

La cesión de deuda en Colombia: una aproximación desde el derecho comparado

*Mateo Sánchez García**

Resumen

Si la cesión de crédito es la sustitución de la relación activa de la obligación, la cesión de deuda viene a ser el aspecto pasivo, aunque se diferencian nuclearmente en que en la primera el acreedor puede, en virtud de un acuerdo, traspasar su derecho de crédito, mientras que en la segunda, en principio, este traspaso no es libre y presupone un acuerdo entre el acreedor y el deudor primario o entre este y el deudor cesionario.

Palabras clave: cesión de deuda, Colombia, derecho comparado.

Abstract

If the assignment of a credit is equivalent to substitution of the active relationship of obligation, the transfer of debt becomes a passive aspect, however, the two differ fundamentally in that in the case of the former, the creditor, under agreement, may transfer his or her right of credit, while in the latter case, debt in principle, this transfer of credit is not free, rather it presupposes an agreement between the creditor and the primary debtor, or between the primary debtor and the assignee debtor.

* Doctorando en Derecho europeo, Universidad Autónoma de Madrid (UAM), España. Máster en Contratos de la misma Universidad. Abogado, Universidad del Rosario. Profesor asociado de la Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Correo electrónico: mateo.sanchez@utadeo.edu.co

Keywords: transfer of debt, Colombia, comparative law.

Introducción

Como hemos advertido en trabajos anteriores sobre cesión de contrato, en las relaciones jurídicas obligacionales de carácter bilateral, las cualidades jurídicas contractuales son susceptibles de ser transmitidas. Dicha sustitución puede ser de carácter general, como sucede en las formas propias de la cesión de partes tanto en su sentido activo como en la relación unitaria y en bloque (cesión de crédito, cesión de contrato) pero también el régimen jurídico de la cesión de contrato permite que los derechos propios de cada parte puedan ser transmitidos de forma particular y específica, desnaturalizando las cualidades propias de ser parte; tal afirmación es explícita al referirse el mencionado artículo de la siguiente manera: “cada parte podrá sustituirse por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato”. Estas sustituciones pueden realizarse siempre y cuando las obligaciones derivadas del contrato no hayan sido cumplidas en su totalidad y en los celebrados *intuitu personae*.

Pero precisamente la palabra *sustitución* utilizada en la redacción del régimen de la cesión de contrato, implica efectivamente que la obligación originaria no se extingue. Lo propio sucede en la cesión de crédito en el Código civil colombiano al entender que este tipo de cesión es amplia, por comprender tanto sus privilegios como sus garantías reales (art. 1964 del Código civil).

Sin embargo, en el caso de la transmisión de las deudas las cosas son distintas. De hecho, en el caso de la transmisión o cesión de créditos y de contratos no se han planteado especiales problemas doctrinales en cuanto a su existencia, pero no ha ocurrido lo propio con respecto al cambio de deudor y sus correlativos derechos, y a pesar de existir un desarrollo doctrinal pleno de la figura —como se verá posteriormente—, surgen incógnitas acerca de la posibilidad de su transmisibilidad o cesión. Ya desde tiempos romanos el derecho fue reacio a aceptar esta clase de sustitución. La explicación radica en su misma esencia, pues un cambio en el deudor implica un cambio de fondo en los derechos del acreedor, puesto que las condiciones personales de seriedad y sobre todo las condiciones económicas de solvencia del deudor son determinantes para el interés contractual del acreedor. Tradicionalmente la doctrina ha planteado la imposibilidad de esta clase de transmisión, ya que este acto de disposición solo lo puede realizar quien tiene el carácter activo de la relación obligacional.

Aclarada esta imposibilidad debemos preguntarnos la siguiente cuestión: ¿es posible desde un punto de vista teórico y sin discusiones terminológicas complejas entender un sistema en donde se pueda explicar y darle alcance al cambio de acreedor? La respuesta es afirmativa ya que es natural que surja la necesidad económica de esta clase de sustituciones negociales. De tal manera que el problema no sería si es posible o no el cambio de

deudor, sino determinar los requisitos que se deben exigir y las consecuencias que produce sus efectos; y en especial, dilucidar si tras el cambio, se mantiene inalterada la relación obligatoria primitiva o ha habido una variación tan esencial que se debe llegar a la conclusión de que la relación es otra distinta.

