el Decreto 2555 de 2010, aunque sí sobre la cesión de contratos de *leasing* habitacional

Por su parte, en la doctrina es reconocida la intervención de la cesión de créditos en la titularización, a veces de manera expresa en otras de forma tácita.

Así por ejemplo Arrubla, quien al tratar la cartera de crédito comercial dentro de los bienes o activos mobilizables expresa: "Los créditos circulan por la cesión que realiza el acreedor, sin necesidad del consentimiento del deudor o por el endoso si están documentados en títulos valores. En este tipo de procesos de titularización, el acreedor fideicomite la cartera de la que es titular"¹⁹.

II. PARTICULARIDADES DE LA TITULARIZACIÓN DE CARTERAS DE CRÉDITOS, SEGÚN LA RELACIÓN JURÍDICA DE LA QUE PROVIENE ESE CRÉDITO

Una última acotación proviene de las relaciones jurídicas que han dado lugar al surgimiento de esos créditos, lo que permite hablar de carteras de créditos hipotecarios, créditos de libranza, entre otros, pues la ley dedica algunas normas especiales según su origen.

En efecto, tal como lo expusimos antes al referirnos a la primera etapa de la titularización de acuerdo con su modelo tradicional, es posible entrever algunas diferencias en esa transferencia.

De ahí que se identifiquen en la doctrina dos modalidades básicas para estructurar un proceso de titularización de activos: (i.) la estructura de pago (*pay-through*) y (ii.) la estructura de traspaso (*pass through*)²⁰.

De acuerdo con la primera, el originador vende los activos titularizables al agente de manejo que será una sociedad titularizadora, razón por la cual esa enajenación se hace a título de compraventa y con ellos se conforma un patrimonio separado del patrimonio del agente de manejo, es decir, de esa sociedad titularizadora.

Este tipo de estructura se encuentra prevista para las titularizaciones de activos hipotecarios, esto es, para las carteras que tienen su origen en créditos hipotecarios, y para otro tipo de activos, de conformidad con la Ley 546 de 1999 (art. 12 inc. 3º), la Ley 1328 de 2009 (art. 72) y el Decreto 2555 de 2010

19 Cfr. ARRUBLA, J. Ob. cit., p. 223.

20 En este sentido cfr. BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. *Lecciones de Derecho Mercantil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 951 y ss.

(arts. 2.21.1.1.1.-2.21.1.3.23 para las sociedades titularizadoras de activos hipotecarios y arts. 2.21.2.1.1.- 2.21.2.2.2. para las sociedades titularizadoras de activos no hipotecarios).

Por su parte la estructura de traspaso se encuentra contemplada en el artículo 5.6.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010 para diversos activos, entre ellos carteras de créditos sin especificar que sean hipotecarios, aunque también puede darse sobre estos últimos tal como se infiere del art. 12 inc. 3º de la Ley 546 de 1999 que permite la titularización de carteras hipotecarias a sociedades fiduciarias.

En este caso la estructura de traspaso implica que la entidad originadora transfiere a título de fiducia mercantil los activos objeto de titularización formando con ellos un patrimonio autónomo.

La importancia de esta distinción se encuentra en la participación de sujetos diferentes en calidad de agentes de manejo, en la constitución o no de patrimonio autónomo, en las posibles diferencias prácticas que se puedan dar entre transferir a título de compraventa y a título de fiducia mercantil y en consecuencia en la regulación especial prevista para cada una de ellas.

Es inevitable hacer una pequeña reflexión sobre este punto que tiene que ver con la lamentable dispersión de las normas que regulan la titularización en Colombia, pues aunque seguramente uno de los propósitos del Decreto 2555 de 2010 era resolver esa segmentación, con la expedición de las últimas normas sobre la titularización de las carteras de créditos de libranza, como también con aquellas que regulan algunos aspectos de la titularización de carteras de créditos hipotecarios, se vuelve de nuevo a ese estado de dispersión normativa.

III. AFINIDAD O DISCORDANCIA DE LAS REGLAS APLICABLES A LA CESIÓN DE CRÉDITOS FRUTO DE UNA OPERACIÓN DE TITULARIZACIÓN RESPECTO DE LA DISCIPLINA GENERAL DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN COLOMBIA

Después de haber identificado y confirmado la necesidad de emplear la cesión de créditos en algunas operaciones de titularización, y de haber presentado algunas distinciones según el origen de esos créditos titularizados, en este acápite dedicaremos nuestra atención a los aspectos más controvertidos o álgidos sobre la forma en que opera esa cesión de créditos en la titularización, lo que exige un análisis frente a la disciplina general de la cesión de créditos en Colombia.

