



Consejo Superior
de la Judicatura

Sala Administrativa

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

Algunos Aspectos de los Títulos Valores

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL
ESPECIALIZADA EN EL ÁREA CIVIL,
AGRARIO Y COMERCIAL

Algunos Aspectos de los Títulos Valores

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Vicepresidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

GERMAN VALENZUELA VALBUENA

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL

ESPECIALIZADA EN EL ÁREA CIVIL,

AGRARIO Y COMERCIAL

Algunos Aspectos de los Títulos Valores

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

ISBN

GERMAN VALENZUELA VALBUENA, 2011
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2011

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9ª -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

ISBN: 978-958-8403-46-5

Primera edición: xxxxx de 2011

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Composición: Autorun Diseño y Comunicación

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
1. ALGUNOS ASPECTOS SOBRE TITULOS VALORES	21
1.1. PRINCIPIOS O PRINCIPALES CARACTERISTICAS DE LOS TITULOS-VALORES	23
1.2. OTROS PRINCIPIOS O CARACTERISTICAS DE LOS TÍTULOS-VALORES.	25
1.3. SUJETOS	27
1.4. DOCUMENTO, FIRMA.	30
1.5. ESPACIOS EN BLANCO, FIRMA EN BLANCO	39
1.6. SOLIDARIDAD CAMBIARIA	45
1.7. ENRIQUECIMIENTO CAMBIARIO	68
1.8. RESPONSABILIDAD BANCARIA POR PAGO DE CHEQUES ADULTERADOS O DE CHEQUERA EXTRAVIADA	78
2. ANEXO	91

PRESENTACIÓN

El Módulo sobre Algunos Aspectos de los Títulos Valores forma parte del Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas y la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo, bajo la coordinación del Magistrado Néstor Raúl Correa Henao, con la autoría del doctor **GERMAN VALENZUELA VALBUENA**, quien con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propusieron responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El Módulo sobre Algunos Aspectos de los Títulos Valores que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con servidoras y servidores judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos. De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por el autor **GERMAN VALENZUELA VALBUENA** fue validado con los Funcionarios y Empleados de los Comités Académicos quien con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial

“Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.

- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia.

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. ***Investigación Aplicada:*** Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.
2. ***Plan de Formación:*** Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.
3. ***Proyección Social de la Formación:*** Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuario/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje “learning societies”, organizaciones que aprenden “learning organizations”, y redes de aprendizaje “learning networks”*¹.

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde

cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo de la Escuela, en donde los autores/as contaron con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados y Jueces, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa I. *Preparatoria.* Reunión Preparatoria. Con esta etapa se inicia el programa de formación; en ella la red de formadores/as con la coordi-

nación de la Escuela Judicial, presenta los objetivos, la metodología y la estructura del curso; se precisan los módulos transversales y básicos que le sirven de apoyo, y se reitera el uso del Aula y Campus Virtuales. Así mismo, se lleva a cabo el *Análisis Individual* tanto de los módulos como del caso integrado e integrador cuyas conclusiones se comparten mediante su publicación en el Blog del Curso.

Etapa II. Integración a la Comunidad Judicial. Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos formativos. Esta etapa está conformada por cuatro fases claramente identificables:

La *Reunión Inicial del Módulo* en la cual se presentan los objetivos del módulo, la agenda, las guías didácticas y los materiales para su estudio y se fijan los compromisos pedagógicos por parte de los y las discentes con el curso de formación que inician.

El *Análisis Individual* que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, estudio y análisis del módulo, el desarrollo de los casos y ejercicios propuestos en el mismo, con apoyo en la consulta de jurisprudencia, la doctrina y el bloque de constitucionalidad, si es del caso.

El *Foro Virtual* constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es buscar espacios de intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial.

El *Conversatorio del Curso* que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión y dirección alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias y juego de roles, entre otras estrategias pedagógicas.

Etapa III. *Aplicación a la Práctica Judicial:* La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los servidores que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, se traduce en un mejoramiento permanente de la misma y por ende, una respuesta con calidad y más humana para los usuarios y usuarias. Esta etapa se desarrolla mediante tres fases:

La *Aplicación in situ* busca “aprender haciendo” de manera que la propuesta académica se convierta en una herramienta útil en el quehacer judicial permitiendo identificar las mejores prácticas en los casos que se sometan al conocimiento de la respectiva jurisdicción o especialidad.

El *Seguimiento* a través de conversatorios presenciales o por videoconferencia que posibiliten a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a reforzar los contenidos de los módulos desarrollados y fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial mediante su participación en el Blog de Mejores Prácticas.

Las *Monitorias* en donde los formadores y formadoras se desplazan a los distintos distritos, con el fin de observar el funcionamiento de los despachos en cuanto a la aplicación de los contenidos de los módulos o reformas e intercambiar puntos de vista sobre dicha gestión; este ejercicio se complementa con los “conversatorios distritales” en los que participan todos los magistrados, magistradas, juezas y jueces de la sede, al igual que, otros intervinientes y usuarios involucrados en la problemática que se aborda. Todo lo anterior, con el fin de plantear nuevas estrategias de mejoramiento de la práctica, mediante la cualificación del programa formativo

Etapa IV. *Evaluación del Curso:* Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo, con el fin de establecer el avance en la obtención de los logros alcanzados frente a los objetivos del programa, así como la aplicación de indicadores y su respectivo análisis y mediante la profundización sobre casos paradigmáticos de la especialidad o jurisdicción en el *Observatorio Académico* de la EJRLB cuyos resultados servirán de insumo para EJRLB futuros programas de formación.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces la República, Empleados y expertos juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial para prestar un buen servicio a las y los ciudadanos.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que está inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como: La Ética Judicial, Igualdad de Género en la Administración de Justicia, Argumentación Judicial en Debates Orales y Escritos, Filosofía del Derecho, Estructura de la Sentencia, Prueba Judicial, Interpretación Constitucional, Interpretación Judicial, Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Judicial Especializada **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial** que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9A -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico **escuelajudicial@ejrlb.net** los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial**.

Unidad 1

ALGUNOS ASPECTOS SOBRE TITULOS VALORES

En el marco del Curso de Formación, paso subsiguiente al examen de conocimientos dentro del proceso de Carrera Judicial que se adelanta para conformar el registro de elegibles de jueces y magistrados, una vez abordados los aspectos generales debe acometerse el estudio y evaluación de algunos temas transversales en las distintas áreas en que aquéllos se van a desempeñar, que corresponden a situaciones de común ocurrencia, los cuales sin embargo podrían ofrecer alguna dificultad por el distinto tratamiento que se les da.

En el área del derecho comercial, uno de los bienes mercantiles de mayor importancia por su arraigo en todos los ámbitos de la sociedad, y de cuyo empleo se deriva una buena parte de las controversias de que conocen los jueces civiles, son los títulos valores.

Tales instrumentos de cambio son de dominio generalizado, aunque a su vez algunos tienen mayor empleo en determinadas actividades, como sucede, por ej., en la actividad financiera con el pagaré; o con la factura cambiaria entre quienes se dedican a la compraventa de bienes o a la prestación de servicios, esto último de acuerdo con la reciente reforma introducida mediante la Ley 1231 de 2008. Empero, algunos de esos títulos han perdido la trascendencia social que tenían en épocas pasadas, como ocurre con el cheque, y otros no tienen un definido carácter de títulos valores, como los certificados de depósito a término, pese a ser

emitidos en desarrollo de un contrato bancario, y de negociarse, y reponeerse o cancelarse, como se hace con los títulos valores.

En suma, a estas alturas del proceso de Carrera Judicial orientado a la definir la elegibilidad de los concursantes, es obvio asumir que todos tenemos aprehendidos los conceptos básicos de los títulos valores, que bastará con un breve repaso de sus características y generalidades; que somos concientes de su carácter estrictamente formal y de su vocación universal que permite la recepción de doctrina y jurisprudencia internacional, y que todo eso constituye el presupuesto para análisis específicos sobre algunos aspectos concretos o problemas cotidianos que se suscitan en el tráfico de tales instrumentos.

En esa perspectiva, creemos útil sintetizar a manera de glosario los principios de los títulos valores y los sujetos que intervienen en las relaciones cambiarias, analizar dos temas propios de su creación, como la firma y el documento en que se vierten, y los espacios en blanco o el papel firmado en blanco para ser convertido en título valor; reseñar lo inherente a la solidaridad cambiaria; y compendiar el estado de la jurisprudencia acerca de enriquecimiento cambiario y responsabilidad bancaria por pago de cheques adulterados.