I. Concepto

Si la cesión de crédito es la sustitución de la relación activa de la obligación, la cesión de deuda viene a ser el aspecto pasivo, aunque se diferencian nuclearmente en que en la primera el acreedor puede, en virtud de un acuerdo, traspasar su derecho de crédito, mientras que en la segunda, en principio, este traspaso no es libre y presupone un acuerdo entre el acreedor y el deudor primario o entre este y el deudor cesionario, de tal manera que en el segundo caso tendríamos que notificarle de dicha cesión al deudor primo, y este hecho nos lleva a concluir que la cesión de deuda no es necesariamente un acto autónomo ni aislado de las posteriores relaciones que se debe tener con el acreedor, lo que sí sucede en la cesión de crédito en donde su nacimiento no depende de otro acuerdo que el existente entre acreedores y por ello, se ha podido definir con unanimidad como un contrato autónomo entre cedente y cesionario, en cambio, la cesión de deuda como una especie de acuerdo en donde necesariamente media la voluntad del acreedor.

II. Antecedentes históricos del cambio de deudor

Hemos establecido que el derecho romano nunca aceptó esta figura jurídica, pues al considerar la obligación como personalísima, no reconoció el principio de que pudiera cambiarse la persona del deudor y mantenerse viva la obligación y que incluso existiendo cambio de deudor en un acto jurídico, era porque se había extinguido la primera deuda, y había surgido una nueva con diferente obligado.

El derecho romano consideraba incompatible con la esencia de la obligación lo mismo la transmisión de créditos que la asunción de las deudas. Por tanto, no podía hacerse por delegación del antiguo deudor o sin delegación (Planiol, 1945: 265).

Las dos figuras novativas en el derecho romano por las cuales podía realizarse una modificación de la obligación en el sujeto pasivo, fueron la expromisión y la delegación.

Según el profesor *Fundamentos de derecho civil patrimonial* Díez Picazo (1996), la expromisión consiste en la promesa que hace una persona no obligada al acreedor, quien acepta la promesa de que será pagada por el promitente de la deuda ajena, operando de esta manera un cambio de deudor, para el cual no es necesaria la intervención del deudor antiguo.

La expromisión exige por lo tanto la aceptación de la promesa por el acreedor. De tal manera que implica para el expromitente que este asume la deuda. Para el antiguo deudor puede producir un efecto liberatorio, incluso contra su voluntad. Sin embargo, la expromisión puede ser también alternativa o acumulativa, será alternativa cuando se concede al acreedor la facultad de pretender el cumplimiento, alternativamente, del originario deudor o del nuevo. Es cumulativa, cuando el expromitente asume la obligación de pagar junto con el deudor originario (Díez, 1996: 848).

Al respecto el artículo 1690 del C.C. Colombiano en su numeral tres no define la figura jurídica de la novación por expromisión, tan solo se limita a señalar que esta puede efectuarse aún contra la expresa voluntad del deudor primitivo. Y es que al aceptar el acreedor el nuevo deudor, es suficiente para perfeccionar la novación por expromisión generándose una obligación antigua por una nueva, no siendo un requisito la aceptación o notificación del obligado primo para que esta clase de acto novatorio surta efectos jurídicos.

Se debe precisar que en la novación subjetiva por cambio de deudor, los efectos producidos por la sustitución de la obligación original son similares a los efectos del pago, de tal manera que el acreedor no tendría acción alguna para reclamar al deudor o sus fiadores, avalistas o garantes, quedando por tanto la obligación extinta, subsistiendo solamente, si fuere el caso, aquello que se derive del nuevo nexo obligacional con el deudor primo.

En el derecho romano también existió la figura de la delegación, en la cual un delegante autoriza a otro delegado, para que realice una determinada prestación o concluya un negocio. Ulpiano la define de la siguiente manera: “Delegar es dar al acreedor o a aquel para quien se hace la autorización, otro deudor en lugar de uno mismo. La delegación se hace por medio de una estipulación o por la litiscontestación” (Digesto, 46, 2, 11, 1).

Entonces habrá *delegatio* siempre que una persona (delegado) por encargo o invitación de otra (delegante), accede a hacer a un tercero (delegatario) una promesa o a realizar en su favor una prestación por cuenta del delegante. Esta invitación consiste en el encargo de la deuda que hasta ese instante estaba en manos del delegante, quedando posteriormente libre cuando se obtenga la aceptación del delegatario, y por ello quedará extinguida la primera obligación y surgirá una nueva en su lugar a cargo del delegado, y todo ello como consecuencia de la estipulación novatoria. En efecto, desde la compilación de Justiniano se establece una relación estrecha entre la delegación y su efecto novatorio. El artículo 1690 del C.C. Colombiano en su numeral tres establece como forma de novación la sustitución de un nuevo deudor al antiguo cuando media el consentimiento del primer deudor; en tal caso el segundo deudor se llama delegado del primero.

Según los autores Sohm (1975) y Díez Picazo (1996) existieron para el derecho romano dos clases de este mismo tipo de cesión: la *delegatio dandi* (o *solvendi*) y la *promitendi*.

