

T. - D
158

11

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE DOCTOR EN
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

SCIB

00019231

CARTAGENA MAYO 15 de 1.979

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

RECTOR:

Dr. LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL

DECANO DE LA FACULTAD:

Dr. JAIME GOMEZ O'BIRNE

SECRETARIO GENERAL:

Dr. HERNANDO THORNE

SECRETARIO ACADÉMICO:

Dr. PEDRO MACIA HERNANDEZ

PRESIDENTE HONORARIO:

Dr. ANIBAL PEREZ CHAIN

PRESIDENTE DE TESIS:

Dr. JORGE PAYARES BOSSA

EXAMINADORES:

Dr. CARLOS GUETE BURGOS

Dr. RAUL H. BARRIOS

Dr. ANIBAL PEREZ CHAIN

IBETH STELLA DAVID ZABALA.

3

"CESION DE DERECHOS Y CREDITOS"

(Tesis de Grado)

Cartagena - Colombia

1.979

ARTICULO 85.

REGLAMENTO DE LA FACULTAD

" LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LAS
OPINIONES EMITIDAS EN LAS TESIS DE GRADO
TALES OPINIONES DEBEN SER CONSIDERADAS CO-
MO PROPIAS DEL AUTOR ".

DEDICATORIA

A MIS PADRES

A MIS HERMANOS

PRIMERA PARTE

CAPITULO I.- LA CESION EN EL DERECHO ROMANO

ETAPAS:

1. Intransmisibilidad e incedibilidad de los derechos y obligaciones. Transmisión a Título Universal.

2. La novación.

Elementos. Efectos. ventajas. Inconvenientes.

3. Procuratio in rem suam

Ventajas. Inconvenientes.

4. Efectos de la cesión en el Derecho Romano.

CAPITULO II.- LA CESION EN EL DERECHO MODERNO

1. En el Derecho Aleman.

Naturaleza Jurídica. Capacidad. Objeto. Clases. Efectos. Cesión de Derechos litigiosos.

2. En el Derecho Frances.

Condiciones para la validez y eficacia de la Cesión. Efectos.

3. En el Derecho Italiano.

Efectos.

4. En el Derecho Chileno.

1. De la cesión de créditos personales. Efectos.

7
II- Cesión del Derecho de Herencia. Efectos.

III- Cesión de Derechos litigiosos. Derecho de Retracto.

CAPITULO III.- NATURALEZA JURIDICA DE LA CESION DE DERECHOS

1. TEORIAS.

Primera- La cesión es un contrato.

a). La cesión es un contrato de compraventa de las cosas incorporales.

b). Es un contrato especial.

c). La cesión como título para efectuar la tradición del derecho personal.

d). El contrato de Cesión es real.

Segunda- La cesión es la tradición de los derechos personales.

2. CONCLUSIONES.

3. LA CESION Y OTRAS FIGURAS JURIDICAS.

a). Subrogación.

Efectos. Diferencias con la cesión.

b). La novación.

Requisitos. efectos. Diferencias con la cesión.

c). Renuncia o remisión de un derecho de crédito.

SEGUNDA PARTE

NOCIONES PRELIMINARES:

- 1. Cosa o bien jurídico.
Concepto. Clasificación.
- 2. Objeto de la cesión.
- 3. Créditos y derechos que pueden cederse.
- 4. Créditos y derechos que no pueden cederse.
- 5. Cesión de derechos en la Legislación Colombiana.

CAPITULO I.- CESION DE CREDITOS

Clases de créditos.

a). DE LOS CREDITOS CIVILES

Formalidades. requisitos.

b). DE LOS CREDITOS COMERCIALES

Los Instrumentos negociables y el Endoso.

c). EFECTOS DE LA CESION

I- Efectos generales.

II- Responsabilidades que se derivan de la cesión.

- 1. Entre cedente y cesionario.
- 2. Entre las partes y el deudor.
- 3. En relación con los terceros.

III- Efectos de la negociación de los instrumentos negociables.

CAPITULO II.- CESION DEL DERECHO DE HERENCIA

Nociones generales. Formalidades. Requisitos. Efectos.

CAPITULO III.- CESION DE DERECHOS LITIGIOSOS

Nociones generales. Requisitos. efectos.

DERECHO DE RETRACTO

Concepto. Condiciones. Excepciones. Efectos.

"PRIMERA PARTE"

C A P I T U L O I

LA CESION EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano encontramos el origen de la cesión de derechos, pero como mas adelante veremos, ese origen no esta en las leyes sino en la practica, en la necesidad diaria de una entidad jurídica que produjera los efectos de la Cesión. En el Derecho Romano se desconocia la figura jurídica de la Cesión de derechos tal y como se entiende actualmente, ya que los derechos y las obligaciones se consideraban incesibles e intrasmisibles a título particular; ésta tesis mantenida por los romanos como principio abstracto presentaba en la práctica inconvenientes que paralizaban los negocios. Los jurisconsultos y los pretores ante el auge del comercio se vieron en la necesidad de buscar soluciones que permitieran salvar los inconvenientes presentados sin derogar el principio establecido de intrasmisibilidad a título particular. Las soluciones presentadas dieron origen a diversas etapas antes de lograr un concepto jurídico de Cesión similar al del derecho actual.

ETAPAS

1. INTRASMISIBILIDAD E INCEDIBILIDAD DE LOS DERECHOS Y LAS OBLIGACIONES. TRASMISIÓN A TITULO UNIVERSAL.

En el Derecho Romano no se concibe una relación obligatoria - se transmite de persona a persona, se opone a ello el propio - caracter personal de la obligación romana.

No se transmiten particularmente los créditos ni las deudas, ni la prenda ni la hipoteca; se transmite la propiedad, pero no por que la consideren como un derecho transmisible, sino por el cambio que se produce en pensamiento entre la propiedad y la cosa sobre que recae.

La adquisición por negocio jurídico como la que se realiza sin él, se consideraba como creación de un derecho nuevo sobre la cosa. En los negocios jurídicos tradicionales de adquisición - LA MANCIPATIO y LA IN JURE CESSIO lo decisivo es la afirmación unilateral del derecho de propiedad por parte del adquirente, y en el enajenante renuncia no oponiéndose a lo que era suyo - (en la fórmula falta toda alusión a la idea de transmisión). Se podía emplear para la constitución y extinción de todos los derechos que podían ser objeto del proceso Vindicatorio, para transmitir la propiedad de las cosas. LA TRADITIO o entrega, es el modo más antiguo de enajenación. Tiene en principio eficacia posesoria; en la época clásica tiene función traslativa de dominio; pero es muy oscura. Por estos tres actos se conseguía la transmisión del derecho, pero no era la ausencia de los mismos dicha transmisión; lo que ocurría era, que los clásicos no contemplaban la traslatio juris, sino la traslatio rei, así GAELIO habla de una transmisión de la cosa y no del derecho que recae sobre la misma.

Solo es posible la transmisión en las sucesiones por causa de muerte a título universal, por esta vía se logra un cambio del

acreedor o del deudor subsistiendo la obligación. Fuera de la Sucesión Hereditaria no admiten que los derechos y las obligaciones puedan ser objetos de transmisión.

Como lo anote inicialmente esta tesis romana originaba en la práctica numerosos inconvenientes, que indujeron a los jurisconsultos y pretores a buscar por caminos indirectos medios para hacer posible el traspaso de las obligaciones y derechos evitando derogar los principios establecidos a lo cual no eran muy adeptos; el primero medio encontrado y al cual me referiré seguidamente es la Novación.

2. NOVACION

El aumento creciente de los negocios y en general del comercio más que la comprensión del hecho en sí de transmitir el derecho hizo que se empleara uno de los modos de novación LA DELEGATIO sintetizada por GAYO así; "La obligación, de cualquiera modo que se contraiga no es susceptible de dicho tratamiento jurídico (no se puede aplicar a las obligaciones la cesión que se permite y acostumbra en los casos de herencias). Es decir, que si quiero que aquel a quien se me daba, te sea debido a tí, no puedo servir de ninguno de los medios que existen para transferir a otro las cosas corporales, sino que es necesario que, por mandato y comisión mías recibas de mi deudor, mediante ESTIPULATIO, la promesa que se pagara a tí lo que a mí me debía. De esta suerte se quedara libre respecto a mí y se convertirá en deudor tuyo; lo que se llama NOVACION DE OBLIGACIONES".

Novación según ULPIANO, es la conversión de una obligación anterior por otra, ya sea civil o natural.

Siguiendo nuestro CODIGO CIVIL COLOMBIANO, la Novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.

La novación en el derecho romano puede ser voluntaria y necesaria. Es voluntaria por acuerdo de voluntades mediante la convención. La necesaria se producía cuando había controversia en materia obligacional y era discutida ante los Tribunales, originándose en la Litis Contestatio, cuya finalidad era dejar sin efecto la obligación objeto de la controversia y en cambio comprometer a los litigantes a cumplir la sentencia proferida por el Juez.

ELEMENTOS

Encontramos como efectos de la Novación los siguientes:

- 1). Identidad en el objeto de ambas obligaciones.
- 2). Un cambio que se produce en la relación obligatoria. Este cambio puede consistir en:
 - a). Una transformación de la obligación permaneciendo las mismas personas de la relación obligatoria.
 - b). Un cambio de acreedor o de deudor, permaneciendo idéntica la obligación.
- 3). Animus Novandi: El propósito o intención de resolver una obligación anterior y de crear una nueva.

EFFECTOS

Se producían dos clases de efectos.

1). Extinguía la obligación antigua ipso jure y con ella extinguía todas las seguridades que el deudor hubiera dado al acreedor y las excepciones que el deudor hubiese podido oponer contra el primitivo acreedor.

2). La nueva obligación era siempre una obligación Verbis por virtud de la Stipulatio, aún cuando la primera no hubiere provenido de la misma.

VENTAJAS

Podemos anotar entre sus ventajas el hecho de ser sus resultados definitivos y que el crédito entraba en el patrimonio del cesionario, constituyéndose así para él un derecho propio.

INCONVENIENTES

1). Era indispensable el concurso de las voluntades de los tres; acreedor, deudor y nuevo acreedor o deudor.

2). Solo se podía hacer entre personas que pudieran concurrir y estar presentes; los ausentes y los sordomudos no podían hacer novación.

3). El antiguo crédito desaparecía con todos los accesorios que lo garantizaban.

Como vemos no se trataba de una transmisión, sino de una sustitución de una relación jurídica anterior por una nueva, cuyos resultados solo podrá obtenerse con la colaboración del deudor y tenía que hacerse por medios solemnes. Pero los Pretores en vista de las dificultades que representaban estos medios y te-

niendo en cuenta la necesidad de facilitar las transacciones comerciales, buscaron otros medios que diesen mejores resultados.

3. PROCURATIO IN REM SUAM

El segundo medio ideado fue el conocido con el nombre de Procuratio In Rem Suam, que era un mandato judicial. Consistía en este procedimiento en el encargo dado por el acreedor al cesionario para ejercer la acción personal contra el deudor, sin que el mandatario quedara obligado a rendir cuentas de su gestión. Seguidamente se hizo posible que este representante y amador cognitor o procurator obtuviera a propósito del crédito ajeno una sentencia a su nombre que le permitiera conseguir la afectividad de la obligación en el procedimiento ejecutivo. Normalmente el gestor había de entregar al mandante lo que obtuviera en la ejecución de la sentencia y para obtenerlo competía al mandante una actio mandati contra el, derivada del contrato de mandato. Pero si el acreedor había facultado a su gestor procesalmente para que hiciera suyo lo recibido en el proceso en cuestión, cambiaba, pues en tal circunstancia éste hacía valer el derecho ajeno en interés propio en virtud del mandato (Mandato in rem suam) y de esta manera desde el punto de vista económico se alcanzaba el efecto de una cesión de crédito sin necesidad de asentimiento del deudor. Este procedimiento se aplicó bajo el sistema formulario, o sea, en la época clásica -

17

cuando se podía hacer representar en juicio por un mandatario o apoderado. El apoderado se llamaba cognitor cuando el poder se había constituido ante un magistrado, y procurador, cuando el poder se constituía por medios privados, como en una carta Procuratio indica la no necesidad del concurso de otras voluntades; que era un poder, in rem suam indica a su vez, en cosa suya. Se explica esto en el hecho de hacer el mandatario, cuyo lo que recogía por que estaba autorizado por el dueño, por había un convenio por el cual este le cedía la acreencia al cesionario. Pero este mandato in rem suam no producía una verdadera transmisión singular, ya que hasta la conclusión del contrato entre el mandatrio (cesionario) y el deudor, el mandante (cedente), continuaba siendo el acreedor de la obligación con todas sus consecuencias; hasta después de aquel no entraba el mandatario en lugar del cedente, y esto en virtud de la Novatio Necesaria que producía el contrato siempre.

VENTAJAS

Ofrecía una ventaja al no ser necesario tomar parecer al deudor puesto que iba a ser demandado.

INCONVENIENTES

Presentaba ciertos peligros o inconvenientes tales como:

- 1). En Roma se exigían condiciones especiales para ser apoderados con lo cual se limitaba la práctica de esta figura.
- 2). El cedente podía revocar a su arbitrio el mandato, en tanto

el cedente y el cesionario no concluían el contrato.

3). Como el cedente continuaba siendo el verdadero acreedor, tenía facultad para disponer de su crédito (aun sin revocación) podía por tanto demandar personalmente al deudor, llegar a una transacción con él o perdonarle la deuda.

4). Si fallecía el cesionario o el cedente el mandato se extinguía. En resumen tenemos que hasta la terminación del contrato el cesionario no tenía nada seguro, una vez realizado el fenómeno jurídico, el mandatario quedaba asegurado, por que de ahí en adelante cobraba en su propio nombre.

EFFECTOS DE LA CESION EN EN DERECHO

ROMANO

1). Entre el acreedor cedente y el deudor cedido: Reglamentaba la practica de la notificación de la cesión se impidió que el acreedor cedente, continuara con el derecho en relación con el deudor.

2). Entre el acreedor cedente y el acreedor cesionario: Si es a título gratuito el cedente solo responde del dolo; si es a título oneroso, además del dolo responde de la existencia.

3). Entre el acreedor cesionario y el deudor cedido: El cesionario adquiere el crédito igual y en las mismas condiciones que tenía en manos del cedente. Pasa también al cesionario todos los accesorios y garantía de la obligación.

LA CESION EN EL DERECHO MODERNO

Por la importancia que día a día va teniendo el comercio internacional, y siendo el comercio una de las causas para el surgimiento de la figura de la cesión, como lo vimos en el capítulo anterior, parece necesario tener un conocimiento somero de esta figura en las legislaciones de los diferentes países que ha nuestro parecer se puede hacer un estudio comparativo con la de nuestro país, bien por consagrar teorías similares o contrarias, o bien porque nuestros legisladores las han tenido en cuenta para redactar las propias. Para este estudio comparativo hemos tomado leyes, doctrinas y jurisprudencias en algunos casos, al respecto de la figura que tratamos, en el derecho alemán, francés, italiano y chileno.

1.- LA CESION EN EL DERECHO ALEMAN

El derecho germano dio un último paso en la figura, en estudio afirmando la transmisión de un derecho por sí mismo sin necesidad de recurrir a la tesis del mandato o la procuración. El código alemán establece la transferencia del crédito o del derecho sin requisitos especiales, contrariamente al código civil colombiano y a las otras legislaciones que estudiaremos que exigen como lo veremos más adelante, una notificación judicial, o aceptación por escrito de la cesión, conjuntamente con la entrega del título existente.

La cesión en el derecho germano se opera con el mero acuerdo verbal de las partes sobre el cambio del titular del derecho.-

Solo en casos especiales se requieren formalidades, caso como en la hipoteca con documento (art 1.154 del C.C. Aleman) y el endoso de una letra de cambio (art 792 del C. C. Aleman) y a la transferencia del derecho de participación de la herencia (art-2.033 del C. C. Aleman).

NATURALEZA JURIDICA

Adelantando algunas ideas sobre esta materia, que estudiaremos en capítulo especial, nos parece conveniente traer algunos conceptos de los autores alemanes para una mejor comprensión de esta figura en el derecho germano.

Al respecto VICTOR LOEWENWARTER, en su obra derecho civil aleman comparado al referirse a la naturaleza jurídica de cesión considerando las características del derecho civil aleman dice que la cesión "no es un contrato generador sino la manera de consumir el derecho como un pago o la prestación de lo que se debe", agrega mas adelante "generalmente la cesión no es otra cosa que el cumplimiento de una compraventa que representa el motivo y la causa de la transferencia del crédito que implica al vendedor que debe garantizar la existencia jurídica y válida del derecho o el crédito segun lo establecido en art 437 (igual que el art 1.907 del C/C. chileno), a menos que se trate de una donación, porque el donante de un crédito no es responsable de la existencia del derecho obsequiado (art 523 del C. C. Aleman), que hace tan solo una excepción en el caso del dolo"; afirma más adelante "la cesión no encaja entre los contratos -

especiales", porque, "siendo la cesión no una obligación sino cumplimiento de esta, tal como lo es la transferencia del dominio de la cosa que tampoco es una obligación sino su ejecución causada por el contrato básico que obliga a las partes a cumplir lo" (pag 197).