Esta labor, principalmente de compilación, realizada con la finalidad exclusiva de que sirva de base para los estudios de los discentes en el Curso de Formación, e inclusive como material de apoyo para la toma de decisiones en el ejercicio de sus funciones, se llevó a cabo con fundamento en los apuntes de los magistrados de la Sala Civil del Tribunal de Bogotá, José Alfonso Isaza Dávila y Marco Antonio Álvarez Gómez, formadores de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y profesores universitarios; las obras de Bernardo Trujillo Calle, Gilberto Peña Castrillón y Alfonso Arango Henao, la investigación sobre títulos en blanco de la Cámara de Comercio de Bogotá y la Universidad del Rosario, y la Jurisprudencia Concordada y Comentada sobre Títulos valores de los doctores Cesar Julio Valencia Copete y Luis Ramón Garcés Díaz.

1. PRINCIPIOS O PRINCIPALES CARACTERISTICAS DE LOS TITULOS-VALORES

El Código de Comercio, en su libro tercero, incluye a los títulos valores entre los bienes mercantiles, junto con los establecimientos de comercio y la propiedad industrial. Su inclusión en el concepto de bienes, aunque también puedan considerarse como una modalidad de las obligaciones, obedece a la materialización de los derechos que se incorporan en el respectivo documento, que permite su negociación o circulación entre personas que no participaron en el negocio que les da origen, y que pese a ello ostentan el derecho de reclamar de forma autónoma el pago o la satisfacción de ese derecho, con la presentación del título. A los títulos valores, pues, se les conoce más por sus características que por una definición, que es a lo que recurre el artículo 619 del estatuto mercantil, que para describirlos dice que “son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora”.

Incorporación

Se menciona en primer lugar este principio, ya que es el que da forma al concepto de título-valor como bien mueble. Consiste en que éstos documentos tienen origen en determinado negocio de las partes, del cual surge un derecho que se representa en el documento, como el pago de una suma de dinero, pero ese derecho, que es cosa inmaterial o incorporal como todos los derechos (arts. 653 y 664 C.Civil), se “incorpora” en el documento, toma cuerpo, se materializa, de tal manera que documento y derecho pasan a ser una unidad sustancial, de tal suerte que viven atados en forma inescindible; no hay derecho sin documento, como sí puede ocurrir en otras obligaciones. Se insiste, los derechos son cosas incorporales, según el Código Civil, pero tratándose de títulos-valores, el derecho adquiere modalidad corporal en virtud del principio de la incorporación. Si se permite el ejemplo por mera comparación, es como la unión entre en el cuerpo y el alma.

Literalidad

Se refiere a que las obligaciones y derecho de las partes cambiarias quedan fijadas definitivamente por el tenor literal del título, según puede verse en varios artículos, como el 626, principalmente, que dice: “El suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia.”

Aquí puede parodiarse cierta expresión¹, para decir que “lo que no está en el título no está en el mundo”, es decir, no existe, no obliga o no otorga derechos. De acuerdo con esta característica, entonces, en materia cambiaria la regla general es que nada puede ser tácito o implícito, todo debe ser expresado mediante palabras.

Con todo, podrían advertirse dos situaciones que en cierto modo serían excepciones a ese principio: *i.* que el aval no necesariamente tiene que expresar que ha constituido dicha garantía, pues si al firmar el título no se indica la razón de ello, la ley le da tal significación (inc. 2º, art. 634 CCo.); *ii.* que conforme al inc. 3º del art. 2º de la Ley 1231 de 2008, si el comprador o el beneficiario del servicio no firma la factura cambiaria, se considerara irrevocablemente aceptada si no reclama en contra de su contenido dentro de los 10 días siguientes a su recepción, de lo cual se dejará constancia en el evento de ser endosada. Es decir, en el primer caso, hay una firma sin un directo “tenor literal”, y en la segunda, hay una obligación sin firma.

Autonomía

Este cardinal principio enseña, conforme al artículo 627 CCo., que todo suscriptor de un título valor se obligará autónomamente, es decir, con independencia de los otros, de manera que “las circunstancias que inváliden la obligación de alguno o algunos de los signatarios, no afectarán las obligaciones de los demás.”

1 *Quod non est in actis non est hoc mundis: lo que no consta en actas, o en el proceso, no está en este mundo.*

Esto garantiza la circulación libre o impoluta de los instrumentos, sin las ataduras propias de la cesión ordinaria, ya que cada nuevo adquirente obtiene un derecho limpio o impoluto de los vicios o problemas que hubiesen podido generarse en los otros o los anteriores suscriptores.

En suma, la posibilidad de circulación de los títulos valores y la autonomía de los derechos de los distintos tenedores, es lo que con mayor vigor caracteriza y justifica la existencia de estos bienes mercantiles.

Legitimación

La legitimación significa que todas las operaciones permitidas respecto de los títulos-valores, requieren de la presencia física del título, y si se trata de negociación o transferencia debe hacerse conforme a la respectiva ley de circulación. Igualmente, quien desee ejercer los derechos derivados del título-valor, tiene la carga o la necesidad de exhibirlo físicamente y acreditar con el título mismo que lo posee conforme a su ley de circulación (art. 647 CCo.). Entonces, el tenedor del título puede reclamar el derecho, y el deudor sólo pagará a quien se lo exhiba. Y para prevenir los efectos de una tenencia ilegítima, debido, p. ej. a hurto, extravío, etc., quien haya sufrido alguna de esas circunstancias podrá solicitar la reivindicación, cancelación o reposición del respectivo título (arts. 802 y ss. CCo.).

2. OTROS PRINCIPIOS O CARACTERISTICAS DE LOS TÍTULOS-VALORES.

Formalismos especiales

Debe resaltarse el innegable carácter formalista de los títulos-valores. Empezando por la necesidad de un documento para que exista el derecho o prestación cambiaria, pues son “documentos necesarios”, que además deben reunir ciertos y determinados requisitos, tanto para su creación como para su circulación o negociación. Incluso algunos se refieren a la tipicidad y el rigor cambiario.

Este principio está claramente consagrado en el artículo 620 CCo. debiéndose advertir que la falta de menciones y requisitos de los títulos valores no afecta el negocio que les dio origen, lo cual significa que el asunto pierde la naturaleza cambiaria y se queda en el plano exclusivo del negocio celebrado. Hasta ahí no habría problema, si la eventual controversia se suscita entre las partes de ese negocio -aunque también en ese escenario podría alegarse la inexistencia, ineficacia o nulidad del título por falta de requisitos-. Pero, además, si pese a la falta de alguno de los requisitos para la existencia de un determinado título valor, ese documento circuló como si lo fuera, p. ej., mediante endoso, se plantea a los discentes si no sería necesario entrar a considerar la “teoría de la conversión”, que está inspirada en razones de equidad, y en cuáles eventos ello sería procedente. A manera de ejemplo se cita el caso de la letra de cambio a la que le falta alguna de sus formalidades legales: *V.gr.* le falta la firma del creador pero aparece firmada por el aceptante; ¿podría ser tenida como un pagaré?

Circulación

Como los títulos-valores fueron concebidos para la movilización funcional de la riqueza, tienen una clara vocación para circular a través del medio respectivo, como la sola entrega si son al portador, el endoso si son a la orden, y endoso e inscripción si son nominativos. La transferencia conforme a su ley de circulación es determinante de la legitimación con la cual actúen los distintos tenedores. Este mecanismo particular de circulación contrasta con los medios de transferencia de derechos en el derecho común, como la cesión de créditos. Lo dispuesto por el inc. 2º del art. 660 del CCo. según el cual “el endoso posterior al vencimiento del título, producirá los efectos de una cesión ordinaria” ha sido un frecuente tema de debate, pues se ha hecho eco al reclamo de falta de legitimación del ejecutante que lo ha recibido en tales circunstancias, “sin notificarse la cesión del crédito”, muy a pesar de que el art. 1966 del C. Civil advierte que las disposiciones sobre cesión de derechos no se aplican a los títulos valores. Valga reseñar que el Tribunal de Bogotá concedió una acción de tutela respecto de un juez que acogió esa tesis. En la parte pertinente a la materia que nos ocupa, consideró:

“(...) En el presente caso, el accionante se duele de que el juez accionado declaró de oficio su falta de legitimación para ejecutar, al echar de menos la notificación a los deudores de lo que consideró era una “cesión del crédito”, debido a que la letra de cambio base del aludido proceso le fue endosada después del vencimiento, apoyándose para ello en que conforme al inciso 2° del art. 660 del C. de Co. tal endoso posterior “producirá los efectos de una cesión ordinaria”.

Para el Tribunal el error grave consiste en que el Juez desconoció que -en línea de principio general, la circulación del título-valor, letra de cambio, se hace mediante endoso, antes o después de su vencimiento, circunstancia sobre la cual no existe discusión ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, por lo que el juez no podía pasar por alto que la letra de cambio le fue endosada al ejecutante.