En la primera el delegado se obligaba a pagar al delegatario y en la segunda, la delegación es un negocio promisorio por medio del cual el delegado no solo se obliga a cumplir el pago sino que toma el lugar del delegante, por lo cual acepta el encargo propuesto por este. En cuanto a la relación entre el delegante y el delegado esta puede contener una relación previa en donde el delegado es deudor del delegante, caso en el cual existiría una causa *solvendi*, pero también puede existir una causa *credendi* o causa *donandi*. Pero no solo la figura de la delegación se daba en su aspecto pasivo y esto se explica porque la delegación más que una específica forma de novación, es una figura de alcance general que consiste en encargar a otro que haga efectiva una prestación ya sea de un derecho *promittere* o un *liberare* a un tercero, es decir, tanto el deudor como el acreedor.

A. El nombramiento de *cognitor* o *procurator in rem suam* como mecanismo procesal para el cambio de deudor

Para Arias Ramos y Arias Bonet (2009) es dudoso que el derecho romano admitiera el cambio de deudas a través de un contrato literal como hoy en día lo permite la doctrina moderna, sin embargo, es lógico que en la vida cotidiana de los romanos se realizaran cesiones de deuda y crédito, por medio de pactos entre ciudadanos que basaban sus relaciones en la confianza *bona fide*.

Dichas transmisiones se producirían de un modo independiente al reconocimiento jurídico de la cesión de derechos de crédito por la simple entrega de documentos aptos a tal fin y a los que, en su caso, se añadían las cláusulas correspondientes. Así, vemos que la utilización de *chirographos* griegos o de *cautiones debiti* como instrumentos probatorios y cuya entrega por el acreedor a un tercero podía servir de instrumento para la efectiva cesión de un crédito entre particulares que basan sus relaciones en la confianza recíproca. Más difícil resultaba la cesión de deudas por este simple procedimiento ya que entonces era necesario, de todos modos y como requisito fundamental, el consentimiento del acreedor (Quintana y Blanch, 1998: 321-354).

En este mismo estudio, Quintana y Blanch evidencian que la utilización de estos *chirographos* griegos por ciudadanos romanos dio siempre mayor valor a la escritura que a la palabra dada, tal es el caso de los documentos romanos llamados *testationes*, los cuales hacían las veces de los *chirographos* griegos y en los que constaban créditos cedibles a terceros.

Ahora bien, un verdadero acercamiento a la cesión de crédito y deudas fue la figura *cognitio* y *procuratio in rem suam* que se encontraba en los procedimientos judiciales. Por medio de este mecanismo, un tercero deudor podría pagar voluntariamente una deuda entre contratantes, no siendo este pago contrario a la buena fe. Las *cognition in rem suam* son formas de representación procesal ideadas por la jurisprudencia, que consistían en el

nombramiento por el deudor para que sea demandado judicialmente por el acreedor, de tal manera que los efectos de la sentencia recaían sobre este, logrando de cierta manera un cambio de deudor, por lo menos de manera procesal. Sin embargo, es más conocido este mecanismo en su sentido activo. Desde luego, cuando el acreedor primario o anterior cedía por medio de un mandato a un tercero el derecho a exigir lo debido con la posibilidad de que el cesionario pudiera apropiarse del pago. En otras palabras, se daba poder para que el cesionario tuviese la capacidad de actuar, en nombre del cedente, contra el deudor pero en su propio beneficio.

El proceso de la *procurator in rem suam* era el siguiente: quien recibía (durante la *litis contestatio*) el crédito era llamado *procurator* o *cognitor* del cedente y era un simple representante del acreedor, que además estaba facultado para ejercer el derecho en su nombre propio e incluso retener lo cobrado.

Ahora bien, en esta clase de cesión existía un problema, y era que el deudor podía liberarse pagándole al acreedor cedente, es decir, que el *procurator* o cesionario no tenía ninguna garantía.

La *procurator in rem suam* evoluciona hacia la época imperial de Antonio Pío, con la aparición del recurso de la concesión de la *actio utilis* al cesionario, en virtud de la cual quedaba siempre como titular de la obligación el acreedor o cedente, pero el ejercicio del derecho se transfería al *procurator*, quien podía requerir, con acción propia e independiente, al deudor cedido en cualquier momento pero no podía apropiarse de lo pagado.

El último desarrollo de esta cesión en litigios se presenta cuando se obliga al cesionario el derecho a notificar o *denunciar* al deudor, para informarle que él había adquirido el crédito, lo anterior con la finalidad de que el deudor no se pudiera liberar con el antiguo.