Por otra parte LUDWIG ENNECCERUS define la cesión como "un contrato por el cual el acreedor anterior transmite un crédito a un nuevo acreedor". Como el autor lo señala considera la cesión como un contrato especial, apartándose de la opinión de LOEWENWARTER; ahondando en su idea él considera que, "el contenido del contrato es la transmisión del derecho de crédito. Por lo tanto la cesión no debe confundirse con el contrato por el cual se asume una obligación de ceder por ejemplo, la venta de un crédito". (Tratado de derecho civil tomo 2 pagina 356)

CAPACIDAD

Se necesita capacidad de ejercicio para el cedente y capacidad de ejercicio parcial para el cesionario, porque la adquisición de un crédito importa una ventaja jurídica, según lo señala el art 107 del C. C. Alemán, en consideración al hecho de que la cesión, en el derecho alemán es abstracta ya que no se revela y el cambio se produce por donación compraventa o por legado, es decir, no revela sus antecedentes, y se aplica solo en favor del cesionario ya que se priva de una parte de su patrimonio no sucediendo igual con el cedente.

OBJETO DE LA CESION

Pueden ser objetos de una cesión todos los créditos y derechos que no contienen características especiales y los créditos futuros cuyo nacimiento es probable. El art final del capítulo sobre la cesión, extiende estas normas a todos los derechos transferibles, como por ejemplo la hipoteca, a la acción reivindicatoria, a ciertos derechos derivados de una herencia y además al derecho de expectativa del comprador de una cosa vendida bajo la cláusula de reserva de dominio.

No son objeto de una cesión:

1). Los créditos puramente personales, ejemplo los créditos derivados de un derecho de alimentación.

2). Las prestaciones del mandatario de exigir a su mandante la liberación de una obligación (art 257 del C. C. Aleman), tampoco es transferible a otros acreedores del mandatario (Jurisprudencia de la Corte Suprema del Reich).

3). El crédito no se puede ceder si el acreedor y el deudor estipulan expresamente la prohibición del traspaso; esta prohibición afecta a los terceros de buena fé. Los derechos transferibles, en igual forma se hacen incedibles por estipulación expresa.

No es posible transferir una relación obligatoria, como sería el caso de un contrato bilateral; así lo explica con bastante claridad LOEWENWARTER "es preciso advertir que no es posible transferir una relación obligatoria, es decir, una complejidad de créditos y deudas, de activos y pasivos, de pretensiones y deberes, como lo es, por ejemplo, el contrato bilateral de compraventa, porque el derecho civil y consecuentemente el

Código Civil Aleman nos reconoce la posibilidad de transferir un contrato bilateral sin distinguir expresamente entre los diferentes créditos y deudas, por que la transferencia del pasivo - no puede efectuarse sin el consentimiento del acreedor, a quien interesa naturalmente mucho la persona de su deudor a causa de la solvencia del obligado en el caso de una ejecución forzosa - mientras que la transferencia del activo, la cesión, puede operarse sin consentimiento del deudor, porque este ultimo no esta afectado por el cambio del acreedor a quien el deudor puede oponer todas las excepciones que tenia contra su primitivo acreedor.

CLASES DE CESION

Hemos dicho que el C. C. Aleman establece un metodo sencillo - de una cesión sin notificación judicial o aceptación por escrito. Pero dentro de ese metodo general conoce de una cesión Voluntaria y una cesión Legal.

Cesión Legal: Corresponde más o menos a la subrogación de nuestro código. Tal ocurre en el caso de la Fianza, el fiador que paga al acreedor adquiere el credito pagado por ministerio de la Ley para recobrarlo en contra del deudor.

Cesión Judicial: Esta consagrada en el C. C. P. C. Aleman. Se presenta en el caso de la ejecución forzosa, cuando el acreedor solicita la transferencia de un crédito de su deudor para su beneficio, pero generalmente solo se solicita la autorización de cobrar un crédito como mandatario del mismo sin que se opere verdadera cesión.

Cesión Voluntaria: Es la figura que nos ocupamos en este estudio y corresponde más o menos a la establecida en nuestro código, siendo más amplia y sencilla como lo hemos visto en el Código Alemán.

EFFECTOS DE LA CESIÓN

El crédito se transfiere al cesionario con todas las garantías existentes y con todos los privilegios accesorios del crédito como por ejemplo, la garantía de prenda, hipoteca, de fianza o del estado privilegiado de la quiebra. Se discute en la jurisprudencia alemana el trasfondo del derecho mercantil de la retención, pero como este derecho tiene casi el carácter de prenda es más acertado decir que se transfiere al cesionario. El deudor puede oponer todas las excepciones existentes también contra el nuevo acreedor, pues la situación jurídica del deudor no puede variar por la cesión. El deudor de buena fe debe ser protegido cuando ignorando la cesión paga a su primitivo acreedor u obtiene alguna ventaja de éste, pero siempre y cuando ignore la cesión. En materia de letra de cambio, el endoso (cesión especial de la letra de cambio) crea un nuevo derecho desligado de los anteriores y liberado del peligro de cesiones adherentes.

CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS

El C.C. Alemán no contiene disposiciones semejantes a las establecidas en nuestro código sobre la situación. El inciso 2 del art 407 del C.C. Alemán se refiere al caso de que el cedente entable una demanda contra el deudor después de haber cedido el crédito. La sentencia que libera al deudor le procura también la

excepción de cosa juzgada en contra del cesionario. A la inversa si la cesión se produce durante el litigio, puede el cesionario hacer valer la sentencia condenatoria en contra del deudor sin que este pueda liberarse por la ignorancia de la cesión. - Como vemos se trata de la cesión de un crédito en litigio y no de la cesión de un derecho litigioso como lo trata nuestro código.

2.-LA CESION EN EL DERECHO FRANCES

La cesión de crédito en la legislación francesa se encuentra reglamentada en el título de venta (artl. 689 a 1.695 del C.C. frances) siendo esto según JOSSERAND "un punto de vista demasiado estrecho" ya que deja por fuera otras causas de la cesión, como la donación la permutación etc.

Podemos afirmar que los doctrinantes Franceses por no apartarse de la legislación consideran la cesión como el contrato de venta de las cosas ~~corporeales~~, distinto del contrato de venta de las cosas corporales que es regulado en los arts anteriores a los que regula la cesión.

FRANCIOL describe la figura que estudiamos así: "la transmisión de los créditos, que actualmente es más denominada frecuentemente cesión de créditos, o a veces, transmisión - cesión, es el convenio por el cual el acreedor cede voluntariamente sus derechos contra el deudor, a un tercero que, en su lugar, pasa a ser acreedor. El enajenante se denomina cedente, el adquirente cesionario; el deudor, contra quien existe el crédito objeto de la e

Cesión, cedido. El deudor por otra parte es ajeno al convenio celebrado sin su consentimiento, por un acuerdo entre el cedente y el cesionario, quienes, exclusivamente, son las partes en aquella operación" (Tratado práctico de derecho civil frances toma 7^a, pagina 423, n° 1107).

JOSSERAND afirma que "la transmisión de un crédito puede producirse en ocasiones diversas.

1).....

2).....

3).....

4). En virtud de una convención celebrada a este efecto, que tiende a sustituir al antiguo acreedor por uno nuevo sin extinguir la relación obligatoria de cuyos terminos se encuentra así modificado: Hay en este caso cesión, traspaso de crédito" (derecho civil, tomo 2, volumen 1, pagina 645).

Como vemos los autores al estudiar estas disposiciones no utilizan la palabra contrato sino convención. Más adelante cuando estudiemos la naturaleza jurídica de ésta figura que nos ocupa analizaremos a espacio estas opiniones, bastenos por ahora hacer unicamente la observación. La cesión puede realizarse por un precio asemejandose a la venta, o como dación en pago, como donación, cuando es a titulo gratuito o a titulo de garantía - caso en el cual no se transmite la propiedad.

CONDICIONES PARA LA VALIDEZ Y LA EFICACIA DE LA CESION

FORMALIDADES

a). Entre las partes: si la cesión es a título oneroso no requiere formalidad alguna, pero si lo es a título gratuito las formalidades son las de la donación, es decir, documento autentico. El art 1.689 del C.C. Francés preceptua: "La transmisión de un crédito, de un derecho o de una acción respecto de un tercero, se realiza entre el cedente y el cesionario por la entrega del título". Parece desprenderse de este art la exigencia de la entrega del título en que conste el crédito, pero "solo se refiere al cumplimiento de una obligación accesoria del contrato y no la convierte en una condición de validez. La cesión es perfecta desde que exista el consentimiento del cedente y del cesionario en cuanto a la cosa y en cuanto al precio, conforme al principio general de los arts 1.138 y 1.583. Por consiguiente, el acuerdo verbal entre las partes es suficiente y nada impide la cesión de un crédito que no conste en un escrito". (PALNIOL Y RIFERT obra citada pagina 434).

b). Con relación a tercero: La cesión solo resulta oponible en el momento en que se cumplan ciertas formalidades, hasta entonces no traspasa la esfera de las partes que han intervenido en ella. Así lo señala el art 1.690 "no queda el cesionario obligado respecto de tercero sino por la notificación de la cesión hecha al deudor. Sin embargo, puede tambien obligado el cesionario por la aceptación de la cesión hecha por el deudor en auto autentico". Las partes pueden elegir entre las formas mencionadas por el art: La notificación o la aceptación de la cesión hecha en forma autentica y cuya finalidad es la misma:

dar publicidad al acto realizado.

Por medio de la notificación el cedente o el cesionario le comunica al deudor que en adelante tiene que entenderse con un nuevo acreedor (cesionario) en todo lo referente al derecho cedido, acto que se realiza ante autoridad competente. La ley no determina plazo alguno para hacer la notificación, que da al arbitrio del cesionario hacerla oportunamente para que se consolide su situación.

Hasta tanto se efectúe la notificación, el deudor solo puede ser perseguido por el cedente y adquirir excepciones del cedente que puedan oponerse al cesionario, con la compensación o el pago con efectos liberatorios. Por otra parte los acreedores del cedente pueden embargar el crédito.

El segundo procedimiento es la aceptación hecha en documento autentico por el deudor. La aceptación debe entenderse respecto al deudor como una simple confesión del conocimiento que tiene de haberse hecho la transmisión y en este sentido puede subsistir a la notificación. La aceptación puede ser expresa o tácita.

Condiciones de fondo: En materia de consentimiento y capacidad basta aplicar las normas de Derecho Común de los actos jurídicos; y dado el carácter de la cesión en la Legislación Francesa ha de exigirse capacidad para vender, para pagar o para donar.

Objeto: En principio todo crédito puede ser objeto de una tr-

A

transmisión de un derecho de crédito sobre una cosa y no de un derecho real. Tampoco hay que tener en cuenta las modalidades de la obligación ni su índole mercantil o civil, ni la condición de comerciante de los contratantes, ni tampoco de las formas que pueda presentar el título en que consta; y aún cuando no constara en ningún documento, sucesión sería igualmente posible. (RIPHERT, obra citada, pag. 429).

Excepcionalmente ciertos créditos, no son susceptibles de cesión cuando el Legislador o los Tribunales estiman que ello sería contrario a su finalidad.

EFFECTOS DE LA CESION

Al efectuarse una cesión, el adquirente del derecho (cesionario), se coloca en el lugar del antiguo acreedor (cedente). Cambiando así el titular del derecho, pero no el derecho, que continua idéntico.

Para RIPHERT, el primer efecto de la cesión consiste en la obligación que tiene el vendedor de entregar la cosa es decir, de remitir al cesionario el título en que consta el crédito, ya que para él se trata de un contrato y según el Art. 1689 (antes transcrito) obliga en primer término a la entrega del crédito.

Que comprende la cesión? comprende en primer lugar el crédito mismo o sea, el derecho a exigir el importe nominal del mismo aún cuando hubiera sido adquirido por un precio inferior.

Incluye también lo accesorios que comporta: Hipoteca, privilegio

gios, con las ventajas que le son inherentes; y tambien con las imperfecciones, restricciones y vicios de que pudiera estar afectado tal y como existía en mano del cedente.

En igual forma, las excepciones que tenía el deudor cedido contra el cedente ante de la notificación o de la aceptación de la cesión son oponibles al nuevo acreedor.

sin embargo existen algunas reservas que se nos presentan en relación con la aceptación y con la personalidad del cedente y del cesionario, veamoslas:

a). Si la cesión ha sido aceptada por el deudor se suscita el problema de saber si ha renunciado a prevalerse, con relación al cesionario de los medios de defensa que tenía contra el cedente, o deja todas las excepciones ya existentes sin que tenga que hacer una reserva expresa, como en el caso de la existencia o no existencia del crédito. Cabe preguntar, si se acepta la transmisión o se reconoce con la aceptación solo se reconoce el hecho de que se ha efectuado la transmisión dejando intacta todas las acciones y excepciones existentes.

b). En cuanto a la personalidad del cedente y del cesionario la situación no es idéntica, tenemos por ejemplo, todo lo relacionado con el estado civil de las personas, como sería el caso del beneficio de la suspensión de la prescripción en el menor cedente que no se transmite al mayor cesionario.

En que momento se realiza la transmisión? Entre las partes se realiza en el momento en que se ponen de acuerdo, a partir de

Ese momento el cedente no puede realizar acto alguno que afecte los derechos adquiridos por el cesionario, so pena de incurrir en responsabilidad por dichos actos. En relación con los terceros, entendiéndose por estos toda persona distinta de los dos contratantes y sus causahabientes a título Universal, La transmisión no es efectiva sino hasta el momento de la notificación o de la aceptación, las consecuencias de la cesión solo se producirán desde ese momento y los actos que realice el cedente con los terceros antes de la notificación o la aceptación son válidos en contra del cesionario que solo podrá interponer el recurso de garantía. En tal forma que el crédito pasa al cesionario respecto a los terceros como se encuentra en el momento de verificarse la notificación o aceptación y no como se hallaba en el momento de la cesión.

Veamos que el cedente queda respecto del cesionario sujeto a las obligaciones de garantía. Los autores Franceses distinguen entre garantía de hecho y garantía de derecho; esto si la cesión es a título oneroso, si por el contrario si es a título gratuito el cedente no garantiza la existencia del crédito, no responde mas que de su propio hecho.

La garantía de derecho del Art. 1.693 Del C. C. Frances (" el que vende un crédito u otro derecho incorpóreo, debe garantizar su existencia al tiempo de la cesión, aunque haya sido hecha sin garantía") recae unicamente sobre la existencia del crédito en el momento de la cesión y tambien sobre la de los accesorios.

La garantía de hecho puede darse cuando se garantiza por pacto expreso la solvencia, pero en ese pacto se entenderá únicamente la actual. (Art. 1.694 "no responde de la solvencia del deudor mas que cuando se haya comprometido a ello; pero solamente hasta el monto del precio que haya obtenido por el credito"), si se quiere expresar la futura tendrá que pactarse así. (Art 1695 "cuando ha prometido garantizar la solvencia del deudor, se entenderá que lo que ha hecho unicamente respecto ala actual, no extendiendose al porvenir, salvo pacto en contrario").

La obligación del cedente solo va hasta el importe de la cesión precio y costas, no comprende daños ni perjuicios.

3.- LA CESION EN EL DERECHO ITALIANO

El Código Civil Italiano regula la cesión de derecho como la venta de tales derechos en el capítulo VII, título VI, de 1 - libro III. Es importante recordar que el Legislador Italiano tomó como modelo la Legislación Francesa y por ello encontramos gran similitud en la reglamentación de la cesión en el - Código Civil Italiano y en El Código de Napoleón.

Cuando estudiamos la figura que nos ocupa en el derecho Frances, vimos que autores como JOSSEBRAND criticaba la forma como el Legislador trató la cesión en el Código Civil Frances, i - gual descontento encontramos en los tratadistas Italianos respecto a esas disposiciones, así tenemos por ejemplo a GIORGIO GIORGI, quien refiriendose al capítulo respectivo nos dice que

no tiene de bueno mas que su introducción, "por lo demas, dicta reglas apenas suficientes para regular uno de los diferentes modos por los cuales según los principios civiles mas inconcursos y observados, puede cederse un crédito; iguala y somete a las mismas reglas hechos jurídicos totalmente distintos, algunos de los cuales se resisten a sujetarse a ella" agrega mas adelante, "el Código pone a la par la cesión de los créditos y las de los demas derechos, y de ahí que se trate igualmente de los créditos y de los derechos reales sin pensar que mientras los créditos supone un deudor extraño al contrato de la cesión, los otros derecho se contentan con una cosa en la cual se concentra todo el objetivo del derecho". (tercia de las obligaciones en el Derecho Moderno Vol.6 Pag. 86).

Siguiendo el orden trasado al estudiar la cesión Alemana y a la Francesa, nos limitaremos a transcribir algunas ideas de autores Italianos sobre la naturaleza jurídica, ideas que tendremos oportunidad de ver nuevamente cuando tratemos sobre el tema en capítulo aparte.