A. REFLEXIONES SOBRE LA EFICACIA DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS RESPECTO DEL DEUDOR CEDIDO EN EL MARCO DE UNA OPERACIÓN DE TITULARIZACIÓN

Una de las reglas características de la disciplina general de la cesión de créditos en algunos ordenamientos jurídicos de tradición romanística, es la notifica-

ción del deudor cedido para que la cesión surta efectos respecto de aquel y/o respecto de otros terceros interesados en esa cesión como los acreedores del cedente (art. 1960 CciCol.).

La importancia de esa notificación radica en que gracias a ella se pone en conocimiento de la cesión al deudor cedido, el cual, de otra manera, tal vez no podría conocer la celebración de esa cesión por tratarse de un bien incorporal que no está sometido a ningún tipo de registro.

La pregunta que obviamente surge con relación a esa regla cuando se utiliza la cesión de créditos en una operación de titularización es: ¿debe notificarse a los deudores cedidos como consecuencia de la cesión de carteras de créditos objeto de titularización?

Piénsese por ejemplo en la titularización de carteras de crédito hipotecarias, de libranza u otro tipo, en las que se efectúa la transferencia de muchos créditos a cargo de múltiples deudores.

La inquietud planteada probablemente no tendrá gran relevancia en aquellos casos en los cuales la administradora de los activos titularizados es la misma originadora, pues en principio, al no haber variaciones en cuanto al lugar, modo, entre otros aspectos relacionados con el pago, éste sea válido en caso de hacerse a quién es originador-cedente y administrador de la cartera.

Sin embargo, puede ocurrir que la administradora sea una persona diferente de la originadora, caso en el cual será imprescindible que se dé conocimiento al deudor cedido sobre la cesión de créditos para que ellos efectúen un pago válido, liberatorio de su obligación.

Entonces parece lógico que con miras a responder la pregunta planteada dirijamos nuestra atención, en primer lugar, a la regulación de la titularización para saber si de ella se desprende la necesidad de notificar al deudor cedido o se prevé alguna norma especial al respecto.

Pues bien, de la lectura de las normas referidas a la titularización contenidas en el Decreto 2555 de 2010, no hallamos ninguna referencia a la necesidad de notificar al deudor cedido en el caso de la titularización de carteras de crédito, cómo tampoco de algún otro criterio para el efecto.

Esta circunstancia nos conduce a llenar ese vacío legal por medio de una interpretación sistemática, es decir, acudiendo a las normas de la disciplina general de la cesión de créditos en esos eventos de titularización.

Sin embargo, como lo reseñamos antes, existen algunas normas especiales que regulan la titularización de ciertos tipos de carteras de créditos, por lo que veremos a continuación algunas particularidades sobre este aspecto concreto en esas especies de titularización.

1. La titularización de carteras de crédito de libranza

Esta clase de titularización goza de una regulación especial contenida en la Ley 1527 de 2012.

Corresponde a aquellas carteras compuestas por créditos de libranza, es decir, los otorgados por una entidad operadora²¹ a un trabajador o pensionado cuyo pago es efectuado por el empleador o entidad pagadora a través del descuento directo del salario o pensión del deudor.

Pues bien, respecto de esta especie de titularización el artículo 3° parágrafo 1° de la Ley 1527 de 2012 establece:

"La cesión de créditos objeto de libranza otorgados por las entidades operadoras implicará, por ministerio de la ley, la transferencia en cabeza del cesionario del derecho a recibir del empleador o entidad pagadora el pago del bien o servicio que se atiende a través de la libranza o autorización de descuento directo sin necesidad de requisito adicional. En caso de que tales créditos se vinculen a procesos de titularización, el monto del descuento directo correspondiente a dichos créditos será transferido con sujeción a lo dispuesto en esta ley, por la entidad pagadora a favor de la entidad legalmente facultada para realizar operaciones de titularización que tenga la condición de cesionario, quien lo podrá recibir directamente o por conducto del administrador de los créditos designado en el proceso de titularización correspondiente"²².

Ha sido la primera parte del parágrafo 1°, en la que se describe la cesión de créditos objeto de libranza, en especial cuando se indica que la misma se hará sin necesidad de un "requisito adicional", la que ha conducido a algunas autoridades administrativas a pronunciarse al respecto.

Así por ejemplo la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto emitido el 30 de septiembre del año 2016 expresó:

"(...) y en esa medida, una vez el empleador o entidad pagadora sea notificado de la cesión efectuada en debida forma, no será necesario el cumplimiento de requisitos adicionales para proceder a efectuar el pago de los valores autorizados por el deudor" (subraya fuera de texto)²³.