Afirma Roberto de Ruggiero (1944) que la figura utilizada por los romanos para hacer posible que un crédito fuera transferido a otra persona, consistió por largo tiempo en la institución de la representación procesal; donde quien recibía (durante la *litis contestatio*) el crédito era llamado *procurator* o *cognitor* del cedente, y era un simple representante del acreedor, quien estaba facultado para ejercer el derecho en su nombre propio e incluso retener lo cobrado. Más tarde esta figura evoluciona con la aparición del recurso de la concesión de la *actio utilis* al cesionario, en virtud de la cual quedaba siempre como titular de la obligación el acreedor o cedente, pero el ejercicio del derecho se transfería al *procurator*, quien podía requerir, con acción propia e independiente, al deudor cedido en cualquier momento.

Según los autores franceses Weill y Terré (1986), ya muy al final de la evolución del derecho romano se admitió la cesión por acuerdo entre partes, esto es, entre el cedente y el cesionario, donde este último adquiriría sus derechos frente al deudor cedido desde el momento del acuerdo. Pero esta figura de la cesión de común acuerdo tenía una limitante, y era que el cesionario podía ejercer la acción del cedente “bajo forma útil”. Después

se descubre que en esta figura se obliga al cesionario el derecho a notificar o *denunciar* al deudor, para informarle que él había adquirido el crédito; esto con la finalidad de que el deudor no se pudiera liberar con el antiguo acreedor.

No obstante, las cosas nuevamente son complejas en su sentido negativo, ya que cabría siempre la posibilidad de revocación unilateral: por un lado, el deudor no queda liberado y no puede forzar a su *procurator* a ser parte en el proceso que el acreedor emprenda (solo le quedaría, en tal caso, al deudor una acción de reembolso contra su representante) y, por otro, el acreedor no está obligado a aceptar el juicio ni puede obligar a tomar parte en él al *procurator*.

Para Quintana y Blanch –parafraseando a Provera (1998)– esta figura no constituye una violación al principio de la no intransmisibilidad de los derechos derivados de un contrato.

Por lo que hace ya al ámbito de la cesión de créditos y deudas esta creación de la jurisprudencia romana deja a salvo, al menos teóricamente, el principio de la intransmisibilidad *inter vivos* de créditos y deudas pero, al mismo tiempo, permite legitimar el resultado económico de dichas transmisiones. Provera expresó muy bien la naturaleza de este expediente diciendo que por esta vía el enajenante aún permaneciendo como titular del crédito transfería al adquirente no el propio derecho sino su ejercicio, legitimándolo a actuar frente al deudor, *procuratorio nomine*, pero en su propio interés. Así, mediante este instituto no se transmitía el derecho de crédito, sino la facultad de ejercitar la acción correspondiente y, además, al actuar el *cognitor* y el *procurator* en su propio interés quedaban liberados de responsabilidad frente al cedente.

En un principio estamos, pues, ante un mero desarrollo de la representación procesal pero en realidad estas figuras jurídicas cumplen una función, persiguen una finalidad muy diferente que no es otra que la de posibilitar la cesión *inter vivos* de créditos y deudas. No obstante, la estructura normativa de la representación procesal va a condicionar y dificultar la posición del cesionario frente al cedente y al deudor, especialmente en la cesión de créditos. Así, en caso de cesión de un crédito, ciertamente no era necesario el consentimiento del deudor tal y como sucedía en la *delegatio*, pero, por contra, el cesionario quedaba en una débil situación ya que hasta la *litis contestatio* el cedente, en cuanto titular del crédito, podía revocar libremente el *iussum* o mandato otorgado al cesionario, podía dirigirse contra el deudor, o recibir todo o parte del pago de este, podía incluso pactar directamente la liberación de la deuda y, si fallecía, su heredero podía en principio hacer otro tanto (Quintana y Blanch, 1998: 328-329).

III. Extinción de las garantías

En la cesión de créditos se traspasa de manera general las cauciones reales y personales que garantizan la obligación. Pero en la cesión de deuda si la garantía es constituida por un tercero ajeno a la relación contractual y hay cambio de deudor no le es indistinto a quien respalda, por lo que se requerirá su consentimiento para que ellas continúen afectando la obligación. Lo propio sucederá en la reserva de la novación en caso de que la garantía haya sido constituida por el contratante (art. 418 del código alemán, 1275 del italiano y 1701 del colombiano).

IV. Excepciones

Se debe entender que las excepciones provenientes de las intrincadas relaciones jurídicas entre los intervinientes en la cesión de deudas pueden emerger no solamente del simple contenido obligacional primario de la relación subyacente. Es por eso que debe distinguirse varias relaciones jurídicas: 1) las excepciones que provienen de la relación subyacente primaria, es decir de la obligación misma, frente al acreedor y a las que podemos llamar generales; 2) las que provienen del acuerdo de delegación entre deudores frente al acreedor, y 3) las que provienen del acuerdo expromisorio entre el acreedor y el nuevo deudor.