Es opinión generalizada entre los tratadistas Italianos, que al igual que la venta trasmite al comprador el disfrute de la cosa vendida, la cesión trasmite al cesionario el disfrute absoluto del credito; "la propiedad del derecho cedido la adquiere el comprador o cesionario en el momento en que se concluye el convenio sobre el crédito". (GIORGIO GIORGI, obra citada, Pag 83);

"la transferencia de la posesión se produce del mismo modo que se transmite la posesión de las cosas incorporales, esto es, mediante la entrega del documento probatorio del crédito o de derecho cedido". (BRUGI, instituciones de derecho civil, pagina-362), concluye diciendo GIORGI, "asi lo entiende nuestro código civil, cuando declara que la cesión trasmite la propiedad del crédito; declaración hecha quizás por el deseo de acabar completamente toda disputa sobre la naturaleza legal de la cesión. (obra. citada, pagina. 84).

Define GIORGI la cesión como una venta de créditos que obliga al cedente a transferir al cesionario, en exclusivo provecho de este el ejercicio de la acción de crédito entregandole cuando existan los títulos o documentos necesarios para hacerlo valer" (obra citada Pag. 98).

Como se trata de un contrato requiere el concurso de las condiciones legales para la validez del acto: Capacidad, consentimiento, objeto y causa y tratandose ademas de una venta se requiere ademas un precio cierto determinado o determinable.

El consentimiento debe ser prestado por el cedente y el cesionario. El deudor no interviene en el perfeccionamiento del acto, solo tiene una intervención accesoria en razón de la publicidad del acto, aceptando o siendo notificado por el cedente o el cesionario. La capacidad se desprende de la aplicación de las normas de derecho común; y será, según el caso, la de vender, pagar o donar. ahora bien, se puede ceder todos los derechos, -

exceptuándose los créditos que por su naturaleza son inseparable de la persona del cedente y los prohibidos explícitamente por la ley, por ejemplo, la cesión de créditos eventuales, dependientes de sucesiones futuras.

EFFECTOS DE LA CESION

Determinados por los artículos 1.538, 1.539 y 2082 del Código C. Italiano.

El cesionario adquiere el crédito con su calidad originaria de civil o comercial, sus deficiencias y sus accesorios. No comprende, salvo pacto en contrario, rentas o intereses vencidos.

El cesionario se sitúa en el lugar del acreedor cedente respecto al deudor y a los terceros. Pero mientras la operación se realiza con relación al cedente ya al cesionario en el momento que haya acuerdo de voluntades, con relación al deudor y a los terceros sólo se produce efectos a partir del momento en que el deudor es notificado por el cedente o por el cesionario o la cesión es aceptada por el deudor.

Una vez notificada o aceptada la cesión por el deudor, el cedente pierde su calidad de acreedor con respecto al deudor cedido, por tanto si el deudor paga al cedente no hay pago liberatorio. Con relación a los terceros a partir de la notificación, o aceptación, se entiende el crédito en poder del cesionario en el mismo estado que se encontraba en mano del cedente en el momento de la notificación o aceptación y no como se encontraba en -

el momento de acuerdo del acuerdo entre el cedente y el cesionario por tanto todo acto realizado entre el cedente y tercero en contra del cesionario despues de la cesión y antes de la noticiación o aceptación es válido ya al cesionario solo le queda hacer valer la garantía contra el cedente. Esa garantía puede ser:

a). Garantía del hecho propio: o sea, la obligación que tiene el cedente de no ejecutar acto alguno en contra de los intereses del cesionario, antes de la notificación.

b). Garantía de derecho: Se entiende incluida por la ley en toda cesión, pero puede ser excluída por acuerdo de las partes.

Responde el cedente por la existencia del crédito, promete la defensa por las molestias de derecho y la prestación de la evicción; pero no responde de la solvencia del deudor sino en el caso que haya asumido esa obligación y soll hasta el monto que ha recuperado del crédito cedido.

4.- LA CESION EN EL DERECHO CHILENO

Al igual que el Italiano, el Código Chileno fué redactado según el modelo Frances, pero si bien el código Italiano sigue casi al pié de la letra las normas sobre la cesión, el Chileno se aparta de su modelo para dar una naturaleza propia a la figura de la cesión. así establecio don Andres Bello la cesión como modo de hacer la cesión de los derechos personales, en contra de lo establecido en el Código de Napoleón, o sea, la compraventa de los créditos.

La Legislación Chilena fué tomada en todo su contenido por el Legislador Colombiano en tal forma que no encuentra ninguna diferencia sustancial entre los dos Códigos.

El Código Civil Chileno trata la cesión en el título XXV del libro IV, en tres capítulos:

- 1). De la cesión de créditos personales.
- 2). Del derecho de herencia.
- 3). De los derechos litigiosos.

I.- DE LA CESION DE CREDITOS PERSONALES

Comprende dentro de los créditos personales únicamente los nominativos y al portador, ya que los créditos a la orden están regulados por leyes especiales.

Seguendo a ALESSANDRI RODRIGUEZ Y SOMARRIVA, estudiemos los requisitos de la cesión en tres etapas sucesivas:

- 1). Un título traslativo de dominio:

Se requiere en primer término que exista un título traslativo de dominio, porque como se ha dicho, se trata de la tradición de los derechos personales y no se puede concebir la tradición sin un título traslativo. Ahora bien, ese título puede ser la compraventa, la permuta, la dación en pago, la donación, etc.

Se deduce este requisito del Art. 1.901 cuando comienza diciendo, " la cesión de un crédito personal a cualquier título que se haga

- 2). Necesidad de la entrega del título:

De acuerdo con el Art. 1.902, la cesión no produce efectos -

5). Notificar al deudor o que este acepte la cesión:

De acuerdo con el Art. 1.902, la cesión no produce efectos respecto de tercero o del deudor sino cuando el cesionario la notifica al deudor o este concierta en ella. El deudor no tiene derecho a oponerse a la cesión porque la cesión no cambia su situación jurídica y además porque el acto de la cesión se realiza validamente con el consentimiento del cedente y el cesionario sin que sea necesaria la intervención del deudor ya que el acreedor puede disponer libremente de su crédito, como propietario que es de él.

La aceptación puede ser expres o tacita, cuando se deduce de actos o hechos que la supongan. Cuando no se puede lograr la aceptación del deudor, es necesario notificar validamente al deudor, esto es que se trata de una notificación judicial con exhibición del título en que conste el crédito y la cesión del mismo.

Según el Art. 1.905, cuando no ha sido notificada o aceptada por el deudor se entiende subsistir el crédito en mano del cedente respecto del deudor y de los terceros con todas las consecuencias que esto implique, como el pago liberatorio al cedente, el embargo del crédito por tercero, etc. Puede también el cedente ceder el crédito a otra persona diferente del cesionario.

EFFECTOS DE LA CESION DE CREDITOS (Art. 1.906)

La cesión transpasa el crédito al cesionario con sus acceso-

rios sin necesidad de mención especial, salvo según SOMARRIVA la hipoteca que requiere inscripción en el conservador de bienes raíces, porque según la ley está es la forma de hacer la tradición y ya sabemos que la cesión es la tradición de los derechos personales; en forma diferente ALESSANDRI RODRIGUEZ opina, ya que para él no es necesaria la inscripción puesto que pasa de pleno derecho.

No pasa al cesionario, como lo hemos visto en otras legislaciones las excepciones personales del cedente.

Responsabilidad del cedente respecto al cesionario: la responsabilidad del cedente va desde la carencia de esta cuando es a título gratuito la normal, o sea, de su calidad de acreedor cuando es a título oneroso y aumentarla por pacto expreso respondiendo por la solvencia del deudor que puede ser presente (en el momento de la cesión), futura o con mayor cuantía de la que recibió por el crédito. (ALESSANDRI RODRIGUEZ Y MANUEL SOMARRIVA) Curso de derecho civil, tomo.4).

II.- CESION DEL DERECHO DE HERENCIA

Igual que la cesión de derechos personales, se trata del derecho real de herencia.

Dice SOMARRIVA que, "Existe tradición o cesión de derechos herenciales en el caso de que el heredero una vez fallecido el causante transfiera ya sea la totalidad de la herencia ya sea una cuota de ella". (Derecho sucesorio).

Para que se produzca la cesión es necesario que concurren las

siguientes condiciones:

- 1). Que realice una vez fallecido el causante, puesto que cual quiere acto dispositivo del presunto heredero es sancionado - por la ley con la nulidad por objeto ilícito.
- 2). Que exista un título traslativo de dominio.
- 3). Que la transferencia la haga el heredero a un tercero.
- 4). Que no se trate de bienes determinados, sino de la universalidad o de una cuota de ella.

EFFECTOS

Por medio de la cesión el cesionario puede ejecutar todos los derechos que tenía el heredero cedente. Pero el heredero no - pierde su calidad de tal, solo transfiere los derechos inherentes a su calidad, de acuerdo con el adagio romano: "el que es heredero continua siendo heredero".

Al cesionario pasan por lo tanto, todos los derechos y obligaciones del heredero y en consecuencia:

- a). Puede solicitar la posesión efectiva de la herencia.
- b). Entablar la acción de petición de herencia y reforma del-testamento.
- c). El cesionario tiene derecho al acrecimiento.
- d). Puede pedir la petición de herencia e intervenir en ella.
- e). El cesionario responde de las deudas hereditarias y testamentarias.
- f). El cedente debe volver todos los bienes de la herencia, salvo pacto en contrario.

En cuanto a la responsabilidad del cedente, el Art. 1.909 del C.C. Chileno, la limita solo a su calidad de heredero, convirtiendo la cesión del derecho de herencia en un acto aleatorio - Dicho art solo se refiere a la cesión a título oneroso dejando por fuera la cesión a título gratuito, por tanto en este caso no responde ni aun en su calidad de heredero.

III.- CESION DE DERECHOS LITIGIOSOS

Señala el Art. 1911 del C.C. Chileno que hay cesión de derechos litigiosos "cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis del que no se hace el cedente". Hay cesión por tanto de derechos litigiosos cuando se cede el derecho mismo, el derecho controvertido, a diferencia de la enajenación - de las cosas litigiosas en el cual se enajena una cosa objeto de una litis y que la ley ha prohibido su enajenación.

Para que haya cesión de derechos litigiosos se requiere:

- 1). Que haya pendiente un litigio y que en ese litigio se este discutiendo un derecho.
- 2). Que se haya notificado la demanda al demandado.
- 3). Que exista un título traslativo de dominio. Según el Art- 1.912, puede hacerse la cesión de derechos litigiosos a título de venta, permuta, etc; indicando así que puede ser cualquiera el título traslativo de dominio.

Derecho de Retracto. Es el derecho que tiene el demandado de pagar al cesionario lo que este le pagó al cedente más los in-

tereses desde el momento en que se notifico al deudor, para quedar liberado.

Condiciones para que se opere el retracto en favor del deudor.

1). Que pague al cesionario el monto de lo que pagó más los intereses desde la notificación al deudor.

2). Que ejercite este derecho oportunamente, o sea, nueve días desde la fecha de la notificación de la resolución que manda efectuar la sentencia.

3). Que según la ley se pueda ejercitar, es decir que no este incluida en las seis excepciones que señala el Art. 1.913, a saber:

a). Cuando la cesión sea a título gratuito.

b). Cuando el derecho litigioso se ha vendido en pública subasta.

c). Cuando el derecho litigioso hace parte de otra cosa la cual excede.

d). Cuando la cesión se ha hecho al cedente en pago de lo que se le debía.

e). Cuando la cesión la ha hecho un coheredero o copropietario de un derecho que pertenecía a ambos.

f). Cuando el derecho cedido es indispensable para el goce tranquilo y seguro de un inmueble que tenga el cesionario, ya sea como usufructuario o usuario.

C A P I T U L O III

NATURALEZA JURIDICA DE LA CESION

Una vez estudiada la cesión en las legislaciones alemanas, francesa, italiana y chilena y antes de estudiar en el dercho colombiano, nos ocuparemos de un punto de singular importancia jurídica y del cual se han ocupado en diversas ocasiones tanto la jurisprudencia, como los expositores del derecho civil. Se trata de la NATURALEZA JURIDICA DE LA CESION. Diversas son las opiniones al respecto, no obstante trataremos de encausarla en dos corrientes principales: En una los que consideran la cesión como un contrato y en la otra las que opinan que se trata de una forma de efectuar la tradición de los derechos personales.

Tambien nos ocuparemos en este capitulo, en su parte final de comparar la cesión con otras figuras similares.

1.- TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CESION

Primera.- LA CESION DE UN CONTRATO

Sus seguidores estan de acuerdo en afirmar que la cesiones un contrato, pero difieren al determinar que clase de contrato es. Veamos algunas de esas corrientes que conforman la teoria que tratamos.

a). LA CESION ES UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE LAS COSAS INCORPORALES.- Tesis sostenida por algunos tratadistas italianos y franceses, basados en las legislaciones de sus respectivos paises.

Afirman que así como la venta es contrato que regula la enajenación de las cosas corporales, la cesión no es otra cosa que el

contrato que regula la enajenación de las cosas incorporales. Acepta un mismo contrato por nombre y procedimientos de enajenación diferentes, por la naturaleza de los objetos materia de los contratos, es decir, que si lo enajenado son cosas corporales, se debe decir compraventa y proceder dentro del régimen que regula tal contrato; y si lo enajenado son cosas incorporales, se debe decir cesión y proceder dentro del régimen que regula este contrato.

b). EL CONTRATO DE CESION ES UN CONTRATO ESPECIAL, se trata de un contrato perfectamente diferente de la compraventa, con características propias que lo hacen independiente de cualquier otro contrato del Código.

c). El tratadista Colombiano ARTURO VALENCIA ZEA, al tratar el tema hace alusión a una tesis que no comparte y que expone en los siguientes temarios: "..... en la traslación de derechos personales es necesario distinguir dos momentos: TITULO TRASLATIVO DEL CREDITO (CONTRATO DE CESION) Y LA TRADICION DEL CREDITO, mediante la entrega material del título en donde consta ese crédito". (Curso de Derecho Civil Colombiano tomo - VI, Pag. 451).

d). EL CONTRATO DE CESION ES REAL; "la entrega del título se exige como condición de validez del contrato de cesión, como se exige la entrega de la cosa en los contratos reales de mutuo, deposito, comodato, prenda y anticresis" (Valencia Zea Obra citada Pag. 451).

Expuesta así su tesis, Valencia Zea trae los siguientes argumentos para reforzarla:

1). La tradición es la entrega material de la cosa objeto del acto jurídico respecto de las cosas muebles con el fin de trasladar un derecho real, especialmente el de propiedad.

Bien: En la cesión de crédito es necesario no confundir la traslación del crédito con el título o el documento en que consta lo que es objeto de la cesión, es el crédito y no el título o documento.

Por otra parte hablar de la entrega del título o documento en donde consta el crédito como la tradición del derecho personal es confundir y desnaturalizar el papel de la tradición y, además complicar las cosas. Porque la creación de un derecho personal solo exige el acuerdo de voluntades; luego la traslación de esos derechos solo debe exigir en principio, ese mismo acuerdo.

2). Lo que indica que el simple acuerdo de voluntades sobre la cesión de un crédito tiene el valor de promesa de contrato de cesión, asemejanza de lo que sucede, con los contratos reales de mutuo depósito, comodato etc. (Obra citada Pág. 432).

Para reforzar más su argumento trae el Art. 33 de la ley 46 de 1.925 (Ley de instrumentos negociables); una convención de compraventa de un instrumento negociable aunque no sea seguida inmediatamente de la entrega, vale como promesa de contrato entre las partes.

Antes de entrar a analizar estas corrientes, nos parece conveniente estudiar ciertos hechos y a nuestro parecer son las causas de esta tesis, especialmente a la luz de nuestro derecho:

1). Su ubicación en el Código el Legislador situó la cesión dentro de los contratos. Esto ocurre en los diferentes Códigos. El Código Civil Colombiano y el Chileno colocan la cesión entre los contratos de permutación y arrendamiento; El Código civil Francés al igual que el Italiano la sitúa en el título que regula el contrato de compraventa.

2). La confusión en la apreciación de los términos CONVENCION Y CONTRATO; veamos algunos conceptos al respecto:

Acto jurídico: "es la manifestación de la voluntad, dirigida espontáneamente a producir efectos jurídicos". (ESCALLON VARGAS, conferencias de derecho Civil, contratos).

El acto jurídico puede ser unilateral o bilateral. Cuando el acto jurídico es bilateral recibe el nombre de CONVENCION. Ahora bien, cuando la ~~convención~~ produce obligaciones se denomina contrato.

En consecuencia, contrato es el acto jurídico válido y eficaz para producir obligaciones.

El Art. 1.495 del C.C. C. hace sinónimos los términos contrato y convención, cuando dice: " Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa".

Pero esta definición, según lo visto no está de acuerdo con la re

realidad, pues la convención es el género y el contrato es la especie. La doctrina ha diferenciado suficientemente los términos; mientras la convención es el acuerdo de voluntades destinado a obtener un fin jurídico cualquiera, el contrato es el acuerdo de voluntades que tiene por objeto producir obligaciones. Todo contrato es una convención pero no toda convención es un contrato.

La palabra convención proviene de la voz latina "VINIRE CUM" - que vale tanto decir, "venir juntos". Supone etimológicamente por lo menos el concurso de dos voluntades, sin importar que su objeto sea crear, observar, modificar, transferir, transmitir o extinguir un derecho.