Es decir, de manera discreta, la Superintendencia Financiera alude a la necesidad de notificar al empleador o entidad pagadora de la cesión efectuada.

Más contundente ha sido el concepto emitido por la Superintendencia de Sociedades, en el que manifestó:

21 Definidas en el artículo 2° lit. c) de la Ley 1527 de 2012.

22 Nos llama la atención la expresión "por ministerio de la ley" que emplea la Ley 1527 de 2012 en el artículo 3°, parágrafo 1°, la cual parece ser usada como un verdadero cliché, pues una de las características que distingue la cesión de créditos de la subrogación, es precisamente que la transferencia del crédito en la primera opera por la voluntad de las partes, mientras que en la segunda, en principio sí se da por ministerio de la ley, con la excepción de la subrogación convencional.

23 Cfr. Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto n.º 2016095248-002 del 30 de septiembre de 2016.

“Por tanto, dentro del proceso de titularización si bien es cierto la norma señala que por el hecho de la cesión de la libranza, operará por ministerio de la ley la transferencia en cabeza del cesionario del derecho a recibir del empleador o entidad pagadora el pago del bien o servicio que se atiende a través de la libranza o autorización de descuento directo sin necesidad de requisito adicional, es necesario en concepto de este Despacho, que la entidad pagadora reciba noticia de esta cesión, en orden a cumplir con el procedimiento legal, como asegurar el pago al cesionario y evitar fraudes y pagos a personas que no han participado realmente en el proceso de titularización.

En tal virtud, es pertinente que el cedente como el legítimo cesionario, informen a la entidad pagadora de la cesión, para que ella proceda a actualizar la información respecto del pago, pues si bien la ley no exige este requisito, por seguridad para las partes es oportuno²⁴. (Subraya fuera de texto)

Parecería innecesaria la aclaración hecha por la Superintendencia para entender que la cesión de créditos de libranza objeto de titularización debe ser notificada a la entidad pagadora²⁵ para que pueda surtir efectos frente a ella, sin embargo, en nuestra opinión, este concepto es verdaderamente alentador, pues infunde luz sobre la manera en que debe efectuarse la cesión de las carteras de crédito de libranza.

No obstante es inevitable advertir que dicho concepto se aparta, en cierta medida, de la disciplina general de la cesión de créditos, la cual, en su artículo 1960 del CciCol indica que: “La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste”, pues como se puede apreciar, dicha norma atribuye la carga de la notificación al cesionario del crédito más no al cedente, mientras que en el concepto se atribuye esa carga a las dos partes de la cesión, es decir, tanto al cedente como al cesionario. Obviamente ello no obsta para que por voluntad de las partes de la cesión, la carga de la notificación sea asignada a una parte distinta de aquella indicada en la norma, o a ambas.

Por el contrario, una mención expresa de la carga de notificación se hace en el Decreto 1348 de 2016 en el cual se regula la venta de cartera de créditos de libranzas, cuando el comprador y el vendedor no están sometidos a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia (art. 2.2.2.54.1).

24 Cfr. Superintendencia de Sociedades de Colombia, Concepto del 22 de agosto del año 2017

25 Ley 1527 de 2012, art. 2º, lit. b): “Empleador o entidad pagadora. Es la persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, que tiene a su cargo la obligación del pago del salario, cualquiera que sea la denominación de la remuneración, en razón de la ejecución de un trabajo o porque tiene a su cargo el pago de pensiones en calidad de administrador de fondos de cesantías y pensiones”.

En efecto, el artículo 2.2.2.54.9 indica que: "En el evento de una cesión de crédito libranza, el vendedor deberá informar de la cesión o venta a la pagaduría, dando cuenta de ello al comprador. La pagaduría, una vez informada de la cesión, seguirá las instrucciones de pago del descuento dadas por el comprador de los créditos libranza, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 1527 de 2012 (...)"

Llama la atención esta disposición, pues asigna la carga de notificar al empleador o entidad pagadora al cedente, quien en el presente caso es el vendedor del crédito, apartándose también, en este sentido, de la disciplina general de la cesión de créditos que atribuye esa función al cesionario, esto es al comprador del crédito cedido (art. 1960 del CciCol.).

Sin embargo, al ser esta última variación respecto de la disciplina general de la cesión de créditos fruto del legislador, podríamos considerarla adecuada, a diferencia de la hecha por la Superintendencia de Sociedades que no tiene ningún fundamento legal.

No encontramos alguna regla especial aplicable a las cesiones efectuadas con ocasión de la titularización de otras carteras de crédito como las hipotecarias y demás.