1. Por lo general la doctrina y el régimen jurídico de diversos países, entienden que el nuevo deudor podrá oponer frente a la reclamación del acreedor todas estas excepciones, menos las personales (art. 179 del código suizo y 1272, inc, final del código italiano). Por ejemplo, el nuevo deudor puede reclamar ante el acreedor el no pago de la misma por no haberse cumplido el término para su exigibilidad. Es interesante cómo la legislación mexicana aclara el vacío que surge en torno a cuáles excepciones personales, si las del cedente con respecto a la deuda originaria o las propias del cesionario con respecto a sus singulares relaciones con el acreedor, como es el caso de la compensación. Así, la salvedad consiste en que el cesionario puede oponer al acreedor la compensación cuando se trate de créditos propios; esta afirmación está regulada en el artículo 2056 de la siguiente manera:

Artículo 2056. El deudor sustituto puede oponer al acreedor las excepciones que se originen de la naturaleza de la deuda y las que le sean personales; pero no puede oponer las que sean personales del deudor primitivo.

Nuestro código civil no regula lo atinente a las excepciones en el caso de la cesión de deuda, sin embargo, la regulación de la cesión de contrato podría solucionar la falta de fuente, entendiendo que la cesión de contrato en Colombia no se limita a una figura particular perfecta tripartita, sino a una universalidad en donde se podría situar la cesión de deuda. Al respecto Sánchez García se refiere sobre el tema de la siguiente manera:

Haciendo una diferenciación de los artículos anteriores, es claro que en el primero se establece la figura de la cesión de contrato propiamente dicha, mientras en el segundo se habla de la posibilidad de ceder tanto posiciones contractuales como cualquier otro derecho u obligación que se desprenda de la relación contractual; de tal manera que siendo un precepto de carácter general no implica necesariamente la transmisión de derechos y obligaciones en bloque sino que tal transmisión podría ser independiente, de tal forma que la transmisión de derechos no implique necesariamente la correspondiente transmisión de obligaciones (Sánchez, 2010: 80).

En efecto, el artículo 895 del Código de comercio hace extensivos los privilegios, beneficios legales y acciones en el momento de la cesión, siempre y cuando sean inherentes al contrato cedido, pero no los que se fundan en causas ajenas al mismo o en la calidad o estado de la persona de los contratantes; quedando limitado de pleno la posibilidad de invocar excepciones personales del deudor primitivo o aquellas que tenga el nuevo deudor con el acreedor de relaciones ajenas al contrato que dio origen a la cesión.

Por su parte, el artículo 896 del mismo código establece que el contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se derivan del contrato, y todas aquellas que se funden sobre otras relaciones con el cedente, respecto de las cuales haya hecho especial reserva al momento de aceptar la cesión. Es claro que el principio plasmado por la ley comercial, es perfectamente armónico con la naturaleza misma del principio de que el acreedor en la cesión de deuda no se le podrá oponer excepciones diferentes a las primigeniamente adquiridas o a las que él mismo acepte o proponga. Dada la ausencia de fuente se podría considerar dicho artículo aplicable tanto a contratos de carácter civil como mercantil.

2. En lo atinente a las excepciones de las obligaciones provenientes del acuerdo delegatorio, no podrá oponerse las excepciones propias de sus relaciones particulares –referidas al pacto delegatorio– frente al acreedor, a no ser que este lo acepte. Al respecto, deberá distinguirse entre el acuerdo de la cesión propiamente dicho (relaciones generales) y los pactos adicionales a la transmisión de deudas. Por ejemplo, acuerdos tendientes a limitar sus responsabilidades para con el acreedor, o fijar un término diferente de cumplimiento frente a sus obligaciones con el acreedor e, incluso, aquel en que el nuevo deudor no ha recibido las contraprestaciones correspondientes por parte del cedente.
3. Sobre las excepciones del pacto de expromisión, es lógico, sin más comentario, que podrán oponerse frente al acreedor, por la sencilla razón que este acuerda el traspaso de deuda directamente con el cesionario. Debe entenderse, sin embargo, que estas excepciones se refieren tanto al contenido general de la relación como a los pactos específicos y particulares de la expromisión.

V. La novación por expromisión y por delegación

Para la Corte Suprema de Justicia la novación por cambio de deudor se puede dar cuando un deudor se sustituye por otro, es decir, cuando un deudor deja de ser tal para que otro ocupe su lugar, y por consiguiente la primera obligación se extingue y en su lugar nace una nueva entre el acreedor y el nuevo deudor. Prosigue la jurisprudencia reconociendo que este tipo de novación se puede dar de dos formas: a) con el consentimiento del deudor primitivo, y b) sin su consentimiento. Esta distinción la hace el artículo 1690 del Código civil, que se encuentra en título XV correspondiente al régimen jurídico de la novación. Este segundo tipo de novación subjetiva es conocida en la doctrina como expromisión (Corte Suprema de Justicia, sentencia de agosto 31 de 1942, G. J., t. LIV, p. 381). Sobre este punto el Código civil italiano recoge las instituciones clásicas de la delegación y la expromisión adicionando una tercera o retomando la idea romana que existieron dos clases de delegación, y consistente en la convención entre el deudor y un tercero para que este asuma la deuda del primero ante el acreedor (*delegatio promitendi*).