3). El estudio poco profundo de las disposiciones, que impiden hacer la distinción entre el acto jurídico, por medio del cual nace la obligación de transmitir la propiedad del crédito o derecho personal y la cesión así mismo considerada, que es el modo de hacer la transferencia y el documento en el cual consta el crédito.

Veamos en que consiste y sus diferencias:

a). El acto jurídico del cual nace la obligación de transferir el crédito, es un acto anterior a la cesión y debe revestir la característica especial de constituir un título traslativo de dominio, puede ser un contrato como la venta, permuta; o acto unilateral, como la donación.

Constituye por tanto el título de la cesión al cual se refiere

el artículo 1.959 del C. C. C. cuando dice: "..... a cualquier TITULO que se haga, (PROPIAS)."

b). La cesión propiamente dicha, o sea, la trasmisión del derecho, en virtud de un título anterior y que rige por lo dispuesto en título XXV del Libro IV del C. C. Colombiano.

c). el documento en que consta el crédito objeto de la cesión; a este documento se refiere el Art. 1.959 cuando dice: "..... pero si el crédito no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario.....".

Con las observaciones hechas anteriormente, nos queda un poco mas facil entrar a analizar las corrientes que componen la tesis que nos ocupa ahora. Y siguiendo el orden que se tuvo al enunciar las diversas corrientes nos ocuparemos en primer término de aquella que considera a la cesión como un contrato de compraventa.

Posiblemente tiene su origen en el Código Francés, Código tenido como modelo para redactar el Código Italiano, al igual para el Chileno y este para el Colombiano. Como se dijo al tratar la cesión en el derecho frances, esta figura esta reglamentada en el capítulo VIII del título que se ocupa de la compraventa, por tanto es obvio que se considere la cesión como una compraventa ya que las disposiciones legales le dan ese carácter. No obstante los tratadistas del derecho frances han hecho serios reparos al Legislador que con notoria impropiedad han tratado de equiparar la cesión a la compraventa.

Al tratar de la transmisión de créditos, el profesor IOWIS JOSSERAND, dice que puede producirse, ".....

4). En virtud de una convención celebrada a este efecto, que tiende a sustituir el antiguo acreedor por uno nuevo sin extinguir la relación obligatoria, uno de cuyos términos se encuentra así modificado: Hay en este caso, cesión, traspaso de crédito. Esta cesión puede hacerse a título oneroso o a título gratuito; en el primer caso se asemeja a la venta, y en el segundo a la donación. Los redactores del C.C. adoptaron un punto de vista demasiado estrecho al tratar de la cesión de crédito en el título de la venta, nosotros nos colocamos en un punto de vista más general, considerando preferentemente el caso normal, que es el de la cesión a título oneroso". (obra citada Pag. 641). PLANIOL Y RIPERT, por su parte dicen: " el Código trata de la transmisión de crédito al regular la venta (Art.1.989 a 1.965). La mayoría de las veces se hace por medio del precio en dinero, constituyéndose una variedad de la venta; pero a veces puede analizarse como una dación en pago, cuando un deudor para quedar liberado, cede a su acreedor un crédito que tiene contra un tercero, como una donación, cuando la cesión se hace a título gratuito, (obra citada Pag.423).

En el derecho Italiano influido por las doctrinas consagradas en el Código de Napoleón, se ha afirmado que la cesión es una venta, así el tratadista GIORGIO GIORGI, afirma que " la cesión es una venta del crédito que obliga al cedente a transferir al

cesionario, en exclusivo provecho de este, el ejercicio de la acción de crédito, entregándole cuando existan, los documentos necesarios para hacerla valer". (Obra citada Pag, 98), pero como vimos cuando estudiamos la cesión en el derecho Italiano GIORGI, critica las disposiciones del Código Civil Italiano al respecto y aboga por una mayor atención por parte del legislador y los tratadistas en favor de esta figura para darle una naturaleza jurídica mas aceptable.

En cuanto se refiere a los Códigos Colombiano y Chileno, no se puede afirmar que la cesión sea una compraventa, en primer lugar porque no es un contrato y en segundo lugar porque si hacemos un análisis de las disposiciones legales encontramos que: El Art. 1.849 define a la compraventa así: " Es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarle en dinero". El Art.1.866 agrega " pueden venderse todas las cosas corporales, o incorporables, cuya enajenación no esté prohibida por la ley". Por tanto según estos artículos se regula el contrato de compraventa por las normas de este título (título XXIII). Y si la cesión es la venta de las cosas incorporales (que comprende los derechos reales y los derechos personales). No vemos porque el Legislador reglamentó dos veces la misma figura jurídica.

Por otra parte, es sabido que en Colombia el contrato de compraventa es consensual, es decir, que se perfecciona con el solo consentimiento de las partes y de ese contrato nace la

obligación según el Art. 1.880, de la entrega o tradición y según el mismo artículo, " la tradición se sujetará a las reglas dadas en el título VI del Libro II". Considerar la cesión como una compraventa, equivaldría a decir que la compraventa es real y según el Art. 1.857 " la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio,....."; dice ALESSANDRI Y SOMARRIVA, " si la cesión de crédito fuera una compraventa, llegaríamos al absurdo que esta en este caso tendría el carácter del contrato real, ya que el Art. 1.901 dice que para que tenga valor se requiere la entrega del título. Ya sabemos que de acuerdo con el Art. 1.801 por regla general la compraventa es consensual y excepcionalmente solemne en los casos establecidos en el inciso 2 pero nunca un contrato real" (obra citada. Pag. 427).

FERNANDO VELEZ, al referirse al Art. 1.959, subrogado por el 33 de la ley 57 de 1.857, considera que el dicho artículo se refiere solo a la cesión, o sea, a la consecuencia del acto o contrato respectivo y por tanto sería un error considerar la cesión como un contrato especial y mayor error deducir de la frase " la cesión no tendrá efecto sino en virtud de la entrega del título" que fuera contrato real (Memorias y discursos etc. Tomo II, Pag. 239).

La cesión es un modo de verificar la tradición de los derechos personales (Art. 761), cesión que por lo mismo debe ser consecuencia de un contrato perfecto (Art. 1.942) (obra citada -

Pag. 329).

Recordamos también lo dicho por IOEWENWARTER, sobre el tema y que transcribimos al estudiar esta figura en el derecho - Alemán la cesión que no encuadra entre los contratos especiales, como lo hace el Código Civil Chileno siendo la cesión - no una obligación sino el cumplimiento de esta tal como lo - es la transferencia del dominio de la cosa que tampoco es una obligación sino su ejecución causada por el contrato básico - que obliga a las partes a cumplirlo. (obra citada Pag.197).

El autor acierta en su concepto sobre la cesión, pero yerra en su apreciación de las normas del código civil Chileno, - pues como ya vimos este Código al igual que el Colombiano en ningún momento consagra la cesión como un contrato especial.

VALENCIA ZEA, al exponer sus argumentos en favor de la cesión como contrato real, olvida las normas del Código sobre tradición que veremos cuando tratemos de la cesión como tradición de los derechos personales, pues según él solo están consagradas para los hecho reales.

Concluimos por lo tanto que no puede ser la cesión un contrato ni ser específicamente un contrato de compraventa, o especial, o real, o ser el contrato que da origen a la tradición porque entonces no diría el Art.1.959 ".....A cualquier título que se haga.....", suponiendo por lo tanto un acto preexistente.

Segunda.- LA CESION ES LA TRADICION DE LOS DERECHOS PERSONALES

Hemos dicho que de acuerdo con el Código civil, de la compraventa nace la obligación de hacer tradición de la cosa objeto del contrato y será como la entrega de los bienes muebles y con el registro dada si se trata de cosas inmuebles; ahora bien, si se trata de cosas incorporables se hará de acuerdo con el Art. 761, con la entrega que haga el cedente al cesionario y según la reglamentación que para tal efecto se da en el Art. que trata de la cesión de derecho.

Pero como ocurre en la tradición de cosas corporales no solo la compraventa sirve de título traslativo, sino también otros como la permuta, la dación en pago, el aporte para sociedad, etc.

Podemos llegar a esta conclusión de este examen de algunas normas legales, veámoslas:

El Código Civil define en el Art. 669 (el dominio que se llama también propiedad es el derecho de propiedad en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente no siendo contra la ley o contra derecho ajeno). Agrega en el Art. 670 " sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad.

Para adquirir el dominio hay ciertos medios o modos que han sido definidos en diferentes formas por los tratadistas, así ALESSANDRI RODRIGUEZ, considera que " los modos de adquirir el dominio son ciertos hechos materiales a los cuales la ley les atribuye la virtud de hacer nacer o transpasar el dominio".

(Ob. Cit.; Tom.11, nº.415~~4~~ pag255). El profesor BARRAGAN, - por su parte dice, "Son aquellos hechos jurídicos a los cuales la ley les atribuye la virtud suficiente para realizar el dominio sobre una cosa, en forma completa, en cabeza de una persona determina, como desarrollo de un título y con fundamento en él.

Los modos de adquirir pueden ser: Originarios cuando la cosa adquirida no pertenece a nadie; y, Derivados cuando la cosa adquirida ya pertenecía en propiedad a alguien, quien transfiere el correspondiente derecho a otra persona.

Son modos originarios: La accesión y la ocupación; y derivados: La tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

Al hablar de modo en sentido jurídico y como medio de adquirir se hace obligante, a su vez, hablar de título. Al respecto existen dos teorías: La primera sostiene la tesis extrema de que basta el título para adquirir la propiedad, tal como lo consagra el derecho francés, y el modo desaparece o debe desaparecer. La segunda sostiene la perfecta diferenciación entre modo y título, tal como sucede en el derecho civil Colombiano. El término título indica el origen, la razón, el motivo jurídico de una obligación o de un derecho, su sustentáculo necesario significa el pacto, convenio o negocio jurídico, el acuerdo de voluntades a la disposición legal que le sirven de base y antecedente necesario a la obligación o al derecho.

Entre título y modo hay o existe la misma relación que hay entre

tre causa remota y causa proxima y ambos conceptos operan efectiva y realmente. Analizando los conceptos de títulos y modo de adquirir nos parece importante determinar en qué punto encaja la sesión como antes se dijo sobre las cosas incorporales también hay un derecho de propiedad (Art. 670), pues bien, el Código al determinar cuáles son los modos de adquirir el dominio no especificó que se trata solo de las cosas corporales, sino que generalizó, al decir modos de adquirir el dominio, es más cuando trata de cada uno de ellos, solo el regular la tradición hace referencia específica, a la tradición de los derechos personales es el Art. 761 del C. C. Colombiano.

Puede decirse que la tradición es el medio práctico y concreto de transferir el derecho de la propiedad sobre una cosa por su dueño, como consecuencia de un título traslativo. El Art. 740 lo define así: "La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ella a otro, habiendo por una parte la facultad de transferir el dominio, y por la otra la capacidad e intención de adquirirlo".

El legislador colombiano siguió el sistema del derecho Romano, en el cual, la tradición era uno de los modos, como se podía adquirir el dominio o propiedad. En aquel derecho, como en el nuestro, el título no basta por sí sólo para adquirir el dominio, que únicamente se adquiere por la tradición de la cosa materia del contrato. Hay que distinguir entre título traslativo de dominio y modo de adquirirlo.

Distinto es el sistema consagrado en el derecho Colombiano al sistema adoptado por el Código Francés, en el cual se separó del sistema tradicional Romano en el derecho Francés consideran que el título mismo, compraventa o donación, por ejemplo, transfieren el dominio. que la entrega de las cosas es solo la consecuencia de haber adquirido mediante título por el comprador o el donatario, en su caso; que la tradición es algo - consecuenencial pero no modo o medio de transmisión del dominio que se realiza mediante el título respectivo.

Antes de la expedición del Código de Napoleón, en algunas provincias de Francia regia el derecho Romano y en otras el derecho consuetudinario consagrado en ciertos momentos jurídicos; pero en materia de contratos premiaba de manera especial las doctrinas del derecho Romano. Así fué como se consideró por mucho tiempo la tradición como medio de transmitir el dominio pero era costumbre que en los contratos principalmente en la compraventa se agregara una cláusula que se denominaba SAISINE (Transmisión de Posesión), por lo cual el vendedor se desprendía de la posesión y mediante la cláusula de saisine la adquiría el comprador. Esta cláusula se volvió de estilo en todo los contratos de igual naturaleza y por la fuerza de la costumbre no de manera estrictamente jurídica vino el título mismo a conferir el dominio. Se consideraba que la transmisión transmitía el dominio, pero como al expedirse el título se estipulaba la cláusula de transmisión de posesión y en virtud de ésta se trans

mitia el dominio, pero se llegó a la práctica de que el título, la cláusula, y la tradición fueron simultáneos, por lo cual fué fácil considerar que el solo título bastaba para transmitir el dominio, sin ninguna otra formalidad.

Con el fin de no alargarnos en el tema nos abstenemos de estudiar los efectos que se producen con la tradición en uno y otro sistema como podemos suponer son muy distintos. Veremos así, en forma sucinta las características elementos y efectos de la tradición a la luz del derecho Colombiano.

Características de la tradición:

1). La tradición es una convención pues la tradición no crea obligaciones antes bien, las extingue y en este sentido concurren las voluntades que intervienen.

2). La tradición es un modo derivado de adquirir el dominio ya que es necesario que exista un derecho en la cabeza de la persona que se denomina tradente y que se lo transmita a otra llamada adquirente.

3). Se efectúa por acto *entre vivos*, a diferencia de la sucesión que es una causa *mortis*.

4). Por la tradición no solo se adquiere el dominio sino todos los derechos reales y personales.

5). La tradición es un modo de adquirir que puede ser a título gratuito (Donación) o a título oneroso (Compraventa, permuta, dación en pago, etc.).

Elementos de la tradición:

1). Deben concurrir dos partes. Tradente y Adquirente. (Art-741).

2). Se requiere que exista consentimiento de las dos partes - (Art. 742 y 743).

3). Que exista un título traslativo de dominio; título que debe ser: Válido y eficaz, es decir, que reúna los requisitos de fondo y forma señalados por la ley. Como títulos traslativos de dominio podemos señalar los siguientes: La compraventa, la permutación, la donación, el aporte o propiedad a una sociedad, el mutuo.

Efectos de la tradición:

1). Si el tradente es dueño de la cosa objeto de la tradición se verifica el modo de adquirir.

2). Si no es dueño, transmite solo los derechos que tenía sobre la cosa.

3). La condición del adquirente de una cosa de la cual no era dueño el tradente depende de su buena fé.

De lo expuesto y del estudio de las disposiciones legales al respecto, observamos que el legislador siguió un orden al tratar sobre la tradición, reglamentando primero los principios generales, luego la tradición de las cosas corporales, después los derechos reales para ocuparse en el último Art de los derechos personales, usando igual terminología a la que emplea en el título XXV del libro III donde reglamenta esta forma de tradición. Hacemos esta afirmación en consideración al Art V de la ley 57 de 1.887, regla la. "La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".

Vemos un caso: Los derechos personales pueden venderse, así lo dispone el Art. 1.886, "puedan venderse las cosas corporales e incorporales", Y según el Art. 653 inciso 3, "los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.....". El Art. 654 "Las incorporales son derechos reales y personales". Ahora bien según el Art. 1.880 "las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos; la entrega o tradición, y el amesamiento de la cosa vendida. La tradición se sujetará a las reglas dadas en el título VI del libro II"; El Art. 761 reglamenta la tradición de los derechos personales como se ha dicho en repetidas ocasiones por lo tanto, según, este art. el vendedor cumple con su obligación entregando el título como cedente del derecho al comprador como cesionario del mismo.

Comparando el Art.761 con el 1.959 vemos que en esencia son idénticos.

El 761, "la tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro. Se verifica por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario. " Y el 1.959"; la cesión de un crédito a cualquier título que se haga, no tendrá efectos entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título". Podemos afirmar que en estos dos Arts. se empleó la misma redacción; suponemos así mismo, que el Legislador consideró insuficiente el Art. 761 y reglamentó en el título XXV, todo lo referente a las posibles circunstancias que po-

dría presentarse, fué así como dispuso en la cesión de crédito la publicidad del acto, así como lo hizo cuando ordenó que en la tradición de bienes inmuebles se celebraran ciertas solemnidades sin quitarle validez al acto entre las partes. y reglamentó dentro del mismo título XXV, lo referente a otro derecho personal: El litigioso; y un derecho real: El de herencia.

El profesor BARRAGAN, cuando habla de la tradición considera que la cesión es una CUASI-TRADICION, y en tal sentido dice: "Este concepto (CUASI- TRADICION) se aplica cuando el objeto de la obligación que el tradente ha de cumplir es la cesión de un derecho personal y se denomina así porque realmente la forma de dar cumplimiento a una obligación de esa naturaleza constituye una obligación técnicamente necesaria del concepto de la tradición.

En Efecto:

"El concepto primario de la tradición solo es aplicable a la transmisión de los derechos reales principales, y muy particularmente a la transferencia del derecho de propiedad. Pero en la vida jurídica práctica se presentan situaciones en que alguien puede transmitir por cesión un derecho personal, situaciones que solo puede recibir un adecuado tratamiento jurídico echando mano del concepto de tradición. Como podía solucionarse el caso de una persona que se ha obligado con otra a cederle un crédito? Como se consumiría efectivamente esa cesión?