2. Breve mención sobre los requisitos exigidos para la oponibilidad de la cesión de créditos fruto de las operaciones de titularización frente al deudor cedido, en algunas experiencias foráneas

Los requisitos para hacer oponible la cesión de créditos respecto del deudor cedido y demás terceros, puede incentivar o desincentivar el uso de la cesión de créditos en la operación de titularización en algunos ordenamientos jurídicos según la facilidad o no en el cumplimiento de aquellos.

Muestra de esto es el tratamiento especial que en ciertos ordenamientos foráneos se le ha dado a la cuestión, ya sea por medio de la expedición de normas especiales, por la inaplicación de las disposiciones que regulan de manera general la cesión de créditos, o incluso dando lugar a la modificación de la misma disciplina general de la cesión de créditos.

Así, por ejemplo, en Italia, fue expedida la Ley 130 de 1999 (mod. por la Ley n.º 96 de 2017), que regula la titularización de los créditos y dedica el artículo 4º a establecer las reglas aplicables a la cesión de créditos empleada dentro de la titularización.

Uno de los aspectos a los que dirige su atención ese artículo 4º de la Ley 130 de 1999 es el de la oponibilidad de la cesión, pues establece una particular forma de publicidad que consiste en el aviso de la cesión que debe publicarse en la Gaceta Oficial y en la inscripción de dicha cesión en el registro de las empresas (nums. 1 y 2), lo que ha implicado prácticamente una inaplicación

de la disciplina general de la cesión de créditos prevista en el código civil italiano²⁶.

Sin embargo observa Artale que: "(...) la publicación en la G.O. atenúa sensiblemente el grado de conocimiento de la cesión de parte del deudor cedido; en definitiva, esa constituye un vehículo de información menos eficaz que la notificación individual..."²⁷.

Nos parece que, en parte, esa es la razón por la cual el art. 58 del Texto Único Bancario al que remite el art. 4º de la Ley 130 de 1999, establezca que además de las formas de publicidad ya indicadas, el Banco de Italia puede imponer formas de publicidad integrativas.

Dentro de los ordenamientos que también se han separado de la disciplina general de la cesión de créditos para regular las cesiones fruto de operaciones de titularización, en lo tocante a la oponibilidad de la misma con respecto al deudor cedido y demás terceros, se encuentran Bélgica y Francia.

Así por ejemplo mediante la Ley del 6 de julio de 1994 "Sector público de crédito", fueron modificados los artículos 1689 y 1690 del código civil Belga, previendo que la cesión de créditos puede ser efectuada por medio del simple acuerdo entre cedente y cesionario, como también que será oponible al deudor cedido a partir del momento en el que le haya sido notificada por escrito o desde el momento en que la hubiere reconocido. Antes de dicha reforma esa disposición requería la notificación al deudor cedido por medio de escritura autenticada, procedimiento que en palabras de los autores citados era: "complejo y costoso", y que además representaba uno de los mayores obstáculos para el desarrollo del mercado de las titularizaciones en Bélgica²⁸.

Por su parte en Francia, de acuerdo con Di Baia y Rebecchini, mediante la Ley del 2 de julio de 1998 n.º 98-546 y el Decreto de la Comisión de operaciones del mercado de valores COB n.º 98-880, se abolió la obligación de notificar la cesión al deudor cedido para que surta efectos respecto de aquel en las operaciones de titularización. Asimismo comentan que en el año 2003 ese principio de oponibilidad "automática" de la cesión a los terceros y a los deudores cedidos, se extendió a los créditos que estaban a cargo de deudores extranjeros, independientemente de la normativa que regula la cesión en los respectivos países de residencia²⁹.

Aunque son pocas las referencias que hemos aportado sobre el tratamiento que se le ha dado a la cesión de créditos en las operaciones de titularización en

26 En este sentido ARTALE, G. Ob. cit., p. 268, quien sostiene que al analizar el artículo 4º de la Ley 130 de 1999 se evidenciará como esa norma plantea una disciplina que: "elimina algunos de los impedimentos civiles y del derecho de insolvencia que anteriormente habían obstaculizado el desarrollo de las titularizaciones en Italia..." trad. propia.

27 Cfr. ARTALE, G. Ob. cit., p. 291 (trad. propia).

28 Cfr. DI BAIA, M.; REBECCHINI, S., Ob. cit., p. 33.

29 Cfr. DI BAIA, M.; REBECCHINI, S., Ob. cit., p. 27.

el derecho comparado, nos parece innegable que la tendencia en la mayoría de ordenamientos ha sido la de morigerar los requisitos previstos en la disciplina general, con miras a facilitar el uso de la cesión en desarrollo de un proceso de titularización.