De donde, si ello es así, no se puede exigir la formalidad de la notificación de la cesión a los deudores, pues no se trata de un simple documento de crédito. Los “efectos de una cesión ordinaria” se producen por el solo hecho del “endoso posterior”, y en ello nada tiene que ver una formalidad ajena a los instrumentos cambiarios.

Aunque lo anterior es suficiente para poner de manifiesto la vía de hecho en que incurrió el juez accionado por error grave de hermenéutica, no está demás puntualizar que sobre este tema, tanto la jurisprudencia como la doctrina tienen definido -de modo pacífico-, que los efectos de cesión ordinaria que conlleva el endoso posterior el vencimiento (inc. 2°, art. 660 CCo.), simplemente implican que el acreedor queda sujeto “a todas las excepciones que se hubieran podido oponer al enajenante” (art. 652 ibídem), integración normativa en la que resulta en un todo extraña la formalidad que le sirve de sustento a la determinación cuestionada. (Fallo, 24 octubre 2006. Radicado: 1100 1310 3009 2006 00448 01).

3. SUJETOS

Es necesario distinguir debidamente a cada uno de los sujetos que interviene en las relaciones cambiarias, pues de ello puede depender una

adecuada solución de las controversias que se susciten entre quienes hayan utilizado títulos valores.

Girador: es el creador del título y quien expide la orden de pago. P.ej., en el caso del pagaré, es el otorgante de la promesa de pago. El giro o creación del título por regla general se hace por medio de la firma (art. 621-2 CCo.). En el caso de la factura cambiaria, deben ir las firmas del vendedor o prestador del servicio y del comprador o quien recibe el servicio, aunque “la factura se considerará irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido (...) dentro de los diez (10) días calendarios siguientes ...” (art. 773, C.Co., modificado por art. 2º, Ley 1231/08).

Girado: es a quien se dirige la orden de pago. En cuanto hace a la letra de cambio, “puede girarse a la orden o a cargo del mismo girador” (art. 676 CCo.). En el caso del banco librado, éste no se vuelve aceptante, porque paga al beneficiario o al tenedor con los fondos del librador o girador, a menos que el banco le conceda al cuentacorrentista el llamado ‘sobregiro’, situación que es excepcional, y que resolvería la relación cambiaria original. El problema que pueda sobrevenir entre el banco y su cliente por ese pago con sobregiro, ya no tiene relación con el título valor.

Aceptante: es el obligado principal, el deudor directo. La aceptación conlleva el compromiso de pago y se hace constar en el respectivo documento cambiario. En la letra de cambio el girador puede expedir la orden de pago a su cargo, caso en el cual “quedará obligado como aceptante” (art. 676 CCo.). A esta calidad se equipara el suscriptor del pagaré (art. 710 CCo.).

Endosante: es quien transfiere el derecho cambiario, para lo cual debe ser tenedor legítimo. El ‘endoso al cobro’ o ‘en procuración’ no transfiere la propiedad del título (art. 658 CCo.), y el ‘endoso en garantía’, confiere al endosatario los derechos de un acreedor prendario y las facultades del endoso en procuración (art. 659 ib). Mediante el endoso se pone en circulación los títulos valores, trasladando a otros sujetos el derecho que incorporan, de modo autónomo respecto de otros endosantes y de los suscriptores originales.

Avalista: es un garante, que se obliga en todo o en parte por el pago del título. Si no se indica la cantidad, garantiza el importe total del título. El aval suscribe directamente el título valor o extiende documento separado, que forma parte integrante del título, cuya negociación implica la transferencia de esa garantía. Si la firma en un título valor no tiene explicación, se entiende que es de un aval, y si no indica a quién se avala, quedarán garantizadas las obligaciones de todas las partes en el título.

Beneficiario: es el acreedor, titular del derecho cambiario, pero por regla general no firma el título valor y por ende no es obligado cambiario.

Partes cambiarias: Acreedor: es todo tenedor legítimo, es decir, quien posee el título conforme a su ley de circulación (art.647 CCo.). / Deudor: todo suscriptor, original y posterior según la ley de circulación, a menos que haya firmado con salvedades compatibles con su esencia (art.626) como p.ej, el endoso sin responsabilidad (art.657).

Obligado: siempre es deudor directo, es el principal obligado al pago ya que todos los demás intervinientes resultan secundarios, es decir, que sólo entran a pagar en su lugar, ante su imposibilidad de pago o por incumplimiento, sin perjuicio de la solidaridad que caracteriza el derecho cartular. Es importante definir este sujeto, porque respecto de él las acciones cambiarias son directas y por ende prescriben, no caducan.

Responsable: Se debe distinguir del obligado principal, pues este siempre responde en su lugar; lo que hace un responsable cambiario es asumir el pago que correspondía a otro, como sucede con los endosatarios anteriores, o con el girador de la letra de cambio que “será responsable de la aceptación y del pago de la letra” (art. 678 CCo.). Las acciones que se dirijan contra un responsable cambiario siempre son en vía de regreso.

Posiciones cambiarias: La obligación de cada suscriptor es distinta de acuerdo con el lugar o posición que ocupe dentro del título valor; no es lo mismo otorgante, girador, aceptante, avalista (art. 632 CCo.). Es decir, no todo suscriptor de un título valor se obliga en términos similares; el compromiso obligacional de cada cual depende de la respectiva posición.

Grados cambiarios: Este concepto se reduce a la pluralidad de personas en una misma posición. Varios otorgantes, o giradores, o aceptantes, o avalistas. Entre los firmantes en un mismo grado se presenta la solidaridad en sentido estricto (art. 632 CCo.), sin perjuicio de la solidaridad *su generis* que se predica de todos los firmantes del título valor (art. 785 *ib.*).

4. DOCUMENTO, FIRMA.

Sobre la creación de los títulos valores, varios aspectos se conjugan y merecen una especial reflexión, puesto que de su concurrencia depende la existencia del derecho literal incorporado en el documento, mediante la firma que les da vida.

El documento requerido para la creación de un título valor es aquél que es susceptible de contener un texto y la firma autógrafa que lo crea, exigencias que reducen las amplias posibilidades que ofrece el concepto documentario desde el punto de vista probatorio.

Original u originalidad

Acerca de ese documento también se ha suscitado la discusión sobre si debe ser "original" o puede surgir de reproducciones mecánicas, como facsímil, fotocopias, etc., lo que algunos rechazan por estimar que la incorporación del derecho únicamente es posible en un sólo ejemplar, que el título valor es un bien mueble único que no es dado duplicar, y que se trata de un documento constitutivo y dispositivo de un derecho, distinto de la relación fundamental, cuya exhibición es necesaria para ejercer el derecho cambiario².

La ineficacia cambiaria de fotocopias o de cualquier clase de reproducción de títulos valores resulta obvia cuando se toman o se efectúan del título considerado de modo integral, es decir, cuando a un documento plenamente conformado, emitido o creado -lo cual sucede una vez firmado-, se le sacan copias mecánicas, pues éstas no pueden contener derecho

2 v.gr. Trujillo Calle, Bernardo. "De los títulos-valores" T. I, 7^a. Ed. Temis, 1992, pág. 37.

alguno, el cual fue incorporado en el original de modo indisoluble con el título mismo. Tal ineficacia cambiaria es evidente al no ser posible la circulación de una copia, que obviamente no podría ser “endosada”.

Empero, si sólo el texto del título corresponde a una reproducción mecánica o química, pero la firma está en original, la situación es diferente. Lo primero, porque de conformidad con el art. 793 del C. de Co., la firma puesta en un título valor se presume auténtica. De ahí se ha concluido que es la originalidad de la firma la que determina la originalidad del título. Y en últimas, porque la buena fe también se presume, y entonces el deudor tendría la carga de demostrar que existen varios ejemplares originales de un mismo título y que se ha exigido la satisfacción de ese derecho único varias veces.

Sobre la originalidad del título, determinada por la firma puesta en original en lo que evidentemente es una copia carbón, química, fotocopia, etc., el Tribunal de Bogotá dijo que “...adquiere el valor de original, aquel que tiene la firma autógrafa del autor del documento, con abstracción de la forma como se haya confeccionado el texto.” (auto, 31 marzo 1997, M.P. Edgardo Villamil Portilla).

Una primera conclusión, entonces, conduciría a que no importa si para la creación del título se utiliza un formato, una fotocopia de un formato, una copia ya diligenciada, un facsímil, etc., lo importante para que el título valor se consolide como tal, para que el derecho cambiario se incorpore en ese instrumento, es que la firma del creador se plasme en original. Sin embargo, al respecto es necesaria la salvedad consagrada en el art. 621 del C. de Co., según la cual “la firma podrá sustituirse, bajo la responsabilidad del creador del título, por un signo o contraseña que puede ser mecánicamente impuesto”.