"Tanto la ley (Art. 761) como la doctrina y la jurisprudencia se ha visto llevadas a tomar el concepto de tradición y a aplicarlo, las llamadas cosas incorporales o a derechos en cuanto a objetos de transmisión. De ello nació la idea de cuasi-tradición la cual quedó reglamentada en el Art 761 del C. C, según la cual la tradición de los derechos personales se verifica con la entrega del título hecha por el cedente al cesionario".

En terminos generales la opinion del profesor BARRAGAN es aceptada, y diferimos de ella en cuanto a la denominación que le da ya que consideramos que la cesión es TRADICION y no CUASI-TRADICION en base a las normas del Código, que como antes dijimos, no distingue cuando trata la tradición entre las cosas corporales e incorporales, "es un modo de adquirir el dominio de las cosas dice el Art. 740 que define la tradición; y, el Art. 670 señala que sobre las cosas incorporales hay tambien una especie de propiedad", es más, si el legislador no hubiera querido consagrar la tradición para los derechos personales - no vemos la razón del Art. 761 del C.C.

2.-CONCLUSIONES

Por lo antes expuesto opinamos que la cesión es una CONVENCION ORACION DE LA CUAL SE HACE LA TRADICION DE LOS DERECHOS PERSONALES, interviniendo en esa convención dos partes: Una denominada cedente, quien transfiere el dominio o propiedad del derecho, cuyo título es entregado por él o su representante, a otra denominada cesionario, quien recibe el dominio del derecho.

cuyo título es recibido por el o su representante.

Una vez realizada la cesión, como publicidad del acto se notifica al deudor o es aceptada por este en acto auténtico.

Podemos resumir sus características así:

1). Se trata de una convención, ya probamos que no es un contrato, pues no crea obligaciones, es solo un acuerdo de voluntades.

2). Es modo derivado de adquirir el dominio, específicamente de los derechos personales. Encuadrando perfectamente en la tradición.

3). Se efectúa por acto entre vivos.

En base de lo concluido nos permitimos hacer una observación al legislador, ya que debió colocar la cesión de derechos en el libro II título VI, que regula la tradición, dado que la cesión podría ser un capítulo de dicho título; y no colocarlo entre los contratos, como lo hizo, dando lugar a erróneas interpretaciones sobre su naturaleza.

3.- LA CESIÓN Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

Con el fin de precisar las diferencias entre la cesión y otras figuras similares nos ocuparemos aquí brevemente de ellas.

a). Subrogación

Ocurre esta figura cuando una persona diferente del deudor paga al acreedor lo que le debía, reservándose los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

El Art 1.666 del C.C. Colombiano define la subrogación como -

"La transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga".

Vemos que la subrogación conlleva el sentido de sustitución sustitución que puede ser: Real, cuando un bien sustituye a otro; o, Personal, cuando una persona sustituye a otra, y es lo que ocurre en la subrogación el acreedor es sustituido por un tercero. Esta regulado por el capítulo VIII, tit XIV del libro IV del C.C. Colombiano.

En nuestra opinión la subrogación solo puede ser en virtud de la Ley pues si lo es "en virtud de una Convención (Art. 1.667 y 1.669), se equipararía a la cesión del crédito ya que el Código supone una Convención entre el acreedor y el tercero y no entre el deudor como ocurre en el Código Francés. Así lo observa VALENCIA ZEA "En el derecho Francés la subrogación convencional tiene dos fuertes, ya mediante una Convención entre el acreedor y el que paga, ya mediante una convención entre el deudor y el tercero que paga". En cambio en el Art. 1.669 contempla como unico caso de subrogación convencional, la que emana de una Convención entre el acreedor y un tercero que paga. Sobre el particular nuestro Código innovo sobre el Código de Napoleón al elevar alegal la subrogación que emana de una convención entre el deudor y un tercero que paga (Numeral V del Art. 1.668). Por su parte el tratadista de Derecho Civil FERNANDO BINESTROSA anota, - "Pese a la expresión del Art. 1.667 del C.C. Colombiano la

subrogación es eminentemente legal, no es ni puede ser voluntaria. Cuando interviene la autonomía privada, cuando se presenta el concurso de las decisiones del acreedor y del tercero lo que ocurre es la cesión de créditos, más no la subrogación" (C.C. Art. 1.659, Derecho Civil Obligaciones, Pág 19).

El Art. 1.663 señala seis casos de subrogación legal, aun contra la voluntad del acreedor, siendo apenas algunos de los casos de subrogación legal, dado que a lo largo de las normas del Código se consagran otros casos.

Efectos:

1). El crédito pasa al tercero que paga en las mismas condiciones que estaba en cabeza del acreedor que recibe el pago y con las mismas condiciones y garantías reales y personales, así lo señala el Art. 1.670, "La subrogación, tanto legal como convencional, transpara al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas o hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera tercero, obligados solidariamente y subsidiariamente a la deuda".

2). El deudor tiene igualmente las mismas excepciones reales y personales.

Diferencias entre la cesión y la Subrogación.

1). En la cesión de acreencia se requiere la cooperación del acreedor quien voluntariamente debe ceder su crédito, no ocurre lo mismo en la Subrogación que es por ministerio de la ley y aun en contra de la voluntad del acreedor.

2). En la cesión de créditos existe cambio de acreedor sin necesidad de pago o cumplimiento previo de la obligación. En la subrogación debe cumplirse al acreedor la prestación en los mismos terminos que fue contraída por el deudor.

3). La cesión puede ser a título gratuito u oneroso. La subrogación solo es a título oneroso.

4). El acreedor subrogado no responde, respecto al crédito de nada, puede o no existir. El cedente responde, cuando la cesión es a título oneroso de la existencia del crédito, puede además, aumentar ó disminuir su responsabilidad según pacto expreso.

5). En la cesión el cesionario no tiene más derechos que los que tenía el cedente, En la subrogación a más de estos, los que se derivan de la Agencia Oficiosa y el mandato según el caso.

b). LA NOVACION

Es un modo de extinguir las obligaciones, por medio de otra obligación distinta destinada a remplazarla. El código la define como: "La sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida". (Art. 1687).

La novación puede ser objetiva o subjetiva. Es objetiva cuando varían los elementos de la obligación sin cambio de sujetos y a este caso se refiere el Art. 1.690.

1). Sustituyendose una nueva obligación a otra, sin que inter venga nuevo acreedor o deudor.

La novación objetiva puede presentarse en dos formas: Por cambio de la causa o fundamento, ejemplo, una deuda en dinero cualquiera puede convertirse en deuda de mutuo; o por cambio del objeto de la prestación, ejemplo, el deudor de tantas cabezas de ganado conviene entregar una cantidad de dinero. Es subjetiva cuando hay cambios de sujetos, se presentan dos casos que están señalados en el Código en el Art. 1.960,-

2). Contrayendo el deudor una deuda respecto de un tercero y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor, en este caso vemos que hay consentimiento del deudor.

3). Sustituyendo un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre.

Hay dos formas de novación subjetiva:

1). Por cambio de acreedor, según lo vimos en el numeral 2 del Art. 1.960. Esta es la que más se asemeja a la cesión de créditos, pues hay cambio de acreedor sin cambio de deudor ni de prestación.

2). Por cambio de deudor, se presentan dos hipótesis:

a). El nuevo deudor sustituye al antiguo sin consentimiento de éste. En el caso de un tercero que se obliga para con el acreedor con el fin de que deje libre al primitivo deudor.

b). El nuevo deudor sustituye al antiguo con su consentimiento por ejemplo, el caso de la venta de un bien hipotecado con la obligación del comprador de pagar la hipoteca.

Requisitos:

1). Debe haber intención de novar. Por tanto debe haber consentimiento pues no hay novación por mandato legal, es decir existir animus novandi, Art. 1.963.

2). Que haya un cambio sustancial, bien sea de causa o de objeto, o de los sujetos de la obligación. Si no existe este cambio no se produce la novación.

3). Tanto la obligación que se extingue como la que nace, deben ser plenamente válidas.

4). Estos tres requisitos deben cumplirse conjuntamente (Art. 1.963 inc 2^a) so pena de considerarse las dos obligaciones como coexistentes.

Efectos:

La novación tiene un doble efecto: medio extintivo de las obligaciones y fuente de las mismas.

Solo hay Novación dice VALENCIA ZBA, cuando la obligación primitiva se extingue totalmente y nace una nueva diferente a la extinguida en algun elemento especial. (Ob Cit. pag 502)

Diferencias entre la Novación y la Cesión.

1). En la novación se extingue una obligación para dar lugar al surgimiento de la otra totalmente nueva. En la cesión la obligación permanece igual, existe el mismo derecho que pasa del cedente al cesionario, no nace una nueva obligación.

2). En la novación con cambio de acreedor debe intervenir el nuevo acreedor, el acreedor y el deudor. En la cesión solo -

interviene el cedente y el cesionario.

3). Es necesario en la novación, el consentimiento del deudor para obligarse con el nuevo acreedor. La cesión puede hacerse aun en contra de la voluntad del deudor.

4). Encontramos otra diferencia en cuanto a los efectos de estas dos figuras porque, mientras en la cesión pasan todos los accesorios y garantías del crédito junto con éste, en la novación como hay extinción de la primitiva obligación, solo existen las excepciones y privilegios que surjan del nacimiento de la nueva obligación.

C). RENUNCIA O REMISION DE UN DERECHO DE CREDITO

La renuncia o condonación de una deuda "es la renuncia del acreedor a exigir su cumplimiento" (VALENCIA ZEA, Ob.Cit, Pag 507).

La remisión puede ser expresa o tacita, según lo determina el Código en el Art. 1.713. La remisión, de otra parte, no es un acto aislado del acreedor ya que es necesario que concurre la voluntad del deudor dando su consentimiento y sin éste consentimiento la remisión no se produce, la deuda seguirá existiendo y al deudor solo le quedaría no ejercer ninguna acción de pago contra el deudor.

En esto radica precisamente la diferencia con la cesión de créditos: mientras en la cesión no se requiere el consentimiento del deudor en la remisión sí, ya que sin el consentimiento, como se dijo, la deuda subsiste con todo su vigor.

"SEGUNDA PARTE"

N O C I O N E S P R E L I M I N A R E S

70

1.- COSA O BIEN JURIDICO

Con el fin de determinar más tarde el objeto de la cesión, nos ocuparemos en este aparte de fijar el concepto jurídico de dos términos: COSA Y BIEN.

CONCEPTO DE COSA

El término Cosa es susceptible de usarse en varias sentidos y aun en expresiones figuradas, pero en razón de los fines perseguidos solo precisaremos dos:

COSA en sentido lato, es todo lo que tiene existencia real ya sea corporeo o incorporeo, los hechos positivos o negativos que se deben, lo apropiable para el hombre y lo inapropiable.

COSA en sentido jurídico, es todo lo que teniendo existencia real, constituye un objeto propio de la relación jurídica.

CONCEPTO DE BIEN

De los diversos sentidos en que es susceptible de usarse el término bien, estudiaremos solo algunos:

BIEN en sentido lato, es todo aquello que se ofrece a la voluntad con su fin u objeto propio.

BIEN en sentido económico, es todo lo que resulta apropiado para la satisfacción de las necesidades humanas, en cuanto es bueno, útil o beneficioso para el hombre y en cuanto tiene o es susceptible de tener valor apreciable en dinero.

BIEN en sentido jurídico, es todo aquello susceptible de tener un valor concreto par una persona determinada, en cuanto forma parte de su patrimonio y es, por tanto, el objeto de una-

relación jurídicas.

Las cosas adquieren la calidad de bienes en sentido jurídico cuando se consideran en función de un derecho que sobre ellas recae y en virtud del cual ingresan a un patrimonio determinado.

Vemos que la noción de bien estrecha la acepción de cosa, pues es aplicable a las que hacen parte de un patrimonio y son aptas para ser convertidas en dinero; y, esta es la razón por la cual se emplea el vocablo bienes para designar tanto los derechos reales como los personales, derechos estos que componen el patrimonio.

La noción de Bien resulta de la relación sujeto-cosa. El derecho Civil trata de las cosas ligadas a las relaciones jurídicas patrimoniales. El profesor JOSE J. GOMEZ dice al respecto: "las cosas son la materia, sobre el cual recae el derecho los bienes con esas cosas convertidas en partes del patrimonio mediante el derecho que llega a recaer sobre ellas". (Conferencias de derecho Civil II, bienes).

Lo antes expuesto nos explica la aparente impropiedad del C.C. al identificar los dos términos usándolos indistintamente con el mismo significado. Por otra parte, no se encuentra en el Código una definición propiamente dicha sino una descripción de los bienes al decir que "consisten en cosas corporales o incorporales", (Art. 653 del C.C. Colombiano).

Clasificación:

El Art. 653 en su primer párrafo dice que los bienes consis

ten en cosas corporales e incorporales y en el segundo los define así:

"CORPORALES, Son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una cosa, un libro."

INCORPORALES, son las que consisten en meros derechos como los créditos y las servidumbres activas.

En las cosas corporales comprende solo aquellas que tienen existencia física, material apreciable sensorialmente, despojadas de los derechos, en tanto que las incorporales comprende los derechos mismos, prescindiéndose de la forma corporal.

Trae luego el Código una calificación de las cosas corporales en MUEBLES, las que se pueden transportar de un lugar a otro e INMUEBLES, las que no se pueden transportar de un lugar a otro.

Las cosas Muebles se subdividen en FUNCIBLES, aquellas que no se pueden hacer el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruya; y no FUNCIBLES.

Las cosas inmuebles a su vez se subdividen en inmuebles POR NATURALEZA, POR ADHESION, Y POR DESTINACION.

El Art. 664 del C.O. prescribe que las cosas incorporales son: DERECHOS REALES Y PERSONALES.

DERECHO REAL, es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. DERECHO PERSONAL O CREDITOS, Son los que solo se pueden reclamar a ciertas personas que por un hecho suyo la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas.

Estas son las definiciones que trae el Código y de las cuales se deduce una aparente confusión ya que de acuerdo con los principios generales, el concepto de derecho implica necesariamente y esencialmente la existencia de una relación de persona a persona, y en la definición de derecho real parece que no existiera esa relación de persona a persona, sino de persona a cosa.

Al respecto se han expuesto varias teorías:

Los clásicos vieron en el derecho real una simple relación de persona a cosa en contraposición al derecho personal en el cual vieron una relación de persona a persona.

De otra parte PLANIOL Y RIPERT sostienen que: "Todo derecho es una relación de persona a persona; no de la persona en un extremo y de la cosa en el otro, porque ello equivaldría a sostener que la cosa se haya obligada para con la persona, lo cual es absurdo. El derecho debe ser concebido bajo la forma de una relación obligatoria en el cual el sujeto activo es simple y ésta representado por una sola persona. En tanto que el sujeto pasivo es ilimitado en su número y comprende todas las personas que entran en relación con el sujeto activo". (Ob. Cit, Tom 3).

De aquí parte la concepción personalista extremada por DEMOGUE al negar las diferencias entre derecho real y derecho personal o crédito. Pero en la definición de derecho real no se puede excluir ni el elemento cosa ni el elemento pasivo visto

por los personalistas, sino que se deben tener en cuenta cada uno en su función. Es así como consideramos que en el derecho Real se encuentra los siguientes elementos:

- a). Un sujeto activo, o sea, el titular del derecho.
- b). Un objeto, entendido en su acepción material sin excluir su sentido moral o intelectual.
- c). Sujeto pasivo construido por todas las personas que entran en relación con el sujeto activo, en razón del objeto. En cuanto a los derechos personales hay una definición más aceptada que la dada por el Código ya que reúne todos los elementos de su concepto: DERECHO PERSONAL es la facultad jurídica de que una persona es titular en cuya virtud se le reconoce el poder de exigir de otra persona determinada, una prestación concreta, determinada o determinable.

Por consiguiente los elementos constitutivos del derecho personal son:

- a). Un sujeto activo, denominado acreedor, quien es titular del derecho.
- b). Un sujeto pasivo, denominado deudor, persona que debe dar cumplimiento a la prestación.
- c). Una prestación, es decir, la obligación a cargo del deudor que puede consistir en dar, hacer o no hacer.

II.- OBJETO DE LA CESION

Por medio de la cesión se transmite la facultad de exigir de

una determinada persona el cumplimiento de la prestación a que esta obligada, por tanto es necesario que pueda distinguirse claramente el objeto de la cesión que es el crédito y el objeto de la obligación del deudor, porque si ambos elementos van unidos, si es el mismo cedente quien va a realizar el hecho o la abstención o va a entregar la cosa útil al cesionario, no hay transferencia de un crédito, no hay traspaso de los derechos que se tiene; Al cumplimiento de la obligación de otra persona determinada.

Solo son objeto de la cesión los derechos activos, o sean los créditos, toda vez que los créditos son en el sentido riguroso de la palabra, verdaderos valores permutables.

III.- CREDITOS Y DERECHOS QUE PUEDEN CEDERSE

Todos los créditos activos son susceptible de cesión en el derecho Colombiano, solo se exceptúan ciertos créditos que por su naturaleza son inseparables de la persona del acreedor los expresamente prohibido por la ley y aquellos que por pacto expreso entre el acreedor y deudor no pueden cederse.