Por eso llama la atención el caso de la legislación holandesa, pues según algunos autores a partir de la reforma introducida al código civil en 1992, se consagró la notificación al deudor como un requisito para el perfeccionamiento de la cesión y no simplemente como requisito para su oponibilidad, es decir que en vez de reducir la posible complejidad en la ejecución de la cesión lo que el legislador hizo fue acrecentarla³⁰.

En el caso del derecho alemán no existe una norma específica para las operaciones de titularización, por lo cual, tratándose de la cesión de créditos se aplican las disposiciones previstas en el código civil alemán (BGB), el cual no requiere la notificación de la cesión al deudor cedido, dado que la eficacia de la cesión respecto del deudor y demás terceros depende de la transferencia del crédito. Sin embargo algunos autores comentan que en la práctica es muy frecuente la estipulación de cláusulas en base a las cuales para la cesión de créditos, fruto de una operación de titularización, sea necesario el consenso del deudor³¹.

Consideramos que con estas pequeñas menciones al derecho foráneo ha quedado ratificada nuestra impresión inicial sobre la necesidad de que se produzca algún desarrollo jurídico sobre los requisitos para que la cesión surta efectos respecto del deudor y demás terceros dentro del contexto de una operación de titularización.

También hemos evidenciado cómo, en ocasiones, el requisito de la notificación al deudor cedido puede ser insuficiente respecto de los demás terceros, por lo que sería conveniente un tipo de publicidad especial para los terceros diferentes al deudor cedido, mientras que respecto de este último resulta favorable conservar el requisito previsto en la disciplina general.

B. ANÁLISIS SOBRE LA TRANSFERENCIA DE LOS DERECHOS ACCESORIOS AL CRÉDITO CEDIDO DENTRO DEL MARCO DE UNA OPERACIÓN DE TITULARIZACIÓN

Una de las reglas que ha caracterizado la cesión de créditos desde sus orígenes incipientes hasta sus desarrollos posteriores, y que además permite distinguirla de otras figuras afines como la novación, es aquella conforme a la cual

30 Cfr. REQUEJO ISIDRO, MARTA. *La cesión de créditos en el comercio internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p. 48.

31 DI BAIA, M.; REBECCHINI, S., *Ob. cit.*, p. 31.

el crédito cedido se entiende transferido en virtud de la cesión, junto con todos sus accesorios³².

Así lo prevé el artículo 1964 del CciCol, en el que se establece: "La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente"³³.

Ahora bien, analizando ese postulado a la luz de las cesiones de créditos que tienen como causa una operación de titularización, tendríamos que convenir en su aplicación, de manera que en virtud de esa cesión, los derechos accesorios a los créditos comprendidos dentro de las carteras titularizables tendrían que pasar del originador al agente de manejo.

No existe al respecto alguna disposición dedicada a esta cuestión, en la norma general que regula las titularizaciones (Decreto 2555 de 2010).

Sin embargo, hemos encontrado una regla especial dentro de la regulación dedicada a las titularizaciones de carteras de créditos hipotecarios aspecto que pasamos a estudiar enseguida.

1. Regla especial sobre la transferencia de los derechos accesorios al crédito cedido en las operaciones de titularización de carteras hipotecarias. Una verdadera novedad

No podemos dejar de compartir con ustedes el asombro que nos produjo el hallazgo de una regla especial prevista en la Ley 1555 de 2012 (art. 3º) para las cesiones de carteras de crédito hipotecarias en operaciones de titularización, con relación a la transferencia de los derechos accesorios.

En efecto, en dicho artículo se dispuso que:

"La transferencia de créditos hipotecarios y sus garantías realizadas exclusivamente en favor de sociedades titularizadoras o fiduciarias en procesos de titularización hipotecaria de que trata el artículo 12 de la Ley 546 de 1999 y sus modificaciones, dará lugar por ministerio de la presente ley y sin necesidad de registro o requisitos adicionales, a que el cedente de tales garantías hipotecarias, que al momento de dicha transferencia tenga la primera prelación de pago o primer grado, conserve la condición de acreedor de dicha garantía cedida para respaldar obligaciones del deudor cedido a favor del cedente, distintas al crédito hipotecario titularizado. El cedente tendrá sobre la garantía hipotecaria cedida la prelación de pago o grado inmediatamente siguiente al último gravamen hipotecario que estuviere registrado a la fecha de presentación de la solicitud ante el notario público para

32 Ver en este sentido: HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las Obligaciones*, vol. I, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, entre otros.