La redacción de nuestro Código civil es concluyente al señalar que esta modalidad de acto novatorio se puede dar aún en contra de la voluntad del deudor primitivo, o inclusive en ausencia de la misma.

La disposición contenida en el artículo 1960 del Código civil colombiano la encontramos en el artículo 1274 del Código civil francés, el artículo 1205 del Código civil español, el artículo 815° del Código civil argentino, el artículo 414° del Código civil alemán (BGB) –pero únicamente como referencia a la asunción de deudas–, y el 2052° del Código civil mexicano cuando se refiere a pagos efectuados por el nuevo deudor.

De lo anterior podemos determinar las formas de la cesión de deuda.

VI. ¿Novación o cesión de deuda?

Se entiende que el cambio de deudor, o delegación de pago implicaba siempre novación, es esta la razón por la cual la disciplina hace parte de una clase de novación en la legislación civil, y se diferencia de la cesión o transmisión en que en esta existe la posibilidad que subsistan las garantías y excepciones, esta es la idea que se acoge modernamente. En Colombia y a pesar de estar regulada en el título XV sobre la novación, las excepciones y garantías operan no en sentido restringido, sino, por el contrario, la institución de la cesión de contrato y la posibilidad de reserva que le concede el artículo 1701 del Código civil al acreedor, moderniza en cierto sentido la idea de novación por cambio de deudor; y aún más cuando el contrato es de naturaleza mercantil.

Históricamente el Código civil alemán destinó la sección V del libro 2, artículos 414 a 419 para reglamentar la “cesión de deuda”, sección que tiene como referente inmediata el Código prusiano de 1794 y la obra del jurista Delbruck del año 1853, dicho código

contempla las formas de cesión ya mencionadas, es decir, por delegación y expromisión (art. 414), y prevé en su artículo 415 que cuando la cesión se efectúa entre el antiguo y el nuevo deudor es necesaria la aceptación del acreedor, este último requisito que no se encuentra consagrado legalmente en nuestro ordenamiento jurídico, sí ha sido reconocido por la doctrina nacional. Al respecto se puede consultar Hinestrosa (2002).

El Código civil alemán ha sido referente y mecanismo de solución de los códigos de este siglo, como el suizo, polaco, griego y mexicano, sin embargo y como ya lo habíamos mencionado, el código italiano sigue su propia línea.

El código colombiano como todos los clásicos, no regula la materia, ni como asunción ni como transmisión, pero sí desde su parte activa con la cesión de crédito. Es lógico que en países como Francia y Chile se haya dado la discusión en torno a la posibilidad de regular de forma específica la cesión de deuda al igual que en Alemania o Italia. En nuestra opinión, el tema no puede ceñirse únicamente a la regulación novatoria, porque como lo hemos señalado, existen varias posibilidades y formas para la cesión de deudas e, inclusive, variadas formas de delegación no reguladas en nuestro código. Por lo anterior se debe aclarar lo siguiente:

1. Como regla general el deudor primitivo no queda liberado si el acreedor no declara así expresamente, a menos que sea un negocio expromisorio. Este principio aunque no consagrado en nuestra legislación, sí está regulado en las demás legislaciones sea que acepten o no la cesión de deudas; en el caso del código chileno como referente de nuestra legislación, establece en su artículo 1635 los posibles efectos acumulativos o liberatorios de la novación, mas no lo concerniente al requisito de dicha aceptación y, a pesar que se ha utilizado el mencionado artículo, para justificar la necesidad de la aceptación del acreedor, consideramos que no se puede llegar a dicha conjetura por medio de la literalidad del artículo. Idéntica disposición se encuentra en el artículo 1694 del Código civil colombiano. Pero el problema semántico de ambas disposiciones no termina en ello; establecen los artículos citados que en el caso de no aceptar el acreedor la liberación del primitivo deudor, dicha delegación será solamente de pago, lo que en teoría abriría la posibilidad de que el negocio delegatorio se convirtiera necesariamente en su especie de pago o *solvendi* y que este pueda ser oponible frente al acreedor. Sin duda alguna esta no es la interpretación adecuada de dicha disposición. En efecto, debe distinguirse entre la voluntad de liberar o no al deudor primitivo y el negocio efectuado por los deudores, que debe ser aceptado por el acreedor.
2. Se desprende de lo anterior que evidentemente la legislación permite la asunción acumulativa que menciona el artículo 1694 Código civil colombiano, consistente en que el deudor se obliga solidaria o subsidiariamente y que en todo caso se podría regular contractualmente dicha situación.