De todos modos, viene bien precisar que aquella dificultad por lo general ocurría en las ejecuciones basadas en facturas cambiarias de compra-venta, eventos en los cuales el acreedor casi siempre presentaba copias de las mismas, aunque firmadas en original, lo cual no era suficiente para muchos jueces que aducían que únicamente el “original” de la factura

incorporaba el derecho reclamado, y que si se admitieran la copias se podría ejecutar tantas veces cuantas copias se sacaran de ellas.

Esa postura dejaba de lado el carácter creador de la firma puesta en un título valor, no advertía que el “original” exigido quedaba en poder del comprador -para el caso, el deudor-, y negaba el acceso a la administración de justicia a partir de una inversión en la presunción de buena fe.

En la providencia del Tribunal de Bogotá arriba citada, se trajeron a colación varias razones para evidenciar el desacierto de la negativa de un mandamiento de pago solicitado con copias carbón de facturas cambiarias de compraventa, precedente que se citó en auto más reciente, que ya invoca como criterio orientador la novedad normativa consignada en el Ley 1231 de 2008. En efecto, frente a la negativa del mandamiento de pago porque la facturas eran “copias al carbón de las que no se puede predicar aptitud ejecutiva, por cuanto el derecho que se incorpora al título valor está fusionado en el papel en que se vertió el original y no en su copia”, consideró:

“Como criterio orientador se parte de advertir que el artículo 772 del C. de Co., y en general todas las disposiciones que hacen parte de la Sección “facturas cambiarias” de ese estatuto, fue modificado sustancialmente por el artículo 1° de la Ley 1.231 de 2.008, que en relación con la “factura”³ estableció que “el emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables”.

“Entonces, resulta lógico esperar que el documento al que se incorpora el derecho quede en poder del acreedor. Sin embargo, aún antes de la reforma introducida al C. de Co. por la Ley 1.231 de 2.008, y de su entrada en vigencia, el vendedor tenía la obligación -por disposición expresa del artículo 617 del Estatuto Tributario- de “entregar el original de la misma” (la factura) al adquirente de los bienes o servicios,

3 Ya no se habla específicamente de ‘factura cambiaria de compraventa’.

lo que equivaldría a despojarlo del título valor; de manera que no resultaba justo ni racional exigir que la demanda ejecutiva se presente necesariamente con el documento original como lo estima el a-quo.

“En un asunto similar dijo este Tribunal que “no solo se explica la existencia de dos ejemplares del original, ambos signados por el autor, sino que tiene amparo legal en el artículo 616-6 del estatuto tributario, pues es obligación del vendedor entregar al comprador el original de la factura y desde luego la prueba del crédito solo puede lograrla conservando otro original que tenga el mismo mérito probatorio. Entendimiento diferente llevaría en todos los casos a dejar al vendedor sin la prueba de la obligación pues la Ley tributaria le obliga a entregar al comprador el original de la factura (...) En suma, adquiere el valor de original, aquel que tiene la firma autógrafa del autor del documento, con abstracción de la forma como se haya confeccionado el texto.” (Tribunal Sup. de Bogotá, 31 marzo 1997. M.P. Edgardo Villamil Portilla).

“Y en pronunciamiento más reciente de esta corporación se expresó: “el mandamiento de pago tiene como sustento una factura cuyo texto está plasmado en una de las formas de copia, pero que la firma impuesta por el otorgante, suscriptor u obligado fue puesta en forma original (...) De conformidad con el artículo 772 del Código de Comercio la factura cambiaria de compraventa es un título valor, por lo que de acuerdo con el artículo 621 de la misma obra a más de contener los requisitos propios de su naturaleza y calidad debe contener la firma de quien lo crea y de ello se concluye, que la eficacia de las obligaciones de ese documento devienen de la firma que plasma quien se obliga o lo otorga (Art. 625) (...) si se firma un documento al gozar la firma de la presunción de autenticidad y la que se plasma en original la tiene, hace presumir cierto el contenido, luego en esas condiciones para nada tiene injerencia el hecho de que el documento o el texto contenido en él esté en original o en copia, si lo que hace presumir su validez es la firma que lo avala.” (Tribunal Sup. Bogotá, 25 julio 2.003, M.P. Álvaro F. García Restrepo).

“En suma, la originalidad del título la determina la originalidad de la firma, aunque el texto puede estar en copia (carbón, química, fotocopia), e incluso redactado con posterioridad sobre un papel en blanco⁴. Así lo tiene sentado la jurisprudencia aún más reciente de la Corte Suprema de Justicia⁵.

“Por consiguiente, la calidad de “copias” que se atribuye a las facturas aludidas para restarles carácter de título valor, no puede ser determinante de su conversión en un mero documento ejecutivo que no confiera a su acreedor los derechos cambiarios. En efecto, “toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en el título valor”; la signatura, pues, es lo que caracteriza a esos instrumentos. Puestas de este modo las cosas y visto que los documentos allegados además reúnen las exigencias de orden sustancial (Art. 774 C. de Co.), se impone revocar el auto recurrido para en su lugar librar la orden de pago solicitada (arts. 497 y 498 cpc)” (auto de 24 de octubre de 2008, rad. 11001310301720080032501, M.P. Germán Valenzuela Valbuena).

Rastreo jurisprudencial sobre originalidad del título valor

La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre este mismo tema en fallo de tutela de 2 de septiembre de 2004, en el cual hizo un examen de la jurisprudencia al respecto, y concluyó que no dar paso a la ejecución apoyada en una copia de una factura, firmada en original, vulneraba el derecho fundamental al debido proceso. El reclamo allí resuelto obedeció al rechazo de una demanda basada en una ‘copia al carbón’ “que para el efecto no prestaba mérito ejecutivo”, decisión que el respectivo juzgador había sustentado en que ese documento no era el ‘original’ necesario “para ejercer el derecho”, y que en tal sentido se había pronunciado la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 19 de julio de 2002. Es de anotar que el juez de tutela había considerado razonable la decisión cuestionada, precisamente por apoyarse en dicha jurisprudencia. Consideró la Corte en aquel fallo de 2 de septiembre de 2004:

⁴ art. 622 C. de Co.

⁵ Véase fallo de Tutela de 2 de septiembre de 2004, Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla, Ref.: Exp.11001220300020040051601.

“El rastreo de los precedentes indica cierto grado de dispersión que amerita un intento de sistematización a fin de procurar la salvaguarda de la coherencia.

*“Así, en un primer momento esta Corporación en sentencia de tutela de 19 de julio de 2000 (Exp. 12393) dejó sentado entre otras cosas que: ‘El asunto no tendría trascendencia alguna si se tratara simplemente de títulos ejecutivos, de aquellos genéricamente previstos en el artículo 488 del C. de P. Civil. Pero en frente de la condición de **TITULOS VALORES**, el asunto sí adquiere el mayor alcance pues es se trata en éste proceso ejecutivo de ejercitar la acción cambiaria derivada de un título valor (factura cambiaria) y no de un título ejecutivo cualquiera.’*

*“Es en éste punto en el que adquiere su mayor intensidad el claro concepto del título valor frente al mero documento contentivo de una obligación pues por definición, la acción cambiaria derivada del título valor, y el ejercicio del derecho consignado en él, **‘requiere la exhibición del mismo’** (Art 624 C de Co.).’*

*“La razón es evidente. Los principios de **autonomía y literalidad** del título valor, comportan que el documento que lo contiene sea un documento especial y formal, aspectos que implican la seguridad y certeza del derecho que incorpora y del contenido del crédito que el título expresa, lo cual es el fundamento de su **negociabilidad**. Y si la exhibición del título valor es necesaria para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, esto sugiere la inseparabilidad y la unión que resulta indisoluble entre el derecho y el documento mismo, esto es, entre el derecho allí incorporado y el papel que representa ese derecho.’*

“Así entonces, no es concebible el ejercicio de una acción cambiaria como la que se intenta, que supone la exhibición del documento contentivo de la obligación cambiaria, (factura cambiarla de compraventa en el presente caso), si no se aporta como base del recaudo el original del documento que la contiene.’

*“La razón es una. ‘solo el documento original **LEGITIMA A SU TENEDOR** para exigir su pago, quien por lo mismo es obligado a exhibir el título. Esto tiene su explicación en la **LEY DE CIRCULACION DEL TITULO VALOR**, es decir en la facultad intrínseca y propia de transmitirse entre muchas personas mediante el respectivo endoso, transfiriendo igualmente al endosatario el derecho autónomo que representa el título mismo, pues su eficacia, según lo expresa el artículo 625 del C de Co., deriva de la firma puesta en él y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación.’.*

“Sobre este precedente es menester hacer las siguientes consideraciones:

“1. En lo fundamental no hay razón para abdicar de lo que entonces dijo la Corte, salvo porque el énfasis debe hacerse sobre qué ha de tomarse como “original” de un documento y qué ha de tenerse como “copia” de un título valor.