33 Cfr. Colombia, Congreso de los Estados Unidos de Colombia, Ley 84 de 1873 [en línea]. Diario Oficial n.º 2.867 del 31 de mayo de 1873, [Consultado el 1 de mayo de 2019]. Disponible en internet: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

la expedición del ejemplar de la escritura pública de hipoteca en los términos del presente artículo. Será condición para hacer efectiva su calidad de acreedor de la garantía hipotecaria cedida, que el cedente solicite al notario público ante el cual se otorgó la escritura pública de hipoteca, la expedición de un ejemplar de dicha escritura expresando el mérito ejecutivo que presta de acuerdo a la prelación o grado que le corresponda. El Gobierno Nacional reglamentará lo dispuesto en el presente artículo"³⁴ (subraya fuera de texto).

La norma mediante la cual el Gobierno reglamentó este derecho de conservación de la garantía hipotecaria en cabeza del cedente es el Decreto 1310 de 2015: "Por el cual se adiciona un capítulo al título 6 del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único reglamentario del sector justicia y del derecho, denominado conservación de la calidad de acreedor hipotecario en el marco de operaciones de titularización".

En el decreto precitado (art. 2.2.6.14.1 lit. g.) se define el derecho en cuestión de la siguiente manera:

"Es el beneficio por el cual el acreedor cedente conserva un derecho real de hipoteca sobre el inmueble para respaldar los créditos distintos del cedido, por ministerio de la ley, en el grado, con las condiciones y según los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley 1555 de 2012 y en el presente capítulo".

Es decir, ese derecho de conservación de la calidad de acreedor hipotecario a favor del cedente, solo se contempla para las cesiones que se efectúan en virtud de una titularización de cartera hipotecaria, por lo tanto debemos excluir su aplicación en aquellas titularizaciones cuyo activo son carteras de créditos diferentes de los hipotecarios³⁵.

En segundo lugar, ese derecho de conservar la garantía hipotecaria a favor del originador, quien a su vez es el cedente de las carteras de créditos hipotecarios, está restringida a los créditos diferentes del cedido.

Bajo esta óptica debe entenderse que la hipoteca que acompaña el crédito hipotecario es abierta, lo que quiere decir que con la misma se pretenden garantizar créditos futuros distintos de aquél por el cual fue otorgada (lit. j, art. 2.2.6.14.1 Decreto 1310 de 2015).

Además del presupuesto anterior, es necesario que la mencionada garantía hipotecaria esté inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble en el primer grado de prelación y además que la cesión del crédito cedido se

34 Cfr. Colombia. Congreso de la República. Ley 1555 de 2010 [en línea]. Diario Oficial n.º Diario Oficial n.º 48.486 de 9 de julio de 2012 [Consultada el 14 de marzo de 2019]. Disponible en internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1555_2012.html

35 Recordemos que la Ley 546 de 1999, como también por el Decreto 2555 de 2010, en su artículo 5.6.10.1.2, indican los activos hipotecarios que pueden ser objeto de esta operación.

haya realizado a favor de una sociedad titularizadora o fiduciaria en desarrollo de una operación de titularización (Decreto 1310 de 2015 art. 2.2.6.14.2).

En caso de que se cumplan esos presupuestos, el acreedor cedente deberá presentar una solicitud para que el derecho de conservación de la hipoteca a su favor pueda surtir efectos.

Esta solicitud debe ser presentada por escrito ante el notario que extendió la escritura constitutiva de la garantía hipotecaria.

Si la solicitud cumple con todos los requisitos previstos en la ley, el notario expedirá una copia de la escritura pública de hipoteca con destino al acreedor cedente. En ella se anotará que esa copia presta mérito ejecutivo de acuerdo con la prelación o grado que corresponda.

Finalmente, el cedente debe presentar toda la documentación a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, la cual llevará a cabo su análisis y en caso de que se verifique el cumplimiento de todos los requisitos legales hará la anotación correspondiente en el folio de matrícula inmobiliaria, señalando como naturaleza jurídica: "Gravámenes –Conservación de la calidad de acreedor hipotecario".

Este derecho de conservar la garantía hipotecaria sobre los créditos diferentes al cedido a favor del originador-cedente, redundando en beneficio de los diferentes sujetos que están facultados para ofrecer créditos hipotecarios de acuerdo con nuestra legislación, como por ejemplo todos aquellos comprendidos en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 546 de 1999^[36].