Además se pueden ceder el derecho real de herencia, entendiéndose por tal, el derecho patrimonial emanado de la calidad de heredero de una persona, consistente en una universalidad o cuota de ésta; y no la calidad de heredero o bienes determinados de una herencia.

También se pueden ceder los derechos objeto del litigio, -

aclarando que se trata del derecho objeto de la litis y no de la cosa litigiosa.

IV.- CREDITOS Y DERECHOS QUE NO PUEDEN CEDERSE

A la regla general que todos los derechos personales son cedibles le encontramos tres clases de excepciones:

1). Ciertos derechos personales que se confieren en consideración a la persona ; tales como:

a). Los derechos de administración y usufructo legal del padre sobre los bienes del peculio ordinario del hijo no emancipado, conferido en razón del estado civil;

b). El derecho de uso puesto en cabeza de otra persona diferente del dueño, en virtud del otorgamiento intuito personae .

c). El derecho que nace para el vendedor en virtud del pacto de retroventa (Art. 1.942), es incedible por acto entre vivos.

d). El derecho de pedir alimentos de determinada personas (Art. 424).

2). Prohibiciones explícitas del Legislador, encontramos entre otras las siguientes:

a). No se pueden ceder obligaciones, o sea, deudas en el sentido amplio de la palabra. La cesión se hace sobre derechos personales que son derechos activos y no sobre las obligaciones correlativas que son derechos pasivos.

b). En los casos que la ley prohíbe la transmisión por conati-

derar que hay objeto ilícito(Arts. L.520 y 1.521).

- 1). Las cosas que están fuera del comercio jurídico, por razón de su destino, o por su naturaleza misma,
- (2). Las cosas que la ley ha colocado fuera del comercio haciéndolas intrasmisibles.
- (3). Las que por orden judicial se hayan ocasionalmente colocadas fuera del comercio.
- (4). El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva.
- 3). Los derechos que no son negociables o cedibles por querer expreso de las partes.

V.- CESIÓN DE DERECHOS EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

Y a hecho visto que la cesión propiamente dicha es diferente del título en virtud del cual se hace dicha cesión, bástenos agregar aquí, que acogiendo la tesis que sostiene que la cesión es la tradición de los derechos personales, la secuencia lógica para que se produzca la transmisión de un derecho será Primero un acto jurídico bilateral (compraventa, permutación), o unilateral (donación) que sirva de causa resota, de antecedente necesario para realizar otro acto jurídico (la cesión) como proxima de la transmisión del derecho. El primer acto debe reunir los requisitos legales para que sea translativo de dominio, constituyendo así el título en cuya virtud se hace la cesión; el segundo, la cesión es la tradición del derecho, es el modo de adquirir un derecho personal, reglamentada

en el Código en el Art.761 y en el título XXV del libro IV.

Trata el título XIV a la cesión de derecho en tres capítulos así: En su capítulo primero de los créditos personales; en el segundo del derecho de herencia; y en el tercero de los derechos litigiosos.

Siguiendo el mismo orden del Código estudiaremos en los capítulos siguientes este título.

CAPITULO I

CESION DE CREDITOS

79

Antes de entrar a estudiar la cesión de los créditos trataremos de explicar una aparente impropiedad del Código al denominar este capítulo "de los créditos personales", ya que cualquiera que sea la acepción en que se tome la palabra crédito, siempre va envuelta la idea de derecho personal. Antes de tratar de dar una solución nos parece conveniente hacer una clasificación de los créditos.

Se pueden distinguir tres clases de créditos:

- 1). Nominativos, aquellos en que el pago solo puede hacerse a determinada persona, cuyo nombre figura en el título.
- 2). A la orden, son aquellos en que existen la palabra "a la orden" antes del nombre de la persona a quien se debe pagar y se transfiera por endoso.
- 3). Al portador, son aquellos en que no está indicado el nombre de la persona y se transfiera por la simple entrega.

A nuestro parecer esta impropiedad en la denominación de créditos personales solo se puede explicar considerando el calificativo personal como sinónimo de nominativo en contraposición a los créditos a la orden y al portador.

El Código civil se refiere a los créditos nominativos, a los créditos a la orden y a los créditos al portador ahora están normados por el Código de Comercio, y por algunas leyes especiales como la ley 46 de 1.923, así lo dispone el Art. 1.966 "las disposiciones de este título no se aplicarán a la letra

de cambio, pagarés a la orden, acciones al portador, y otras especies de transmisiones que se rigen por el Código de Comercio o por leyes especiales".

Entrando en materia nos ocuparemos enseguida de la cesión de créditos civiles, para luego ocuparnos en forma leve de la cesión de los créditos comerciales.

A).- DE LOS CREDITOS CIVILES

Cesión de créditos nominativos, es el acto por el cual una persona llamada cedente transfiere a otra llamada cesionario un crédito que tiene a cargo de otra denominado deudor

Interviene dos personas: El cedente, dueño del crédito que traspassa; el cesionario, a quien traspassa el crédito; y el deudor cedido, sujeto pasivo del crédito que se transmite.

Intervención que tiene carácter necesario en cuanto a las primeras y accesoria para la última, ya que solo interviene en cuanto a la publicidad del acto.

Formalidades de la cesión:

En la cesión se distingue dos etapas:

1). Se desarrolla entre el cedente y el cesionario, o sea, entre la persona titular del derecho y la persona a quien se transfiere el crédito y va a ocupar el puesto que originalmente tenía el cedente.

Consiste esta etapa en la entrega que el cedente hace al cesionario del documento en que consta el crédito. Esta primera etapa está compuesta de dos actos;

a). El contrato por el cual se hace la transferencia y que no está reglamentado en este título, únicamente hace alusión la ley a este acto cuando dice: "la cesión de un crédito, a cualquier título que se haga" (Art. 1.959 subrogado por el Art. 33 de la ley 57 de 1.887).

b). La entrega propiamente dicha, o sea, la entrega que el cedente hace del documento en el cual consta el crédito. si no existe título el cedente otorga uno al cesionario, así lo señala el Art. 33 de la ley 57 del.887, cuando dice: " la cesión de un crédito a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el Art.961 debe hacerse con exhibición del documento".

El alcance de los efectos de que trata este artículo la relación entre el cedente y el cesionario, pues la sola entrega del título no es suficiente para dar conocimiento de dicha cesión al deudor y a los terceros, por tanto el interés del deudor, y de los terceros queda marginado de los efectos de esta primera etapa de la cesión.

2). En esta etapa interviene el deudor en razón del interés que tiene en conocer el titular del crédito en el cual él es el deudor.

Consiste esta etapa en la notificación que se debe hacer al

deudor de la cesión. Es decir, ponerla en conocimiento de quien será el nuevo acreedor. La notificación es la publicación de la cesión del crédito y mientras no se haga no produce efecto respecta al deudor y a los terceros, así lo dice el Art. 1.960 cuando dice: "La cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por este".

Según este Art. para poner en conocimiento del deudor del acto, hay dos medios: (1). Cuando se le notifica al deudor la cesión; y, (2). Cuando es aceptada por este. Veamos cuando y como tiene operancia uno y otro.

Como antes dijimos la notificación tiene por objeto poner en conocimiento al deudor de quien es el nuevo acreedor, por tanto el mas interesado en ello es el cesionario y es a quien impone esta obligación el Art.1.960, pero teniendo en cuenta su objeto, si dicha notificación la hace el cedente o es aceptada por el deudor debe producir efectos para éste y para terceros.

Ahora bien, conforme al Art.1.961, "la notificación debe hacerse con la exhibición del título que llevará anotado el traspaso del derecho con la asignación del cesionario y bajo la firma del cedente". Si el crédito no consta en documento, la notificación se surte exhibiendo el documento que el ce-

dente otorga al cesionario de acuerdo con la parte final del Art. 33 de la ley 57 de 1.887. Se acostumbra, con el fin de obtener una prueba de la notificación de aceptación, que el deudor firme a continuación del traspaso una nota que dice que acepta o no y la razón por la cual no acepta si es el caso. Si no firma o no se obtiene prueba por escrito, puede comprobarse la notificación por cualquier medio legal incluyendo la declaración de testigo. Sin embargo en repetidas ocasiones la Jurisprudencia ha dicho que la notificación debe ser judicial, y siendo judicial siempre habrá prueba por escrito ya que según lo dispuesto en el Código Judicial, debe quedar constancia en la secretaría del juzgado en el cual se haga dicha notificación, constancia por escrito con la firma del notificado y si este no quiere firmar lo hará un testigo por él.

Si hay notificación, la aceptación por parte del deudor no es necesaria, pero sino la hay o no es válida, la aceptación puede reemplazarla. El Art. 1.962 reglamentó la aceptación cuando dice: 22La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.

Por tanto la aceptación consiste en un hecho ejecutado por el deudor y del cual se deduzca necesariamente que el conoce de la cesión o que acepta al nuevo acreedor. Respecto a este hecho y a la publicidad respecto de terceros anota acertadamente FERNANDO VELEZ, "exigiendo el Art. 1.962 que la aceptación

consiste en un hecho de naturaleza autentica, se ha observado que sin ella se hace en documento privado o verbalmente, no puede perjudicar a terceros, tanto por la falta de precisión en la fecha de la cesión (Art. 1.762), cuanto porque la prueba de la aceptación no sería autentica, y se consideran que los terceros ignoran la cesión mientras no se hace pública - por la notificación de ella, o por que la acepta el deudor de una manera indudable, aunque ésta publicidad es imperfecta".

(Ob. Cit, Pag. 335).

Pero si bien es importante que el hecho sea autentico, es decir, que sea de tal naturaleza que produzca el fin deseado - el conocimiento de la cesión por parte del deudor y de los terceros; es tambien importante que se determine la fecha exacta de dicha notificación o aceptación con el fin de determinar el momento a partir del cual la cesión produce efectos en relación con el deudor y terceros. Es sabido que la fecha de los instrumentos privados no se cuentan respecto de terceros, sino en determinados casos (Art 1.762), pero tratandose de créditos por expresa disposición de la Ley, la fecha de la notificación si cuenta para el deudor y terceros, así lo ha notificado la Corte Suprema de Justicia: "La fecha de los instrumentos privados no produce efectos respecto de terceros sino cuando se realizan algunos eventos previstos en el Art-1.762; pero en cuanto a los instrumentos privados contentivos de créditos que han sido objeto de cesión ésta produce efectos tanto respecto del deudor como de los terceros desde la

fecha de la notificación judicial al deudor o aceptación de ésta, según los Arts 1.960, 1.961 y el 33 de la Ley 57 de 1.887", (Casación Civil, nov 3 de 1.973; Casación Civil, mayo 5 de 1.945, N°. 1.971, Pág 255).

La Ley deja al interés del cesionario el término para hacer la notificación o la aceptación, siendo conveniente hacerla lo más antes posible en razón de los actos que pueda realizar el cedente y el deudor o los terceros en contra de los intereses del cesionario.

La aceptación puede ser expresa o tácita, la primera cuando lo manifiesta por escrito; la segunda cuando se deduce de un acto inequívoco del deudor, tal sería el pago directo al nuevo acreedor o "la litis que se abre entre el cedente y el deudor, para hacer efectivo el derecho personal adquirido, es bastante para cumplir estrictamente el requisito de la notificación y la aceptación, porque con este requisito se persegua que el deudor tenga conocimiento del fenómeno ocurrido en razón del cual el acreedor es otro". (Casación Civil, nov 30 de 1.954, T. LXXIX n° 2.149, Pág 180).

Requisitos de la cesión de créditos:

Para que se produzca la cesión con todos sus efectos, se requieren:

1). La existencia de una relación obligatoria, en virtud de la cual existe un derecho personal en cabeza del acreedor - derecho que constituye el objeto de la cesión.

2). Animo de transferir el crédito de una parte e intención

de adquirirlo de la otra.

3). Que se trate de un acto entre vivos.

4). Que exista un título en virtud de la cual se hace la transferencia del crédito o cesión.

5). La entrega del título en el cual conste el crédito, por el cedente al cesionario.

6). Notificación al deudor o aceptación de este.

B). DE LOS CREDITOS COMERCIALES

Quando hablamos de las clases de créditos hicimos la advertencia que los créditos a la Orden y al Portador, para efectos de la cesión se rigen por las leyes comerciales, especialmente por la Ley 46 de 1.923. Estas leyes denominan los créditos antes anotados instrumentos negociables. Reciben este nombre por la facilidad de su negociación, ya que basta el endoso, o sea la firma del acreedor en el instrumento o la simple entrega del instrumento, según se trate de un crédito a la Orden en el primer caso, o de uno al portador, en el segundo, para que se produzca la cesión del créditos con plenos efectos, esto es en relación con el deudor y los terceros y no solo la relación con el cedente y el cesionario.

El profesor ROBLERO URIBE lo define así: "Instrumentos Negociables es el instrumento que revestido de las formalidades legales, tiene por objeto sustituir la moneda, garantizando el pago, al portador legítimo, de una determinada cantidad de dinero en un día cierto". (Instrumentos Negociables Pág 340).

El término negociación es usado como sinonimo de transferencia de un crédito que produce efectos erga omnes, sin que sea necesaria su notificación al deudor o su aceptación por éste. Ahora bien, esa negociación tiene dos sistemas normales para hacerse:

- 1). Por endoso traslativo, completado por la entrega, cuando se trata de la negociación de los instrumentos pagaderos a la Orden, y.
- 2). Por la entrega, cuando se tratat de instrumentos pagaderos al Portador.

El profesor ROBLEÑO URIBE define el Endoso traslativo como "la firma del tenedor del instrumento pagadero a la Orden, - puesta en la forma indicada por la Ley, con el fin de transferir el título. (Ob Cit, Pág 31).

El endoso traslativo según la Ley 46 de 1.923 denominado - Ley de Instrumentos Negociables, puede ser: Endoso Especial o en Blanco y cada uno de estos, a su vez, pueden ser, restrictivo, cualificado o condicional. (Art. 36)

Hay endoso Especial cuando además de la firma del endosante - se indica el nombre del endosatario; a diferencia del endoso en blanco en que basta la sola firma del endosante, sin indicación del endosatario.

El endoso Cualificado o sin garantía, es aquel en que el endosante no responde de al aceptación y pago de la parte primara mente endosada pero si responde de la existencia del instrumento, así lo dispone el Art. 67 de la Ley de Instrumentos -

Negociables.

Endoso Restrictivo: El Art. 39 de la Ley 46 de 1.923 señala tres casos de endoso restrictivo:

- 1). Cuando prohíbe la ulterior negociación del instrumento.
- 2). Cuando constituye al endosatario en agente del endosante.
- 3). Cuando confía el título al endosatario para el uso de alguna otra persona.

Agrega el Art "la mera ausencia de las palabras que impliquen poder para negociar no hace el endoso restrictivo".

Parece que ésta clase de endoso quita el carácter de negociable al instrumento, pero no así, por que sí bien el Art 50 de la Ley de instrumentos negociables dice que, "Un instrumento Negociable en su origen continua siendolo mientras no sea endosado restrictivamente o descargado por pago o de otra manera".

Ha de entenderse así cuando se trata de impedir la ulterior negociación pero no en los demás casos del Art 39 de la misma L.Y.

Endoso Condicional, es aquel cuyo endoso hace condicional la obligación y derecho del endosatario, continuando incondicionales la promesa y la orden del instrumento negociable.

A paret del endoso para transmitir un crédito se requiere la entrega, entrega consistente en el traspaso físico del instrumento y la intención de transferirlo.

El otro sistema de negociación es el de la simple entrega cuando se trata de instrumentos pagaderos al portados, así los señala el Art 32 de la Ley 46 de 1.923: "un instrumento es negociable cuando se cede por una persona a otra de manera de constituir en

cesionario en tenedor de él. Si es pagadero al portador se negocia por la entrega; " y aunque se redusere especialmente continua siendo negociable por simple entrega. (Art. 43 de la Ley 46 de L.923).

C.- EFECTOS DE LA CESION DE CREDITOS

1º. Efectos generales:

Al cederse un crédito al cesionario se coloca en el lugar del antiguo acreedor o cedente, efectuandose un cambio en el lugar del derecho más no en el derecho objeto de la cesión, que permanece idéntico.

El derecho pasa al cesionario con todos sus accesorios; hipotecas, privilegios, como también con los defectos de que pudiere estar afectado. Salvo lo consagrado en art 1º de L.964 en su parte final, "..... pero no traspasa las excepciones personales del cedente". Da a entender este Art que la cesión traspasa todos los accesorios del crédito en sí ya que sea en beneficio del titular de este, ya sea en beneficio del deudor o de terceros, - excluyendo en este último caso las excepciones que pudieran interponer al cesionario basandose en la personalidad del cedente, ejemplo, el cedente es mayor de edad expuesto a prescripción y el cesionario se encuentra en minoría de edad.