“2. El fallo que tomó entonces esta Corporación fue revocado por la Corte Constitucional que a pesar de ello no tomó partido por ninguna de las conclusiones posibles cuando se está en presencia de un título valor cuyo parte declarativa es una copia al carbón pero acompañada de firma original.

“4. Luego del primer movimiento jurisprudencial, esta Corporación de nuevo se ha ocupado del tema. Así, en sentencia de tutela de 16 de enero de 2002 (Exp. 2001-0899-01), en presencia de un proceso ejecutivo abierto con un documento de esta especie - cuerpo en copia y firma original-, determinó ausente la vía de hecho en particular porque ante el juez competente el mismo tema fue planteado como excepción.

“5. Posteriormente en sentencia de tutela de 30 de mayo de 2003 (Exp. T-500012212000200300040-01) dijo la Corte de manera genérica, en un episodio que no compromete títulos valores pero que guarda íntima conexión con la temática que ahora se examina: ‘Por lo demás, el documento en cuestión sin duda alguna es un original porque lo que lo hace tal no es el mecanismo utilizado para hacer constar en el papel,

para el caso, la declaración de voluntad, sino la certeza de que ésta es la expresión primitiva, por no repetir original, de quien la emitió, que en el caso se obtiene a partir de la firma del citado documento, que corresponde a la impresión directa y primigenia del autor, que es la que otorga la credibilidad y la fuerza probatoria del documento, como lo explica la doctrina. Se repite, en el caso examinado, en tanto se está frente a un documento escrito firmado por su autor.

“Entonces se prodigó amparo para permitir la apertura de un proceso ejecutivo con un documento con firma original y en lo demás facsímile.

“En el caso de ahora, remanece el debate y la necesidad de reeditar la última posición jurisprudencial anunciada, pues parece excesivo que en el propio umbral del proceso se descalifique que un título valor suscrito directamente por el obligado con el argumento de que el cuerpo del título es una copia.

“Como se dijo en el precedente de 30 de mayo de 2003, lo que imprime el carácter de original a un documento es la firma puesta directamente sobre el papel, con prescindencia de la forma como hayan sido escritas sus demás cláusulas.

“Así, en materia de títulos valores, (artículos 621 y 625 del C.Co.) se otorga una fuerza constituyente a la firma, como que se admite que la firma puesta en un papel en blanco pueda llegar a ser título valor.

“En el mismo sentido, el Código de Procedimiento Civil (artículo 270) otorga eficacia a la firma puesta en un documento en blanco, con despreocupación sobre la forma como debe ser llenado su contenido y el artículo 373 ibídem privilegia la firma, que, reconocida, hace presumir cierto el contenido.

“Síguese de todo lo anterior, que es documento original aquél sobre el cual se impuso la firma del obligado, pues no se puede negar el valor de un documento que presenta tales características presumiendo que existe otro “original” y que se ignora su destino, porque ello significa fingir sin prueba, que el autor también puso su firma en otro docu-

mento idéntico que resulta ser un poco más original, lo cual es en el prólogo de un proceso apenas una conjetura.

“Puestas así las cosas, resulta claro para la Corte que el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá incurrió en una vía de hecho cuando al resolver el recurso de alzada contra el auto que libró mandamiento de pago, lo revocó con el argumento de que el documento aportado como título base de la acción no prestaba mérito ejecutivo por ser una copia al carbón. (...)”. (Fallo, 2 sept. 2004. Exp. N.º.11001220300020040051601, MP. Edgardo Villamil Portilla).

¿El debate tiene actualidad?

Los precedentes citados partían de la dificultad que se presentaba por la expedición de un original y varias copias de la factura cambiaria de compraventa, que se resolvía teniendo en cuenta quién era el destinatario de cada instrumento y la finalidad que cumplía. No obstante, en relación con esa clase de título tales consideraciones ya no serán necesarias porque a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1231 de 2008 se deja claro que el título valor es el original de la factura, y que las dos copias que de ella se emiten, servirán a los fines allí indicados:

“El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables”. (inc. 3º, art. 1º, ley 1231/08, que modifica el art. 772 del C. de Co.)

Con todo, los citados precedentes siguen teniendo vigencia en cuanto hace a los títulos valores en general, y respecto de las antiguas “facturas cambiarias de compraventa”. Una cuestión que merecería un ejercicio interpretativo es si las facturas cambiarias creadas antes de la entrada en vigencia de la referida reforma, y que obedezcan a la prestación de un servicio, en la actualidad pueden ser tenidas como título valor pese a que aquéllas debían referirse a la compraventa de mercancías. (según el anterior art. 774-4 CCo.).

Síntesis

Para redondear, la regla general respecto de los títulos valores es que el documento cambiario lo constituye el texto plasmado de modo material o tangible, y firmado en original por el creador, circunstancia que elimina o excluye la posibilidad de varios ejemplares de un mismo instrumento cambiario, el cual, por ende, es único, y solamente se podrá reponer en caso de hurto, pérdida o deterioro, con observancia del procedimiento consagrado para el efecto en los arts. 802 y siguientes del Código de Comercio.

La existencia de la factura electrónica y la firma digital no contrarían dichas exigencias. El Decreto 1929 de 2007, que reglamenta la factura electrónica y su contenido fiscal, dice que cuando se trate de facturas cambiarias de compraventa, de todos modos se observarán los requisitos para su expedición, conforme al Código de Comercio “en concordancia con la ley 527 de 1999”, norma ésta que prevé el comercio electrónico y las firmas digitales; y el art. 827 del estatuto mercantil advierte que “la firma que procede de algún medio mecánico no se considerará suficiente sino en los negocios en que la ley o la costumbre los admiten”.

Finalmente, una situación que podría ser resuelta por los discentes a manera de ejercicio, es la relativa a la firma del ciego en un título valor. Conforme al art. 828 del CCo., “la firma de los ciegos no les obligará sino cuando haya sido debidamente autenticada ante juez o ante notario, previa lectura del respectivo documento de parte del mismo juez o notario”. Las preguntas serían, el título tiene que estar completo?, pueden firmar títulos con espacios en blanco?, u otorgar un papel en blanco para convertirlo en título valor?.

5. ESPACIOS EN BLANCO, FIRMA EN BLANCO

El artículo 622 del Código de Comercio contempla la posibilidad de expedición de títulos valores con espacios en blanco, y de la entrega de “un papel en blanco” con la sola firma y la autorización del suscriptor para que sea convertido en un título valor, siempre que, en ambos casos, el tenedor legítimo se ajuste a las instrucciones o a la autorización impartidas por el otorgante. Esta modalidad se materializa o evoluciona en tres momentos

distintos: la creación del ‘documento’, mediante su firma; la expedición o emisión, cuando se entrega con los espacios en blanco o con la mera firma en una hoja en blanco, y la presentación para el ejercicio del derecho que se incorpore, momento en el que cual se habrá llenado de acuerdo con las instrucciones o la autorización impartida, siendo ya, entonces, el título valor que se había concebido para integrarlo progresivamente.

Título incompleto

No se trata allí del evento de un título incompleto sino de un título-valor respecto del cual se dispuso que el llenado de algunos espacios, o de todo su texto, se hiciera con posterioridad al momento de la firma, de acuerdo con la autorización y las instrucciones dejadas por el deudor. Si quedó incompleto por falta de requisitos que la ley presume, no habría problema alguno (art. 621 CCo.) –claro está, sin perjuicio de que también se haya dejado instrucciones para su llenado-, pero si los espacios en blanco en otros datos o la firma en blanco no fue producto de la voluntad, el título sería inexistente y la cuestión quedaría por fuera del ámbito cambiario. El art. 620 *ibídem* prevé que la falta de menciones y de requisitos esenciales de los títulos valores los hace ineficaces, pero que ello “no afecta el negocio jurídico que dio origen al documento o al acto”. Por consiguiente, el llenado de un ‘título incompleto’ en menciones o datos que no suple la ley y que no fue el resultado de un acuerdo previo entre las partes o de la voluntad del girador dirigida a la creación de un título valor, sino consecuencia de un error o un descuido del suscriptor, obviamente no podría ser efectuado “conforme a las instrucciones” o de “acuerdo con la autorización dada para ello”.

Acuerdo

Entonces, la posibilidad de dejar espacios en blanco o de firmar un papel en blanco para convertirlo en título valor supone un acuerdo entre las partes en relación con el negocio causal, que puede obedecer, entre otros ejemplos, a insuficiencia de datos en el momento de la suscripción o a una modalidad de garantía sobre las futuras resultas de ese negocio, circunstancias que al margen de las críticas que pudieran producir, no excluyen

la existencia de las instrucciones o de la autorización, ni impiden la circulación de los títulos, respecto de los cuales se prevé que “cualquier tenedor legítimo podrá llenarlos, conforme a las instrucciones del suscriptor...”, y que el tenedor de la hoja firmada tiene derecho a llenar ‘el título’, para cuya validez “contra cualquiera de los que en él han intervenido antes de completarse, deberá ser llenado estrictamente de acuerdo con la autorización dada para ello”. No obstante, como el título valor contiene un derecho autónomo que puede circular, y desde esa óptica la firma puesta en blanco puede significar un acto unilateral, ese acto constitutivo no tendría que buscar su fundamento necesariamente en el negocio causal, sino tan sólo en las instrucciones o en la autorización de llenado.