3. Es perfectamente posible que se convenga entre el cedente y cesionario que este último asuma el pago de la deuda sin que el acreedor intervenga, siempre y cuando no afecte al acreedor; y como es lógico, si llegase a aceptar la mencionada asunción, esto no significaría que acepta necesariamente el cambio de deudor en los demás efectos contractuales ni que renuncia a las excepciones prerrogativas o demás obligaciones que tenía con respecto al deudor cedente.
4. Como principio, la liberación del anterior deudor produce en nuestra legislación novación de acuerdo con el artículo 1690, y agrega el artículo 1693 que para que exista novación se requiere de *ánimus novandi*, de tal manera que si las partes expresan claramente lo contrario esta no se produce, pero su efecto será que subsista ambas obligaciones, y en todo caso si el primer deudor queda liberado ya no existirá obligación de su parte. Pero las partes podrán hacer la respectiva reserva en cuanto a garantías, privilegios e hipotecas. No siendo este aparentemente el concepto de la cesión de deuda en su sentido ideal, en que la misma obligación cambia de deudor sin extinguirse tanto lo principal como lo accesorio.

VII. El derecho alemán y suizo

Quisiéramos hacer especial referencia a estos derechos siguiendo lo que ya había evidenciado Josserand (2007) en los siguientes términos:

El Código civil no tiene teoría general, ni aun siquiera aplicación consciente y formal de la transferencia de deuda; sin duda se puede cambiar el deudor, pero para llegar a ello, se debe cambiar la deuda misma por medio de una novación *mutato debitore*, lo que supone la desaparición de los accesorios, de las seguridades con que la antigua obligación pudiera estar acompañada: el medio no es adecuado al objeto perseguido, al que evidentemente desborda.

Sin embargo, la inferioridad de nuestro derecho francés con relación al derecho alemán, que admite y que organiza, con el nombre de renovación de deuda, la cesión de deuda (Cód.civ; alemán, arts. 414 y sigs), como también el código suizo de las obligaciones (arts 175 y sigs.), así como el Código civil de la República China (arts 300 y sigs.), no es tan completa como a veces se afirma. (Josserand, 2007: 513).

Es claro que estas apreciaciones son perfectamente aplicables a nuestra legislación, e implican, como ya se trató, de la imposibilidad natural de una perfecta contrapartida a la cesión de crédito, por lo cual, la renovación de la que habla el derecho alemán es incluso un negocio específico de eficacia limitada y que como lo indica el citado autor tiene los limitantes de no ser oponible su eficacia al acreedor, y la transferencia implica si no la extinción o novación de la deuda misma, sí por lo menos de los accesorios como garantías e

hipotecas, (arts. 414, 415, 416 BGV, 1699, 1799, 1701 C.C. Colombiano), y en el caso de las excepciones, y garantías en el código suizo podríamos entenderlo como una legislación realmente avanzada, en efecto, admite una vez causada la asunción, el traspaso de garantías prerrogativas y excepciones en la medida en que sean inseparables de la persona del deudor (art. 178 Código federal de las obligaciones).

A. Asunción de deuda

Según el autor Andreas von Tuhr (2008) la “asunción de deuda” es el negocio por medio del cual un nuevo deudor asume la deuda del anterior por un pacto con el acreedor, relegando los pactos entre deudores como simples actos preliminares que pueden dar origen a obligaciones entre ellos. El contrato de asunción consta de una oferta y una aceptación (art. 176 del código suizo y 415 del código alemán). La oferta puede provenir de cualquiera de las partes cesionario-creedor o acreedor-cesionario. Establece específicamente esta legislación que la oferta que se haga al acreedor puede ser en forma de notificación (art. 176, apéndice 2), en la cual además de constar el negocio delegatorio, se exprese la intención de asumir la deuda ajena siguiendo además el principio que si no se hace especial reserva sobre asumir acumulativamente la deuda, se entenderá que su intención es hacerlo en su totalidad. Lo anterior nos lleva a concluir que el principio consistente que la oferta debe contener los elementos esenciales del futuro negocio que se va a celebrar no se cumplen en esta especie de negocio jurídico, por cuanto para que este revista plena validez solamente es necesario que la intención de asumir la deuda por parte del nuevo deudor sea a lo sumo tácita. Por lo tanto, no será necesaria en dicha notificación hacer referencia exacta de la cosa o el precio, por ejemplo si lo que se asume es la deuda en un contrato de compraventa.