En tal sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en diferentes ocasiones; así tenemos la sentencia dictada en 1.915: "La cesión de un crédito transmite todo lo que constituye la realidad del crédito mismo que tenga conexión con él: la fianza, privilegios e hipotecas, la acción ejecutiva (y la hipo-

tecaría añade en esta ocasión al Correo), de que esta revestido el acreedor primitivo, la acción resolutoria que corresponde al mismo, y, en general, cuando pertenezca al crédito en cabeza de el cedente, de quien el cesionario es verdadero sucesor. Lo único que no transfiere la cesión son las excepciones personales del cedente". (Casación 23 de oct de 1.915, GJ, T 25 Pag 17 Casación 12 de nov de 1.950 GJ, T LXVIII, N° 2087, 2888).

Por tanto, solo se traspaşa el derecho y los accesorios de este y del juicio para ser efectivo el crédito, si hubo lugar a dicho juicio pero no los accesorios de la persona como son los privilegios o defectos que tiene el crédito en razón de su condición o estado civil. Anota FERNANDO VELEZ, "El cesionario no puede tener más derechos que el cedente, y, por lo mismo, aunque sea de buena fé, el deudor puede oponerle las excepciones que hubiera podido oponerle al cedente, como la del dolo cometido por este en la constitución de la deuda". (Ob Cit n° 339). La cesión de créditos hipotecarios exige escritura pública más no inscripción, pues la hipoteca debe conservar su fecha pero es conveniente hacer una anotación al margen de la inscripción de la hipoteca, cuando se cede un crédito de esta naturaleza anotación que debe contener los elementos esenciales de la cesión para conocimiento e información de terceros.

Cuando la cesión se hace onerosamente: por venta o en pago al cesionario, este no adquiere la acción resolutoria que por no pago del precio tiene el vendedor, puesto que el crédito se da en garantía del pago y la acción va en contra de la existencia

del crédito, volviendo las cosas al estado que tenían antes de dicha existencia. Concluimos que el principal efecto de la cesión es el de transmitir el crédito, en forma tal que el cesionario no tenga más derecho que el cedente, (No obstante cree adquirir otros de buena fé), ni tampoco menos.

2). Responsabilidades que se derivan de la cesión:

Estas responsabilidades difieren según se trate de las partes que intervienen en el acto, de los que tienen alguna relación con el acto, (el deudor), y, de otras personas que pueden en determinados momentos verse vinculadas al acto (los terceros). Veamos ahora en que consisten y cuando nacen estas responsabilidades.

1). ENTRE EL CEDENTE Y EL CESIONARIO .

Como en otro lugar hemos anotado, los efectos de la cesión respecto del cedente y el cesionario nacen de la entrega y serán diferentes según se trate de cesión a título oneroso o a título gratuito. La cesión a título gratuito, no se rigen por las normas de este título, sino por las normas de la donación. (Art - 1.479, 1.480), pero en general puede decirse, que esta clase de cesión exime al cedente de responsabilidad aún acerca de la existencia del crédito, solo responde del dolo.

Ahora bien, el que cede un crédito a título oneroso pura y simplemente responde por su existencia al momento de la cesión; para que haya una responsabilidad más extensa se requiere una estipulación expresa y puede versar sobre:

- a). La solvencia presente del deudor.
- b). La solvencia futura del mismo.

c). La solvencia hasta la concurrencia del precio.

d). Una mayor solvencia.

El principio establecido en el Art 1.965 se prohibió la cesión de derechos personales ajenos, igual que de cosa futura, ya que exige la existencia al tiempo de la cesión y que le pertenezca al cedente. Dice el Art citado: "El que cede un crédito a título oneroso, se hace responsable al tiempo de la cesión de su existencia, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo;"

Se supone la existencia del crédito:

(1) Cualquier vicio que lo extinga como el dolo, que no le pertenezca, etc.

(2) La falta de necesario comprendido en la acepción y cuya falta hace perder eficacia al crédito; salvo que se excluyan expresamente.

(3). La falta de garantía con que conto el cesionario para hacer efectivo el crédito.

En estos casos se compromete la responsabilidad del cedente por la existencia al tiempo de la cesión pero en la cesión pura y simple el cedente no responde de la eficacia de los accesorios ni de la solvencia del deudor.

Si el crédito no existe, la cesión es nula absolutamente por falta de objeto pudiendo ser alegada esta nulidad por el cesionario o sus herederos. Anulada la cesión el cesionario, aplicando el derecho común pues no hay norma especial, tiene derecho al que el cedente le restituya lo que recibió por la cesión

mas el pago de los perjuicios del caso, derechos fiscales de la cesión y el costo del juicio contra el deudor si lo hubo. Por tanto para hacer efectiva la responsabilidad del cedente se requiere allegar pruebas en el juicio para tal fin, de la inexistencia del crédito, o que el deudor no era solvente al momento de la cesión, o al tiempo de vencerse la obligación o que en general es insolvente y en estos casos de solvencia debe presentar una prueba adicional o sea que se pacto expresamente dicha solvencia y hasta que punto se responsabilizó el cedente.

2).- ENTRE LAS PARTES Y EL DEUDOR

Segun veíamos los efectos respecto del deudor se originan de la notificación o de la aceptación de la cesión por el deudor.

El Art. 1.963 dice: " no interviniendo la notificación o aceptación sobredicha podrá el deudor pagar al cedente, o embargarse el crédito por los acreedores del cedente; y en general, se considera existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y de terceros".

Hasta tanto no se notifique o sea aceptada la cesión por el deudor, este solo es considerado como tal en relación con el primitivo acreedor; la cesión no varia en forma alguna los medios de defensa del autor o deudor pudiendo en consecuencia interponer todas las excepciones reales o personales que tenga contra el cedente ya se hubieran originado en

actos anteriores o en el tiempo transcurrido entre la cesión y la notificación o aceptación.

Si la aceptación es pura y simple, es decir, se el deudor acepta sin reserva alguna la cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente. (Art. 1.718). Pero la aceptación pura y simple no indica o implica de ninguna manera la renuncia de las otras excepciones reales y personales a que tiene derecho el deudor, pues la cesión no hace mas gravosa la situación del deudor sino que permanece idéntica al momento de producirse el conocimiento en el deudor del acaecimiento de dicha cesión.

El deudor solo puede beneficiarse de las excepciones reales y personales que se originan en el crédito cedido, pero no puede alegar nulidades e vicios del contrato que sirve de título a la cesión o del acto mismo de la cesión; todo esto teniendo en cuenta que el deudor no es parte en la cesión y si lo es en el crédito.

3).- EN RELACION CON LOS TERCEROS

Los efectos respecto de terceros se originan como en el caso del deudor, en la notificación o aceptación de este.

Detengámonos un momento para determinar a quienes se denominan terceros, FERNANDO VELAZ, dice, " terceros respecto del cesio-

nario son todos los individuos que no habiendo tomado parte en la cesión, tienen interes legítimo en saber que se ha efectuado". (obra citada Pag.335).

Esos terceros pueden ser:

- a). Otros cesionarios del crédito.
- b). Acreedores del cedente que tengan en prenda el crédito.
- c). Simples acreedores del crédito.

Ahora bien, si la notificación no se realiza o no es aceptada la cesión por el deudor:

En el primer caso, será dueño del crédito el que primero notifique la cesión o logre que sea aceptada en forma autentica por el deudor.

En el segundo caso, el acreedor prendario tendrá derecho sobre el crédito dado en prenda, en contra del cesionario, si ha notificado antes que éste al deudor " prohibiendolo que lo pague en otras manos" (Art. 2.414).

En el tercer caso, los simples acreedores del cedente, tienen como garantía de pago todos los bienes del cedente, por tanto si no se ha notificado o aceptado la cesión, se entiende el crédito en manos del cedente y puede ser embargado por dichos acreedores.

III.- Efectos de la Negociación de los Instrumentos Pagaderos al portador y a la Orden.

Hemos dicho que si el instrumento es pagadero al portador se negocia por la sola entrega. Esta clase de negociación trans-

fiere el título y garantiza la existencia jurídica del instrumento, pero no garantiza el pago por la parte primeramente obligada, además esa garantía se extiende solo a favor del inmediato cesionario. (Art. 67 ley de I. N.).

Si el instrumento es pagadero a la orden se negocia por el endoso seguido de la entrega. Esta negociación produce diferentes efectos según la clase de endoso que se utilice, así:

Si el endoso es cualificado, según el Art. 67 de la ley de I. N., garantiza que el instrumento es auténtico, que tiene un buen título sobre él, que las partes anteriores tienen capacidad para contratar y que no tiene conocimiento de vicios que afecten la validez o lo hagan nulo. Produce los mismos efectos que la negociación por simple entrega, aumentados en el caso del endoso cualificado en cuanto la garantía se extiende a favor de todo cesionario futuro.

Si el endoso es restrictivo, el endosatario solo adquiere determinados derechos señalados en el Art. 40 de la ley de I. N. Recibir el pago de Instrumento, ejercitar cualquier acción que pudiera hacer valer el endosante y transferir sus derechos de endosatario cuando lo permita el endoso.

Al morir una persona su patrimonio pasa a sus herederos en lo que sea transferible, tanto en lo activo como en lo pasivo. Se opera así el modo de suceder por causa de muerte. Por la sucesión por causa de muerte adquiere a título unitario, a diferencia de lo que ocurre con los otros modos de adquirir, en los cuales se adquiere a título particular, a excepción de la tradición del derecho de herencia. Esa Universalidad comprende por el patrimonio, activo y pasivo del causante o cuota de ese patrimonio, se denomina HERENCIA. La persona llamada por ley o testamento a suceder al causante en todo su patrimonio o en cuota de este, se denomina a su vez HEREDERO. En consecuencia: DERECHO DE HERENCIA es la facultad que tiene el heredero, por su título derivado de la ley o del testamento de suceder al causante en su patrimonio, considerado en forma Universal. Es claro CARRIZOSABIDO, al distinguir el derecho de dominio del derecho de herencia, cuando dice: "en razón de su objeto", esa diferencia no es otra sino la que se funda en que el dominio recae sobre las cosas consideradas singularmente, ut SIN- GULIS, y el derecho de herencia sobre la universalidad del patrimonio que las contiene todas". (Las sucesiones, Pág. 253).

no se extingue con la liquidación y partición de la herencia.

CESSION DEL DERECHO DE HERENCIA

C A P I T U L O . I I

26

98

persiste sobre los bienes desconocidos si existen.

Debe advertirse que en la cesión de el derecho de herencia, no se cede la calidad de heredero sino el derecho patrimonial emanado de esa calidad. En tal sentido CARRIZOSA PARDO dice, "la calidad de heredero de una persona no puede transmitirse por fuerza de la voluntad individual, a persona distinta pero si pueden transmitirse los derechos que a los bienes relictos tiene el heredero". Tampoco es objeto de la cesión la esperanza o la expectativa de suceder una persona viva ni con su consentimiento, según lo prescribe el Art. 1.580.

Ese derecho patrimonial es cedible a cualquier título; la cesión a título gratuito puede hacerse por acto entre vivos o por testamento (bien se a por asignación universal o por legado), estas transmisiones se rigen por leyes sucesorias, según el Art. 1.185. La cesión a título oneroso se rige por las normas consignadas en el título 25 Cap. 2, libro III.

Formalidades.

Existe una anomalía respecto a las solemnidades de la cesión por acto entre vivos, pues mientras la cesión es solemne cuando es a título oneroso, ya sea venta, permuta, etc. (Inc. 2, del Art. 1.857). Cuando es a título gratuito hay que distinguir si se trata de un derecho mueble o inmueble, ya que el Art. 1.457 solo exige solemnidades cuando se trata de inmuebles. Avanzando en la idea podemos decir co CARRIZOSA PARDO, "la -

tradición de un derecho de herencia será de manera o de otra según si el derecho de herencia es mueble o inmueble; si es este último, la tradición se efectuará como la de todos los derechos reales sobre inmuebles, por inscripción en el registro; pero si es lo contrario, bastará la entrega del título al cesionario, por aplicación de lo dispuesto para la cesión de derechos en el Art. 33 de la ley 57 de 1.887. En realidad de verdad el código no dice como se realiza la tradición de un derecho de herencia mueble, porque no le son aplicables los modos de tradición especificado en el Art. 754, por tratarse de una cosa corporal; ni tampoco lo previsto en el Art. 761, ni el 33 de la ley 57 de 1.887, porque estos textos se refieren a los derechos personales, y el derecho de herencia es derecho real. Por lo que no se conside otra forma de hacer tradición de un derecho de herencia mueble, es por lo que decimos de ella debe ejecutarse por la entrega del título al cesionario". (ob. Citada pag.33).

La ley exige que la venta de una sucesión hereditaria se haga por escritura pública, (Inc2 del Art. 1.857), escritura que debe ser registrada (Art 2.652). Esto es aplicable a la cesión a cualquier título oneroso que se haga, y es esencial para su validez.

Parece que el registro debe hacerse en el libro² a pesa que contenga bienes raíces por un argumento sencillo: Los bienes raíces figuran en la oficina de registro a nombre del causante, por lo tanto el Registrador no puede efectuar la tradición

porque los bienes no pertenecen a quien va a hacer la tradición y solo en caso de partición se puede hacer la inscripción en el libro primero. En este sentido se ha pronunciado la Corte en sentencia de 1.925, "El cesionario de un derecho de herencia no adquiere dominio sobre un bien determinado de la sucesión, sino que ocupa en este el lugar que correspondía al vendedor o suplente y por tanto la escritura de cesión basta registrarla en libro segundo". (Casación Civil oct 10 de 1.925 Tomo XXI, Pag 352).

Requisitos:

- 1). La cesión del derecho de herencia debe efectuarse una vez fallecido el causante. Con anterioridad a ello sería imposible, dada que la Ley sanciona con nulidad por objeto ilícito los pactos por sucesión futura, aun con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trata (Art 1.520).
- 2). La cesión de derechos herenciales, como tradición que es de dichos derechos, supone la existencia de un título translativo de dominio, que generalmente es la compraventa, pero que puede ser una donación, una permutación, dación en pago.
- 3). La ley exige escritura pública cuando se trata de cesión a título oneroso, o cuando se trata de donación de un derecho inmueble. Exige también la Ley el registro de dicha escritura.
- 4). El objeto de la cesión es la universalidad del patrimonio del causante o una cuota de esa universalidad. Cuando se especifican los bienes hay un contrato condicional, en el cual la cog

101

dición es la adjudicación de ese bien al heredero. La Corte ha dicho al respecto:

"En la cesión a título onerosos de un derecho de herencia, sin especificación de los bienes de que se compone, cuyos efectos jurídicos están determinados y reglamentados en el Capítulo II del título XXV del libro IV del C.C, el objeto de la transferencia es el derecho real de herencia cuya peculiaridad esencial es su universalidad, y no el derecho real singular de dominio sobre bienes específicamente determinados. Cuando el objeto de la enajenación es un cuerpo cierto que se paga en dinero se configura un contrato de venta común. Solo cuando se reúnen los elementos previstos en el Art 1.967 del C.C. se puede decir que el cesionario ocupa el lugar y puede ejercer los mismos derechos que el heredero cedente" (Casación Civil Magistrado Ponente, Dr HERNAN SALAMANCA, agosto 20 de 1.948).

Efectos:

Por el hecho de la cesión el heredero no pierde su calidad de tal, ya que es absolutamente inseparable de su persona; pasan al cesionario los derechos activos y pasivos correspondientes a la calidad de heredero o de signatario y ejerce como tal esos derechos.

Dispone el Art 1.967, "El que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de -

heredero o legatario". Claramente dice cual es la garantía que debe prestar el cedente de derecho hereditario. Su calidad de heredero unicamente; pero según el derecho común puede ampliarse o disminuir esa responsabilidad por pacto expreso.

Si el asignatario cede su derecho sin responder expresamente por nada sera responsable ante el cesionario únicamente de su calidad de asignatario, como hemos dicho; esa responsabilidad va unicamente hasta el monto de lo que el cedente recibió por la cesión. Si el cesionario recibió el derecho a satisfacción de que era ajeno o indigno el cedente nada le debe al cesionario.

El cedente queda obligado por el hecho de la cesión a entregar al cesionario todos los derechos hereditarios que tenga en su poder y todos los demás que haya recibido por motivo de la herencia. Así lo dispone el Art 1.968 "Si el heredero se hubiere aprovechado de los frutos o percibido créditos, o vendiendo efectos hereditarios, será obligado a reembolsar su valor al cesionario". Es obvio que cuando un asignatario cede un derecho, nada queda correspondiéndole a este salvo pacto en contrario. Ahora bien, si el heredero se ha aprovechado de ese derecho en los términos del Código, debe reembolsar su valor al cesionario, ese valor debe fijarse por medio de peritos, pues es en nuestro parecer lo más justo. Según el inciso 2º del Art que tratamos, "El cesionario por su parte será obligado a indemnizar al cedente de los costos necesarios y pru-

denciales que haya hecho el cedente en razón de la herencia "El cesionario adquiere todos los derechos y acciones del heredero y queda obligado por las cargas de la herencia.

No está obligado personalmente para con los acreedores de la sucesión, porque respecto de ello no es heredero, tal carácter permanece en la persona del cedente a quien pueden los acreedores perseguir directamente. Pero al cedente le queda expedita su acción contra el cesionario por todos los desembolsos que haga con motivo de la herencia, siempre que tenga una justa causa. Puede sin embargo, modificarse o estipularse lo contrario.