Instrucciones / autorización

La clase y extensión del derecho contenido en un título-valor deriva principalmente de su literalidad, que respaldada con la firma del creador hace presumir la veracidad de lo que allí se exprese. Esta premisa pone de relieve la importancia de las instrucciones impartidas para el llenado de los documentos que se han creado y emitido en blanco o con espacios en blanco, ya que de ello depende que a su presentación el título completado corresponda de modo exacto a lo previsto por el suscriptor. De ahí se concluye que ningún tenedor puede cambiar, alterar o apartarse de las instrucciones dejadas por el suscriptor del documento, y que para que haya esa fidelidad en el llenado las instrucciones deben ser claras y precisas. A su vez, de esta exigencia, que prevé el art. 622 en cuanto a que el llenado de la hoja en blanco deberá hacerse “estrictamente” de acuerdo con la respectiva autorización, no se deriva necesariamente que se impartan instrucciones tan minuciosas que hagan considerar ilógico un documento carente de unos datos siendo que se contaba con todos ellos al momento de su firma, de lo cual se infiere que las instrucciones deben ser claras y determinables, pero, eso sí, que sea el suscriptor quien indique cómo se debe hacer el llenado, pues de lo contrario no habría instrucciones que acatar, lo cual excluye fórmulas como “dejar en libertad al tenedor de llenarlo como quiera”, “otorgar plenas facultades para el llenado”, etc., y sobre todo, elimina la legitimidad del llenado de un título con espacios en blanco o de una hoja firmada en blanco, sin que se hubiera impartido ninguna clase de instrucciones o de autorización para completar o integrar el título valor.

Prueba de las instrucciones / autorización.

La existencia de las instrucciones no está supeditada a un específico medio de prueba, de tal suerte que no puede exigirse una “carta de instrucciones”, a menos que se haya empleado ese mecanismo para indicar cómo debía hacerse el llenado. Entonces, la libertad probatoria permite que la autorización o las instrucciones se dejen de cualquier forma, incluso verbalmente, y será en el debate que surja, en caso de que se niegue el hecho de las instrucciones, donde se acuda a los medios persuasivos idóneos y conducentes para demostrarlas. Valga advertir que en la actividad financiera la Superintendencia de ese ramo de antiguo califica como práctica insegura la falta de detalladas instrucciones por escrito, restricción que sólo opera en el ámbito administrativo y únicamente para las entidades que vigila, de donde en un conflicto judicial no se les puede exigir a esas entidades que aduzcan instrucciones necesariamente por escrito, y muchos menos que por ello se conviertan en un requisito solemne para particulares en general.

Precisado lo anterior, lo primero que hay que considerar es en qué contexto puede surgir la controversia:

Se descarta la posibilidad de debate acerca de las instrucciones en los siguientes casos:

- a) El título se presenta para la ejecución sin expresar que fue completado; el juez no tiene cómo intuir que fue expedido con espacios en blanco o totalmente en blanco, y el ejecutado nada refuta; ahí no existe problema alguno, porque el título se presume auténtico y el demandado no ejerció oposición al respecto.
- b) Tampoco puede haber contienda en el evento en que la ejecución la promueva un tenedor de buena fe exenta de culpa que recibió el título “después de llenado” conforme a la ley de circulación, porque según el art. 622 CCo., para él es “válido y efectivo como si se hubiera llenado de acuerdo con las autorizaciones”.

En cambio sí se presentará controversia en las siguientes situaciones:

- a) El beneficiario original afirma haber llenado los espacios o el título en blanco según las instrucciones impartidas, y el demandado lo niega; entonces aquél debe demostrar que acató las instrucciones, es decir, tendrá que aportar la prueba de las instrucciones, para acreditar que en realidad procedió de conformidad.
- b) Si nada se dijo por el demandante, beneficiario original, y el ejecutado mediante excepciones afirma que el documento fue expedido con espacios en blanco o todo en blanco, al demandante le corresponderá demostrar que aquél dejó instrucciones y que el título fue completado de acuerdo con ellas.
- c) Si el acreedor original dice haber llenado o completado el título valor de acuerdo con las instrucciones dejadas por el deudor y éste afirma que no las dejó -deberá probarlas el demandante-, o dice que fueron incumplidas -deberá probarlas el demandado.
- d) Si el ejecutante es un tenedor que recibió el título por endoso antes de completado o llenado, y el demandado aduce que se contrarían las instrucciones, tendrá que probarse además que dicho tenedor efectivamente recibió el documento aún con los espacios en blanco, o todo en blanco, y que fue él quien lo completó sin obedecer las instrucciones.
- e) Si el demandante es un tercero que recibió el título completo y el demandado dice que fue mal llenado, a éste le corresponderá demostrar que lo expidió en blanco o con espacios sin completar, que impartió determinadas instrucciones para su llenado que no fueron acatadas, y que en relación con todo ello ese tercero tenedor no es de buena fe exenta de culpa pues sabía de esas circunstancias o debió conocerlas.

El objeto de la prueba puede ser: *i.* que el título se firmó en blanco como producto de un determinado acuerdo y las instrucciones dejadas en tal virtud; *ii.* que ello no obedeció a designio alguno sino que se trata de un simple título incompleto, por tanto sin instrucciones; *iii.* que el tenedor no es de buena fe exenta de culpa porque conocía que era un documento con blancos y cuáles eran las instrucciones para llenarlo, y, *iv.* en últimas, el objetivo probatorio será establecer la conformidad entre el llenado y las instrucciones dejadas.

La carga de la prueba en principio le corresponde a quien afirma que el llenado no se efectuó de acuerdo con las instrucciones, en punto de lo cual vale la pena que los discentes analicen si se debe acudir a lo relativo a la exención de prueba consagrada para las afirmaciones y negaciones indefinidas, pues si, p. ej., el demandado asevera que no dejó instrucciones, que es un negación de dicha especie, ya que no encierra la afirmación de un hecho contrario determinable por todas sus circunstancias, se traslada la carga de la prueba al ejecutante, quien tendría que demostrar que sí fueron dejadas las instrucciones, con lo cual de paso comprobará que se ajustó a ellas.

La inquietud que se acaba de plantear se explica porque el art. 270 del C. de P. C. establece que se presume cierto el contenido de un documento firmado en blanco o con espacios sin llenar, una vez reconocida la firma (lo que no se requiere en los títulos valores según el art. 793 del CCo.), presunción legal que admite prueba en contrario y que para el caso de estos títulos siempre tendría que aportar el demandado.

Circulación/autonomía

El inciso final del artículo 622 del Código de Comercio consagra la posibilidad de que, después de llenado, se negocie un título valor expedido en blanco o con espacios en blanco, “a favor de un tenedor de buena fe exenta de culpa”, lo cual será válido y efectivo para dicho tenedor, quien podrá hacerlo valer “como si se hubiera llenado de acuerdo con las instrucciones dadas”.

Esto significa que la circulación que se efectúe después del llenado hace suponer que el título se completó de acuerdo con las autorizaciones dadas, siempre que ese tenedor posterior sea de “buena fe exenta de culpa”. Es decir, que aunque en virtud de la autonomía que caracteriza éstos títulos, el derecho de cada tenedor se transfiere ajeno a las circunstancias que le dieron origen, y el obligado al pago debe hacerlo efectivo sin referencia a las mismas, es preciso que el respectivo tenedor haya obrado con una rectitud desprovista de cualquier negligencia en su recepción, ya que de ello depende la plena autonomía de su derecho, que le hace inoponibles las excepciones inherentes al indebido llenado y en últimas al negocio causal.

De todos modos, en las amplias posibilidades que generan la vida de los negocios, no está excluido el evento en que se haga una transferencia del documento con los espacios en blanco o todo en blanco –lo que supone que se indique cómo y cuándo se haga el llenado–, frente a lo cual surgen los interrogantes sobre si se trata de una circulación cambiaria o una mera cesión del crédito o una cesión de derechos. La doctrina de los autores es escasa y adoptan posiciones divergentes. Para unos, si el título no ha sido completado, no puede circular porque ello es reservado a instrumentos cambiarios plenos; y para otros, el hecho de que el art. 622 CCo. señale que “cualquier tenedor legítimo podrá llenarlos”, significa que puede ser transferido conforme a su ley de circulación y posteriormente llenado por el tenedor sucesivo en el momento y la forma predispuesta. En este último evento, la discusión sobre la fidelidad en el llenado podría alcanzar al tenedor, pues no lo habría recibido “después de llenado”, como lo señala el inciso final del art. 622 para establecer la presunción de llenado acorde con las autorizaciones dadas.