De tal manera que si el acreedor aceptara dicho negocio aún desconociendo por ejemplo las condiciones exactas de este y que celebró en su momento con el deudor primo, esto no será excepcionable frente al cedente ni al cesionario, otra cosa será que este desconozca los particulares pactos del negocio delegatorio, caso en el cual y a pesar de aceptar la asunción no le es oponible aquello que sea adverso para sus intereses, y en todo caso tanto el deudor cedente como el cesionario tendrán el deber jurídico de informar al acreedor las particularidades del negocio delegatorio, con el agravante de que esos pactos se puedan interpretar a favor del acreedor y en contra de los deudores, o incluso llegar a entenderse como no escritos en la medida en que estos le sean adversos al acreedor. En el caso del Código civil alemán en su artículo 415 prevé al igual que el 176 del suizo que se puede dar la asunción de deuda mediante contrato entre ambos deudores, con el necesario requisito de la aprobación del acreedor, o siendo incluso el pacto delegatorio nulo, producir plenos efectos jurídicos si el acreedor aceptase la propuesta o notificación del transmisionario consistente en su intención de asumir el contenido del pacto primigenio.

B. La aceptación de la oferta puede ser expresa o tácita, causa del pago parcial

La oferta de asunción de deuda en la legislación suiza puede ser expresa o tácita, así lo plasma el artículo 176 de su código. Según von Tuhr este caso se puede dar cuando el acreedor, por ejemplo, recibe el pago de cierta cantidad parcial o de intereses del cesionario o quien haga sus veces, entendiéndose inequívocamente que tal pago se realiza sin delegación *solvendi* —y añadiríamos que además es necesario que el acreedor tenga pleno conocimiento que dicho pago proviene del contrato que se cede—, por cuanto tácitamente no se podría entender que su voluntad es la de permitir el cambio en sus derechos respecto a su deudor. Con respecto a los derechos de quien efectúa el pago, que su intención sería la de asumir la deuda, de lo contrario no podríamos interpretar como positivo el hecho de que la persona que paga la deuda lo quiere hacer con efectos de asunción. Podría darse el caso que este lo haga con la única y exclusiva finalidad de subrogarse posteriormente en los derechos del acreedor contra el deudor. Lo anterior nos lleva a determinar, por un lado, que el pago parcial que realice un tercero con respecto a una obligación contraída por un acreedor y un deudor, no es necesariamente a título de asunción, y la razón lógica de ello es que la causa en dicho negocio puede ser diversa.

Y por otro lado, que la aceptación de pago que hace el acreedor aún proveniente de un negocio *delgatorio promitendi* no necesariamente implica asunción. Imaginemos ahora la situación opuesta: en la cesión de crédito el cedente y cesionario por medio de un pacto contractual transmite el primero al segundo su posición, estando sujeta su efectividad a la notificación que se hace al deudor. Si en su sentido específico la asunción de deuda es el acuerdo contractual entre acreedor y un tercero que asume una deuda ajena que se tenía con el mismo acreedor. La de crédito será específicamente el pacto entre acreedores con respecto a un mismo deudor. Pero que se diferenciarán nuclearmente en que en esta última la causa del negocio es necesariamente el interés del cedente en ceder su posición como acreedor, ya sea a título gratuito u oneroso y por el lado del cesionario, el interés de asumir como parte contractual en el acto que dio origen a la misma cesión; no existiendo en su conformación fenotípica un posible interés subrogatorio, como sí se podría dar en el caso del pago parcial de una deuda ajena con la autorización del acreedor.

Bibliografía

- ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio. *Derecho romano*. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, S. A., 2009.
- DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de derecho civil. Tomo I*. Madrid, Instituto Editorial Reus S. A., 1944.
- DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial, III*. Madrid, Civitas, 1996.

- GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las obligaciones*. México D. F., Porrúa, 1995.
- HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes*. Vol. 1. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- JOSSERAND, Louis. *Teoría general de las obligaciones*. Bogotá, Leyer, 2007.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Derecho civil obligaciones T7. (Segunda parte)*. (Mario Díaz Cruz, traductor). Habana, Cultural S.A. 1945.
- QUINTANA ORIVE, Elena y BLANCH NOUGUÉS, José María. “Nuevas consideraciones en torno al *cognitor* y al *procurator in rem suam*”. En: *Revue Internationale des Droits de L’Antiquité*, núm. 45, pp. 321-354, 1998.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Mateo. “La cesión del contrato en Colombia: una aproximación desde el derecho comparado”. En: *Revista RAI*, No. 2, 55-78, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010.
- SOHM, Rudolph. *Instituciones de derecho privado romano*. (Wenceslao Roces, traductor). México D. F., Editora Nacional, 1975.
- VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá, Leyer, 2008.
- WEILL, Alex. *Droit civil. Les obligations*. París, Précis Dalloz, 1986.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia. Sala de casación de 25 de noviembre de 1938, XLVII, 423.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de casación de 31 agosto de 1942, G.J., t. LIV, pág. 381.