La razón de nuestra sorpresa radica en que, como lo expusimos en el acápite precedente, uno de los efectos primordiales de la cesión de créditos es el traspaso del crédito en cabeza del cesionario junto con todos sus accesorios, es decir, junto con las garantías hipotecarias, mobiliarias (prenda) o personales que lo acompañan, pues de acuerdo con estas normas el acreedor cedente conserva la garantía hipotecaria, aunque respecto de los demás créditos por los cuales fue constituida.

Las preguntas que naturalmente se desprenden de este contexto son: ¿Qué pasa entonces con el cesionario? ¿Adquiere los créditos hipotecarios titularizables junto con sus garantías hipotecarias? ¿cuál es el grado de prelación de la garantía hipotecaria adquirida por el cesionario respecto del derecho que conserva el cedente? y finalmente, desde el punto de vista práctico conviene

36 Ley 546 de 1999, art. 1º, parágrafo: "Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, las entidades del sector solidario, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito, las cooperativas financieras, los fondos de empleados, el Fondo Nacional del Ahorro y cualesquiera otra entidad diferente de los establecimientos de crédito, podrán otorgar créditos de vivienda denominados en moneda legal colombiana o en Unidades de Valor Real, UVR, con las características y condiciones que aprueben sus respectivos órganos de dirección, siempre que los sistemas de amortización no contemplen capitalización de intereses, ni se impongan sanciones por prepagos totales o parciales".

preguntarse si ese derecho de conservación puede llegar a desincentivar de alguna manera la titularización de carteras hipotecarias.

En nuestra opinión, es claro que el cesionario adquiere los créditos junto con sus garantías hipotecarias, cuya eficacia está circunscrita sólo al crédito cedido, a pesar de que se trate de una hipoteca abierta.

En cuanto al grado de prelación nos parece que lo más lógico es que el cesionario conserve el mismo grado de prelación que tenía la hipoteca al momento de su constitución, la cual, según el artículo 2.2.6.14.2 del Decreto 1310 de 2015 debe ser el primero.

En cambio, el grado de prelación de la garantía hipotecaria a favor del cedente será el inmediatamente siguiente al último gravamen hipotecario que estuviere registrado a la fecha de presentación de la solicitud ante el notario público, de la solicitud de conservación de la garantía hipotecaria respecto de los créditos futuros que el deudor cedido llegare a contraer con el cedente.

Finalmente, en cuanto a la incidencia práctica que puede tener ese derecho de conservación de la garantía hipotecaria respecto del cedente para los créditos diferentes al cedido frente a la operación de titularización, nos parece que en principio no tendría porqué afectar su empleo, a menos que el cesionario tuviera que disputar su derecho sobre el gravamen hipotecario con el cedente, en el hipotético caso en que ambas garantías tuvieran el mismo grado de prelación. Aunque nos parece que esto no podría suceder, pues habría que entender que siempre el derecho de conservación del cedente tendría que ser inscrito después del último gravamen registrado.

En suma, es inevitable observar que ese derecho de conservación de la garantía hipotecaria a favor del acreedor cedente constituye un cambio drástico frente a nuestra tradición jurídica.

CONCLUSIONES

Por medio del presente trabajo hemos querido fijar nuestra atención sólo en algunos aspectos relacionados con el empleo de la cesión de créditos en la titularización, lo que nos ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

(i.) La cesión de créditos es necesaria en la primera etapa de la titularización, cuando se trata de aquellas operaciones que requieren la transferencia de los activos titularizables y la naturaleza de los mismos exige la cesión para cambiar de titular.

(ii.) Resulta conveniente arrojar luces sobre el funcionamiento de la cesión de créditos dentro de las operaciones de titularización, ya sea para identificar las reglas especiales que se le aplican, como también las consecuencias de atender la disciplina general de la cesión prevista en el código civil colombiano.

(iii.) La notificación al deudor cedido debe efectuarse en un proceso de titularización, y ésta se encuentra a cargo del cesionario, de acuerdo con la

disciplina general de la cesión, o a cargo del cedente para el caso de la titularización de carteras de crédito de libranza, o de ambas partes, cuando así lo hayan acordado.

(iv.) La norma especial que regula la titularización de carteras hipotecarias ha previsto el derecho de conservar la garantía hipotecaria en cabeza del cedente respecto de los créditos diferentes al cedido, lo que ha significado una novedad frente al régimen general de la cesión de créditos, que en nuestra opinión no debe afectar el derecho del cesionario para evitar que se convierta en algo que desestime el uso de la titularización en Colombia.