La inherente a la circulación de títulos valores en blanco tiene importancia porque si la misma se hace por endoso, en principio se podría excepcionar contra el tenedor que contraviene las instrucciones, pero como su derecho es autónomo, no sería dado plantearle las excepciones personales o relativas al negocio causal, salvo si no es un tenedor de buena fe exenta de culpa. Por el contrario, si lo que sucede es la cesión de un crédito, no se estaría ante un problema cambiario y sería procedente proponer todas las excepciones que eran oponibles al acreedor original.

6. SOLIDARIDAD CAMBIARIA

Es principio del derecho civil que en las obligaciones constituidas por o a favor de un grupo de personas, respecto de una cosa divisible, cada una de ellas es obligada o puede reclamar únicamente la parte o cuota correspondiente. Empero, la convención, el testamento o la ley pueden consagrar la solidaridad, la que debe ser expresamente declarada si no la establece la ley. En tal virtud, puede exigirse a cada uno de los deudores solidarios o por cada uno de los acreedores, el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *in solidum* (art. 1568 CC).

En el derecho mercantil, al contrario que en civil, la solidaridad se presume. Así lo estatuyen, el art. 825 CCo., y en cuanto a los títulos valores, los arts. 632 y 785 *ibídem*. Sin embargo, la respectiva codificación no desarrolla esa modalidad obligacional, debiendo irse al Código Civil al cual remite como regla general el art. 822 del CCo.

En virtud del art. 632 del estatuto mercantil, existe solidaridad entre los varios sujetos que suscribieron el título en un mismo grado cambiario, de tal modo que si uno de ellos paga, sólo tiene contra los demás coobligados las acciones propias del derecho común, sin perjuicio de las acciones cambiarias que quepan contra las otras partes.

Y por el art. 785 del CCo., en desarrollo del principio de autonomía de la prestación de cada suscriptor, el tenedor legítimo puede reclamar la obligación de todos o algunos de los deudores en un mismo grado, o incluso de varios obligados en distinto grado, quienes en caso de pago podrán ejercer las acciones cambiarias en contra de los signatarios anteriores.

Solidaridad cambiaria: es integral? o por grados?

Una primera cuestión que plantea el principio de solidaridad en los títulos valores, está referida a si la misma se predica únicamente respecto de los firmantes en un mismo grado (solidaridad *stricto sensu*) -como algunos lo sostienen-, o si corresponde a todos los obligados cambiarios sin importar en qué posición lo hayan suscrito, si como giradores, aceptantes, endosantes o avalistas (solidaridad *sui generis*). Y de aquélla interpretación surge el debate en torno a si avalista y avalado se encuentran o no en un mismo grado, es decir, si son solidarios entre ellos, o si en ese grado la solidaridad se concibe solamente entre un número plural de avalistas, y no con el avalado.

El concepto de solidaridad cambiaria tiene especial importancia, entre otras razones, para determinar cómo repercute la extinción de la obligación que produce la prescripción. De ella depende si hay o no comunicabilidad de las circunstancias entre los deudores solidarios, bien sean las que benefician, como las que perjudican. E incluso es determinante la postura que se adopte frente a las dos corrientes referidas: que la solida-

ridad es entre todos los suscriptores, sin importar la posición cambiaria; o que únicamente opera entre los suscriptores en un mismo grado; y en el caso del avalista, sólo entre varios avalistas y no con el avalado.

Ahora, el art. 792 CCo. preceptúa que “las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores cambiarios no la interrumpen respecto de los otros, salvo en el caso de los signatarios en un mismo grado”. Esto significa que entre deudores solidarios la prescripción alegada por uno de ellos beneficia a los demás suscriptores del mismo grado. Y asimismo, que la interrupción efectuada por uno afecta a los demás.

En cuanto a esta temática, viene bien al caso citar una sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que adopta una de las reseñadas posturas. Resolvió allí la apelación de la sentencia que acogió la excepción de prescripción de la acción cambiaria propuesta por uno de los ejecutados, decisión en la que el juez *a-quo* tuvo a los dos deudores como suscriptores del pagaré en distinto grado, porque uno era avalista, y por ello no consideró interrumpida la prescripción. En la parte pertinente, el Tribunal consideró:

“(....)

“La parte demandante como último tenedor presentó para el cobro un pagaré suscrito por la demandada, título-valor que conforme a la ley tiene fuerza ejecutiva, respecto del cual fue propuesta la excepción de prescripción por uno de los ejecutados, a través de curador ad-litem.

3. El Código Civil consagra la prescripción como un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante el lapso de tiempo previsto en la legislación, concurriendo los demás requisitos pertinentes (art. 2512). En tratándose de prescripción extintiva de acciones o derechos ajenos, el tiempo cuenta desde que la obligación se hace exigible (art. 2535).

Cuando la prescripción que extingue las acciones ajenas no se ha cumplido, puede interrumpirse en forma natural o de manera civil; interrúmpese naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obli-

gación, ya expresa, ya tácitamente, y en forma civil con la notificación de la demanda judicial al dueño o deudor, conforme a los preceptos 2539 del Código Civil y 90 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora, concerniente a este asunto, de conformidad con los artículos 781 y 789 del Código de Comercio, la acción cambiaria directa, que es la procedente contra el “aceptante de una orden o el otorgante de una promesa cambiaria o sus avalistas”, “prescribe en tres años a partir del día del vencimiento”, vale decir, desde cuando se hace exigible la obligación.

4. Establecido el anterior marco, aunque los argumentos del apelante no son lo suficientemente claros, establécese desde ya que para el caso la excepción de prescripción tan sólo puede prosperar para algunas cuotas atrasadas y respecto del coejecutado Nelson E. L. R., pues la presentación de la demanda sí tuvo los efectos de interrupción consagrados en las normas legales para el resto del saldo, a pesar de que no fueron cumplidos los términos previstos en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, en la medida en que el mandamiento de pago se notificó al coejecutado José H. N. M., antes de haber transcurrido el letal término prescriptivo para dicho saldo, y, lo que es más importante, dicha interrupción se comunica a aquel por confluir el requisito previsto en el artículo 792 del Código de Comercio, esto es, ser suscriptores en el mismo grado.

En el pagaré fue pactado el pago de la obligación en 60 cuotas y aunque en el principio de la cláusula cuarta se dijo que “quedaba automáticamente extinguido o insubsistente el plazo que falta para el vencimiento final” en las hipótesis que enumera, entre esas la mora en el pago de cuotas, cual si fuese una especie de extinción automática, lo cierto es que seguidamente se agregó: “pudiendo el banco, en consecuencia, exigir judicial o extrajudicial el pago total”, precisión que deja en claro que la extinción, en realidad, era potestativa del acreedor.

Precisado lo anterior, obsérvase que los demandados incumplieron, según se dijo en los antecedentes, desde el mes de enero de 1998, y la demanda con que se hizo exigible la totalidad de la obligación pendiente de plazo se presentó el 12 de noviembre del mismo

año, esto es, cuando no había transcurrido el lapso de prescripción. Empero, cuando José H. se notificó del mandamiento de pago por conducta concluyente, el 28 de septiembre de 2001 (folio 45 del cuaderno 1), había operado la prescripción para las cuotas atrasadas que entonces tenían más de tres años de vencidas conforme al citado artículo 789 del estatuto mercantil, vale decir, las que debían pagarse de 22 de enero a 22 de septiembre de 1998 (nueve cuotas), pero no para la cuota de 22 de septiembre a 22 de octubre siguiente, ni el resto insoluto, ya que para éstos rubros no había transcurrido dicho término y la cláusula de extinción anticipada del plazo, comúnmente llamada aceletatoria, se hizo operar con la presentación de la demanda que, repítese, fue el 12 de noviembre de 1998, porque dicha cláusula, ya se vio, es potestativa.

De ahí que transcurrió el término de prescripción para las cuotas que tenían más de tres años de vencidas al momento de la notificación de José H., pero se interrumpió para una cuota y tanto más para el saldo cuyo plazo expiró con la presentación de la demanda.

5. Viene pertinente explicar ahora porqué la interrupción parcial antes comentada, se comunica al otro demandado conforme a lo previsto en el artículo 792 del Código de Comercio, norma que establece: “las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores cambiarios no la interrumpen respecto de los otros, salvo en el caso de los signatarios en un mismo grado”.