El inciso tercero. Aclara un punto que fué muy discutido consistente en saber si el cesionario tenía derecho a lo que acrecía a la cuota que se le cedía. Dice este inc: "Cediéndose una cuota hereditaria, se extenderá cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por el derecho de acrecer sobrevenga a ella, salvo que se halla estipulado otra cosa". En el silencio de las partes se entiende que el cesionario extiende las cuotas que después de la cesión sobrevengan por acrecimiento. No puede haber entre nosotros discusión al respecto.

Como el cesionario toma el lugar del heredero y puede ejercer todas las acciones que por motivo de la herencia competen a éste, se pregunta si en el caso de haberla aceptado con beneficio de inventario desaparece éste con la cesión o pasa también al cesionario. Esto último nos parece

104

desde luego que el cesionario adquiere todos los derechos del heredero como estaban en manos de éste. Pero si el heredero cede sus derechos antes de manifestar si acepta o repudia - Que debe decirse respecto del beneficio de inventario? según se desprende del Art. 1.998 de nuestro Código Civil, el derecho de ceder la herencia supone aceptación de ellas por parte del heredero. En consecuencia, el asunto se reduce a lo siguiente: si esa aceptación se supone hecha pura y simplemente no tendrá el cesionario derecho al beneficio de inventario, - por lo que ya dijimos que éste adquiere los mismos derechos del heredero como existían en poder de éste por el contrario, si la aceptación se supone hecha con tal beneficio pasa ésta al cesionario. Para resolver la cuestión de saber cuando se supone aceptada en una u otra forma encontramos el Art 1.302 que dispone que quien hace acto de heredero antes de haber inventariado solemnemente de los bienes de la sucesión, se supone que la acepta pura y simplemente; pero si cuando se verifica dicho acto había ese inventario la herencia se supone aceptada con tal beneficio.

Otro punto que debemos estudiar es el referente al caso del heredero deudor del causante de la sucesión. Al aceptar aquél la herencia pura y simplemente se opera una confusión que extingue la deuda, puesto que se reúne en una misma persona las calidades de deudora y de acreedora (Art 1.724), es decir que en nuestro caso viene a ser el heredero deudor de sí mismo lo cual no tiene sentido. Pero si ese heredero cede luego sus

derechos hereditarios, subsiste la confusión o revive la deuda) Creemos que en tal caso hace revivir la deuda porque ella hace parte de la herencia y ya vimos que el cedente debe entregar al cesionario todo lo que obra en su poder por motivo de ella.

Lo mismo debe resolverse en el caso en que el heredero fuese acreedor del causante y por las mismas razones expuestas. No hay razón por lo tanto para extendernos más en el asunto.

Si la herencia no fué aceptada pura y simplemente sino con beneficio de inventario no hay problema pues en tal caso no hay confusión según lo dice expresamente el Art. 1.316 del C.C. a saber "las deudas y créditos del heredero beneficiario no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión.

C A P I T U L O III

106

CESION DE DERECHOS LITIGIOSOS

En la mayoría de las legislaciones modernas se permite la cesión de derechos litigiosos, restringiendo sus efectos, en razón a las posibilidades de fraude y especulación que se obtendría si la Ley no tomara medidas al respecto, como tendremos oportunidad de observar en un momento.

El Art 1.969 es claro al determinar el objeto de la cesión de derechos litigiosos cuando dice; "se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente".

Se cede el derecho controvertido sobre la cosa y no la cosa materia del litigio, pues si se enajena una cosa materia del litigio según el Art 1.521 hay objeto ilícito, dice así el Art: "hay objeto ilícito en la enajenación".

De las especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce del litigio.

Hay grande y sustancial diferencia entre la enajenación de una especie cuya propiedad se litiga y la cesión de un derecho que se discute en juicio no obstante recaer en una cosa determinada. Comparando las disposiciones citadas vemos que cuando se enajena una especie cuya propiedad se litiga no hay cesión de un derecho litigioso, y dicha enajenación será relativamente nula si se ha hecho sin el requisito de la

107

autorización judicial. Se observa también que no hay contradicción en esas disposiciones pues mientras una se refiere a la cesión de los derechos, la otra se refiere a la enajenación de cosas litigiosas, es decir, se refiere a dos cosas diferentes. Ha dicho al respecto la corte, "el contrato de cesión de derechos litigiosos es esencialmente distinto del de venta de cosas litigiosas. El objeto del primero es el evento incierto de la litis" (Art 1.969 del C. C.), o sea, el derecho sometido a la controversia judicial; del segundo es la cosa corporal misma cuya propiedad se litiga (ord. 4º Art. 1.521 ibidem).

El primero es lícito y eficaz, y el segundo ilícito y absolutamente nulo, salvo en caso que la enajenación haya sido precedida de permiso del juez que conoce del litigio. El primero es aleatorio, porque el cedente no se hace responsable del evento incierto de la litis, y el segundo es conmutativo y el vendedor responde de la evicción, salvo el caso de estipulación en contrario". Estamos de acuerdo con esta sentencia de la Corte en cuanto a la diferenciación que hace entre la cesión de derechos litigiosos y la venta de cosas litigiosas pero no en lo que se refiere a la denominación de contrato que le da a la cesión, porque como hemos visto no se trata de un contrato sino de la tradición de estos derechos.

Hay cesión de derechos litigiosos cuando una parte transfiere a otra el evento incierto de un litigio, siendo por

tanto, este acto esencialmente aleatorio porque no se sabe el resultado del juicio que va a determinar los derechos de las partes.

Ahora bien, se considera que existe un derecho litigioso - "desde que se notifica judicialmente la demanda" (Art. 1.969. inc 2^o), no se requiere que la controversia este planteada, siendo así la Ley más amplia en el caso de la cesión para fijar la noción de litigioso, pues no se requiere que se conteste la demanda, sino únicamente que se notifique.

Hay autores que difieren al determinar cuando un derecho es litigioso, al respecto dice PHOTIER que cuando "puede ser disputado, en todo o en parte.... tanto si el pleito ya ha sido empezado, como si ésta por empezar". Pero éste no es el sistema empleado por los legisladores actuales - seguramente por la dificultad que se presenta para determinar cuando un crédito o un derecho puede entrar a ser disputado en juicio y cuando no. El criterio que ha prevalecido es el que exige la existencia de esa controversia cuando la cesión se verifica. Para la mayoría desde la contestación de la demanda. Pero aquí todavía hay divergencia. Para la francesa (Art 1.700 C.C. Francés) y la italiana (Art. 1.547 del C.C. Italiano) exigen la condición indispensable para el carácter de litigioso del derecho - que la contestación de la demanda verse sobre el fondo del derecho respectivo. Otros por el contrario solo exigen la-

simple contestación.

En nuestro Código al igual que en el Chileno (Art. 1.911), - como antes se dijo, exige solo la notificación de la demanda para entenderse un derecho litigioso y solo para el caso de la cesión.

Requisitos:

1). Que exista un litigio, es decir, que se halle un juicio sobre la existencia o no existencia de un derecho determinado entre dos o más personas.

No hay cesión de derechos litigiosos en la enajenación forzosa, porque en este caso ningún derecho se discute, sino - que se hace cumplir una obligación por medios judiciales.

2). Que la demanda se haya notificado al demandado, es decir que se haya iniciado el juicio.

3). La Ley no exige formalidad alguna en este caso de cesión pero la Jurisprudencia ha exigido al cesionario se haga presente en el juicio, con el fin de que esa cesión produzca efectos respecto de terceros. En tal sentido dice la Corte en fallo del 19 de 1.954: "Aún cuando no existe norma positiva que reglamente los requisitos de la cesión de derechos litigiosos, para que se produzcan los efectos debidos respecto del tercero y del deudor cedido, nuestra Jurisprudencia ha exigido al cesionario que se presente al juicio respectivo - a pedir que se le tenga como parte en su carácter de causahabiente del derecho litigioso, o que por lo menos exhiba el título de cesión y pida al Juez notifique a la contraparte -

MD

la adquisición de ese derecho". (Casación Civil, nov 3 de 1.- 954, GJ).

4). Que existe un título translativo de dominio, al cual se refiere el Art. 1.970 cuando dice: "Es indiferente que la cesión halla sido a título de venta o permutación".

Efectos:

En la cesión de derechos litigiosos, el cesionario toma el lugar del cedente, adquiriendo así todos los derechos que este tenía y puede intentar todas las acciones correspondientes. El cedente no responde de la existencia del derecho, pues lo único que cede es el "evento incierto de la litis", por tanto el cesionario corre con la contingencia del juicio.

Existe una limitación en la cesión de esta clase de derechos en favor del deudor, con el fin de evitar especulaciones y fraudes, se trata de la figura Jurídica Retracto Litigioso.

DERECHO DE RETRACTO

Es la facultad que tiene el deudor que pierde el pleito de pagar al cesionario lo que éste pagó por el derecho cedido, salvo los casos exceptuados por la Ley.

El legislador consagró la figura jurídica del Retracto Litigioso en protección de las partes, ya que la transferencia de los derechos litigiosos en determinadas ocasiones da lugar a perjuicios de las partes o se presta a abusos de personas dedicadas a adquirir esta clase de derechos.

El deudor que pierde el pleito no está obligado a pagar más-

MM

dinero que el que pagó el cesionario al cedente, es decir - el valor real. Si el cedente y el cesionario alteran ese - valor colocando uno mayor, el deudor podrá probar dentro del juicio por los medios comunes, cual es le verdadero valor - para no satisfacer al nominal.

También está obligado el deudor a pagar los intereses (legales o convencionales, según lo pactado), de esa suma que el cesionario pagó desde el día de la cesión. Así lo dispone - el Art 1.971 cuando dice: "El deudor no está obligado a pagar al cesionario sino el valor de lo que éste haya dado - por el derecho cedido, con los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor". No comprende costas del juicio ni derechos fiscales.

Si la cesión no se originó en la venta sino en virtud de otro título oneroso, como la permutación y no pudiendo el deudor darle lo mismo que le dio el cesionario al cedente, - basta que le de el precio de ollo, fijado por peritos si no llegan a un acuerdo.

Condiciones para que opere el retracto.

1). Que exista cesión de derechos litigiosos.

2). Que dicha cesión sea a título oneroso, o que no se trate de los casos exceptuados por la Ley.

3). El pago de la misma cantidad de dinero recibida por el cedente, más los intereses de ésta cantidad desde la notificación de la cesión hasta el momento de efectuarse el pa-

M2

go.

4). Que se ejecute el derecho de Retracto dentro del plazo de 9 dias contados a partir del momento en que la sentencia quede en firme, puede ejercerlo tambien durante el juicio desde el momento en que se notifica la cesión. Como antes se dijo el cesionario debe presentarse al pleito y notificar la cesión de dicho derecho y el juez debe reconocerlo. Ese acto de declarar al cesionario como tal, es la publicidad de la cesión dentro del juicio, ésta publicidad es esencial para que el cesionario sea oido en juicio y para que el deudor conozca la cesión y pueda ejercer el derecho de Retracto desde ese momento.

Ha dicho la Corte: "El Retaracto Litigioso puede ejercitarse desde la notificación de la cesión al deudor, hasta nueve dias despues de notificado el auto que ordena ejecutar o cumplir la Senatencia". "En nuestro Código Civil el Retracto puede oponerese aun despues de pronunciado el fallo positivo, ya cuando los derechos de las partes vinculadas a la litis han sido defehidos por la Justicia".

Pronunciada en un juicio ordinario la Snntencia definitiva que decide la s pretensiones de los litigantes, al ejecutar se o cumplirese olla, bien en juicio separado dentro del mismo juicio, como se preeve en el Art 550 del C/ Judicial puede oponerese por interesado el beneficio conoedido por el Art 1.971 del C. C.

"Prar ejecutar el Retarcto Litigioso es necesario que el -

retrayente verifique el pago efectivo al cesionario retraído, reembolsándole el valor de la cesión y los intereses legales desde el día que se haya notificado. Este pago puede hacerse con consentimiento previo del cesionario retraído, caso en el cual bastará que ambas partes manifiesten al juez la realización del retracto o que el retrayente presente el comprobante respectivo, para que el juicio se declare por terminado. Puede hacerse también el pago sin previo aviso al cesionario retraído, el retrayente deberá manifestar ante el juez su voluntad de oponer al cesionario el beneficio. Esta solicitud deberá tramitarse como un incidente dentro del juicio mediante el procedimiento de articulación.

El retrayente puede acreditar dentro del incidente que la suma que aparece como valor de la cesión es en el título exhibido por el cesionario no es la que realmente dió por ella el cedente. Tanto en Francia como en Colombia está establecido por el monto principal de la expropiación es el valor real de la cesión. Con esto se quiere evitar que por un acto simulado entre el cedente y el cesionario se haga más gravoso el ejercicio del retracto para su beneficio". (casación civil, Nov 3 de 1.954 gaceta judicial tLXXIX, Pag. 15).

Excepciones:

M/4

Hay sin embargo algunos casos consagrados por el Legislador en los cuales no se puede ejecutar el derecho de retracto.

Así lo dispone el Art. 1.971 en su segunda parte:

“ Se exceptúan de las disposiciones de este Art. la cesiones enteramente gratuitas; las que se hagan por ministerio de la justicia, y las que van comprendida en la enajenación de una casa de que el derecho litigioso forma una parte o accesión.”

Exceptuase así mismo las cesiones hechas:

- 1). A un coheredero o copropietario por un coheredero o copropietario, de un derecho que es común a los dos.
- 2). A un acreedor en pago de lo que le debe el cedente.
- 3). Al gozar de un inmueble como poseedor de buena fé, usufructuario o arrendatario, cuando el derecho cedido es necesario para el goce tranquilo y seguro del inmueble.

Estas excepciones están consagradas por la ley en razón del carácter accidental de estas cesiones y por el cual excluyen la idea de especulación. Analicemos algunas de estas razones:

- a). Si la cesión es enteramente gratuita, excluye toda especulación posible.
- b). Cuando la cesión ha sido terminada por remate. Como anota FERNANDO VELEZ, “al rematador, en quien no es de suponer espíritu de especulación, no puede retraerle el derecho al deudor dándole la suma que lo haya rematado”. (Ob. Citada, Pag. 356).
- c). Cuando se paga una deuda con la cesión de un derecho litigioso, puesto que la cesión tiene como causa la necesidad y no

la idea de especular.

d). Cuando la cesión se hace entre coheredero o entre conyugero, en razón de que la ley considera mejor ponerle fin a la comunidad.

e). Cuando se enajena una cosa y su accesorio está en litigio, ya que no se puede privar de este accesorio para el pleno disfrute y goce de la cosa poseída.

Efectos:

Por el retracto litigioso el deudor adquiere un crédito en su contra, convirtiéndose en acreedor y deudor al mismo tiempo, operándose así un modo de extinguir obligaciones denominado confusión (Art.1.724 del C.C.).

En relación con el deudor y el cesionario; por el retracto se considera que el derecho no ha existido en manos del cesionario, por tanto todo acto realizado por los terceros de este, no son válidos, v. gr. si se trata de un crédito en litigio y ha sido embargado por acreedores del cesionario, al producirse el retracto ese embargo se invalida.

En relación con el cedente y el cesionario; el cesionario debe cumplir con sus obligaciones en favor del cedente, quedándole solo la acción de reembolso contra del deudor retractado.

B I B L I O G R A F I A.

116

- Alessandri Rodriguez, Arturo
y Manuel Somarriva Undurraga.
"CURSO DE DERECHO CIVIL". T. IV
Santiago de Chile 1.961
- Boncaze Julien.
"ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL".
Tomo II. Mexico 1.945.
- Carrizosa Pardo Hernando
"LAS SUCESIONES". Bogota 1.959
- Emeccerus Ludwig.
"TRATADO DE DERECHO CIVIL" T.
Barcelona 1.955.
- Giorgi Giorgio.
"TEORIA DE LAS OBLIGACIONES EN
EL DERECHO MODERNO" T. VI.
- Gomez José J.
"DERECHO CIVIL II BIENES" (ON-
ferencias). U. Externado de
Colombia Bogotá 1.962.
- Hinestrosa Fernando.
"Derecho Civil (OBLIGACIONES)
U. externado de Colombia 1964.
- Jesserand Louis.
"DERECHO CIVIL" T. II Buenos
Aires 1.955.
- Loewenwarter Viktor.
"DERECHO CIVIL ALEMAN COMPARADO
L.947.
- Ortega Torres Jorge.
"CODIGO VIVIL COLOMBIANO" B.1.974
- Planiol Marcelo y Jorge
"TRATADO PRACTICO DE DERECHO -
FRANCES" Tomo III y VII La →
Habana 1.954.

117

Salamanca Hernan.

"DERECHO CIVIL COLOMBIANO
CONTRATOS" Bogotá 1.963.

Somarriva manuel.

"DERECHO SUCESORIO" Santi-
go de Chile 1.961.

Velez Fernando.

"ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO
CIVIL COLOMBIANO T. VII.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA:

Se ntencia de casación de la Corte Suprema De Justicia:

Gaceta Judicial: No. 1.971, 5 de Mayo de 1.941.

Gaceta Judicial: No. 2149, tomo LXXIX, 30 de Noviembre. 1.954

Gaceta Judicial: No. 2064, 2065, Tomo LXIV 20 de Agosto 1.948.