A pesar de las anteriores conclusiones, sabemos que quedan muchos otros aspectos relacionados con la cesión de créditos en la titularización, que no han sido abordados y por tanto deben ser objeto de otro estudio.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS BARRERA, LIGIA CATHERINE. "Securitisation": aspectos introductorios del proceso de titularización, [en línea], en *Revista de Derecho Privado*, 26, (jun. 2014), 385-403, [consultado el 5 de diciembre de 2018]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3806/3999>
- ARRUBLA PAUCAR, JAIME A. *Contratos mercantiles- contratos contemporáneos*, Bogotá, Legis, 2013.
- ARTALE, GIOVANNI. Art. 4 *Modalità ed efficacia della cessione*, en "La Cartolarizzazione", a cargo de Paolo Ferro-Luzzi, Milán, Giuffrè editore, 2005.
- BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. *Lecciones de Derecho Mercantil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- BLANCO BARÓN, CONSTANZA. *La titularización en Colombia: veinte años de regulación, 1993-2013*, [en línea], en "Revista de Economía Institucional", 17 (32), 2015, pp. 259-294, [consultado el 5 de diciembre de 2018]. DOI: 10.18601/01245996.v17n32.09
- CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN. Algunas consideraciones sobre la titulización de créditos garantizados con hipoteca y el proceso de ejecución hipotecaria en derecho español, en *Rev. Boliv. De Derecho*, n.º 24, julio 2017.
- DI BAIA, MARÍA DOLORES; REBECCHINI, SALVATORE. *La tecnica della cartolarizzazione nei principali paesi industriali*, en "La Cartolarizzazione", a cargo de Paolo Ferro-Luzzi, Milán, Giuffrè editore, 2005.
- HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las Obligaciones*, vol. 1, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.

MOYA FERNÁNDEZ, ANTONIO JOSÉ; PÉREZ-PUJAZÓN, ENCARNACIÓN y TRIGO SIERRA, EDUARDO. *Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: retracto de crédito litigioso y titulización* [en línea], Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 44, 2016, pp. 48-64 [consultado el 14 de julio de 2018]. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5146/documento/art05.pdf?id=6822>

REQUEJO ISIDRO, MARTA. *La cesión de créditos en el comercio internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. *Contratos Bancarios: su significación en América Latina*, Bogotá, 2002.

LEGISLACIÓN

Colombia, Congreso de los Estados Unidos de Colombia, Ley 84 de 1873 [en línea]. Diario Oficial n.º 2.867 del 31 de mayo de 1873, [Consultado el 1 de mayo de 2019]. Disponible en internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Decreto 1348 de 2016 [en línea]. [Consultado el 5 de diciembre de 2018]. Disponible en internet: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201348%20DEL%2022%20DE%20AGOSTO%20DE%202016.pdf>

Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho, Decreto n.º 1310 de 2015 [en línea]. Diario Oficial n.º 49547 del 18 de junio de 2015 [Consultado el 12 de marzo de 2019]. Disponible en internet: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019881>

Colombia, Superintendencia Financiera de Colombia. Circular externa n.º 047 de 2008 [en línea]. [Consultada el 13 de noviembre de 2018]. Disponible en internet: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/20146>

Colombia. Congreso de la República. Ley 1555 de 2010 [en línea]. Diario Oficial n.º 48.486 de 9 de julio de 2012 [Consultada el 14 de marzo de 2019]. Disponible en internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1555_2012.html

Colombia. Congreso de la República. Ley 510 de 1999 [en línea]. Diario Oficial n.º 43.654 de 4 de agosto de 1999 [Consultada el 12 de noviembre de 2018]. Disponible en internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0510_1999.html

Colombia. Congreso de la República. Ley 546 de 1999 [en línea]. Diario Oficial n.º 43.827 de 23 de diciembre de 1999. [Consultada el 12 de noviembre de 2018].

Disponible en internet: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0546_1999.html

Colombia. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 2555 de 2010 [en línea]. Diario Oficial 47.771, julio 15 de 2010, Bogotá, [consultado el 15 de noviembre de 2018]. Disponible en internet: https://www.bvc.com.co/pps/tibco/portal-bvc/Home/Regulacion/Mercado_de_Valores/Decretos?com.tibco.ps.pagesvc.action=updateRenderState&rp.currentDocumentID=-6c7006ee_129f5dc27c4_-7e17c0a84c5b&rp.revisionNumber=5&rp.attachmentPropertyName=Attachment&com.tibco.ps.pagesvc.targetPage=1f9a1c33_132040fa022_-78750a0a600b&com.tibco.ps.pagesvc.mode=resource&rp.redirectPage=1f9a1c33_132040fa022_-787e0a0a600b

CONCEPTOS

Superintendencia de Comercio de Colombia, Concepto del 22 de agosto del año 2017.

Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto n.º 2016095248-002 del 30 de septiembre de 2016.