Pues bien: ciertamente Nelson E. suscribió el pagaré como deudor y José H. como avalista (folios 5 y 6 vueltos del cuaderno 1), pero contrario a lo afirmado por el a-quo, esa forma de participación en el instrumento los ubica como suscriptores en el mismo grado, y por eso la interrupción del segundo se comunica al primero. Es que mirada en su justa dimensión el aval cambiario puede decirse sin ambages que el avalista no tiene un grado distinto del avalado, según emana de su regulación y naturaleza. El artículo 632 del estatuto comercial dice que “cuando dos o más personas suscriban un título-valor, en un mismo grado, como giradores, otorgantes, aceptantes, endosantes, avalistas, se obligarán solidariamente...” (se resalta); regla de la que

no puede sostenerse que el avalista constituya un grado aparte del avalado, ya que no compagina con su regulación, y, cabe sostener en sentido contrario, que ahí la mención de “avalistas” se refiere a que cuando son garantes del mismo avalado están en el mismo grado de éste y son solidarios entre sí para con el avalado.

Téngase en cuenta que el aval es una garantía (art. 633 C.Co.), pero no una garantía cualquiera del derecho común, sino típica o especial del derecho cambiario, dentro del sistema que sigue el código colombiano. No es una garantía accesoria, como son otras, verbi gratia, la fianza, la prenda o hipoteca, sino que es una relación jurídica autónoma, pues no hay duda que se nutre del principio de autonomía propio de los títulos-valores, aserción que sella definitivamente el artículo 636 al establecer que “el avalista quedará obligado en los términos que correspondería formalmente al avalado y su obligación será válida aun cuando la de este último no lo sea.” (se resalta).

Con todo, el principio de autonomía de las distintas relaciones obligatorias de los títulos-valores, esto es, que cada suscriptor se obligue con independencia de los otros (art. 627 C.Co.), que está fundado en la necesidad de certeza para la circulación segura y rápida que requiere el tráfico mercantil, sin las ataduras propias del derecho común, al igual que los otros principios que rigen esos instrumentos, no permite derivar que el avalista tenga un grado obligatorio distinto del avalado, porque el mismo precepto transcrito deja sin discusión que quien da el aval “quedará obligado en los términos que correspondería formalmente al avalado”, vale decir, que tiene la misma obligación del avalado, salvo que se pacte por un monto menor (art. 633 y 635 C.Co.), aunque hace bien precisar que el monto no atañe a la naturaleza de la obligación cambiaria. Naturalmente que tiene la misma obligación porque se hallan en el mismo grado, esto es, en la misma obligación cambiaria, o, si se quiere, el avalista está en la misma parte cambiaria de su avalado.

No se olvide que la autonomía es para “todo suscriptor de un título-valor”, así sean del mismo grado o posición, cual ocurre cuando hay varios libradores, o giradores, o aceptantes, o beneficiarios-endosan-

tes, etc., pues en cada uno de ellos hay autonomía aun dentro del mismo grado. Luego, es lógico que el ser autónoma la obligación del avalista no la hace pertenecer a un grado diferente, porque siempre está ahí, al lado del avalado, en su mismo nivel, con la consecuencia natural de ser solidario con él, que es como manda el ya comentado artículo 632 en su genuina inteligencia. En otras palabras, el ser distintos avalista y avalado, y existir autonomía entre ellos, no conlleva a que sean de grado o posición cambiaria diferente; de la misma manera que el ser distintos, por ejemplo, varios aceptantes de una orden cambiaria, y haber autonomía entre ellos, tampoco comporta a que sean de diferente grado. Así que la autonomía no es valladar contra la pertenencia del avalista al mismo grado de su avalado.

También el avalista puede garantizar a varias personas, o a varias partes del título-valor (art. 637 ibídem), hipótesis en que ocupa varios grados y que no permite verlo en un grado aparte y separado de los avalados. Ahora, si hay varios avalistas de una misma persona, o de una misma parte, todos ellos pertenecen al grado de la parte avalada, con la consecuente solidaridad. De admitirse que la calidad de avalista entraña un grado aparte del avalado, también tendría que aceptarse que pueden haber varios grados de avalistas, tantos cuanto sean los grados de los avalados: grado de avalistas del girador, grado de avalistas del aceptante, grado de avalistas del primer endosante y así sucesivamente, todo lo cual no parece encuadrar dentro del marco jurídico de los títulos-valores, en donde hay los grados pertenecientes a las distintas partes cambiarias, pero no otros grados separados y paralelos de los avalistas de cada una.

Y, a más de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el tratamiento legal de las acciones cambiarias también permite predicar que el avalista tiene el mismo grado del avalado, pues que el artículo 781 del estatuto mercantil establece: "La acción cambiaria es directa cuando se ejercita contra el aceptante de una orden o el otorgante de una promesa cambiaria o sus avalistas, y de regreso cuando se ejercita contra cualquier otro obligado.". Régimen semejante determina que el avalista del obligado principal, responde como obligado principal, y por eso es pasible de acción cambiaria directa; si avala a un obligado

de regreso, responde como ese obligado de regreso y por eso la acción cambiaria en su contra es de regreso.

Por demás, la doctrina nacional, siguiendo el sistema que informa el aval cambiario en nuestro derecho, estima en su mayoría y sin ninguna duda que el avalista está dentro del mismo grado del avalado. Así puede consultarse, entre otros, a Gilberto Peña Castrillón (De los títulos-valores en general y de la letra de cambio en particular; Bogotá, Temis, 1981, páginas 151 y 152); Eugenio Sanín Echeverri (Títulos-valores; Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1980, p. 85), y Bernardo Trujillo Calle (De los títulos-valores; Bogotá, ed. El Foro de la Justicia, 1985, tomo I, pp. 185 y ss.).

David Supino y Jorge De Semo, al comentar la legislación cambiaria italiana, consideran que el avalista “está obligado en la misma forma que aquel por quien el aval se ha dado”, contrae “las obligaciones de la persona por quien garantiza, y el del aceptante, por tanto, responde por el aceptante, ya que asume la condición jurídica de éste”; y agregan en otro aparte, al explicar el precepto sobre los derechos del avalista que paga, que es similar al artículo 638 de nuestro estatuto mercantil, que “si, en realidad, quien da el aval ocupa la misma posición de la persona que garantiza, una vez pagada la letra debe ser subrogado en los derechos del portador, no solo frente al garantizado, sino, también, frente a los obligados anteriores...” (Se subraya. De la letra de cambio, del pagaré y del cheque; Buenos Aires, ed. Ediar, 1950, traducción de Jorge Rodríguez Aimé, vol. I, pp. 359, 362 y 371). De parecida manera comenta Francesco Messineo, para quien el aval da origen “a la promesa de pagar en lugar y en el grado del avalado”, y, si la norma habla “del mismo modo”, quiere significar “que el avalista se introduce, en el nexo cambiario, en el lugar y grado del respectivo avalado” (Manual de derecho civil y comercial; Buenos Aires, EJE, 1979, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo VI, pp. 331 y s.).

6. Total que, recapitulando, se modificará la sentencia apelada para declarar probada la excepción de prescripción a favor de Nelson E. pero sólo para las cuotas que debían pagarse de 22 de enero a 22 de

septiembre de 1998 (nueve cuotas), mas no para la cuota de 22 de septiembre a 22 de octubre siguiente, ni el resto insoluto, porque respecto de estas últimas sumas la presentación de la demanda sí tuvo efectos de interrupción civil, a pesar de que no fueron cumplidos los términos previstos en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, porque el mandamiento de pago se notificó al coejecutado José H., antes de transcurrir el término prescriptivo de tres años, y esa interrupción se comunica al primero.

Valga precisar que para el coejecutado José H. la situación tiene algo de distinta, toda vez que para las cuotas prescritas hubo renuncia de su parte, y para lo no prescrito hubo interrupción, razón por la cual debe confirmarse la orden de seguir adelante la ejecución en su contra, como dispuso el fallo de primer grado. (...)" (Rad.:11001310301319986429 01, sent. 27 mayo 2005. M.P. José Alfonso Isaza Dávila).

Prescripción de la acción cambiaria [real, o personal, o parcial] /solidaridad/interrupción.

El estudio de la prescripción, como fenómeno jurídico referido al transcurso del tiempo, con miras a consolidar situaciones o despejar incertidumbres, o sea, en aras de la seguridad jurídica, ya sea para adquirir derechos o para extinguir acciones o derechos, no ofrece mayor dificultad.

Sin embargo, la situación sube de punto en cuanto a la prescripción extintiva, en general, y la prescripción de la acción cambiaria, en particular, cuando los demandados son obligados solidarios, pues existen distintas tesis, que expresadas de forma sintética, sostienen:

- a) Que la prescripción extintiva es una excepción real, no personal, y por ende, dada la solidaridad, la interrupción se comunica para bien o para mal. Así lo prevé el art. 2540 del C.Civil. Y que al ser real, la prescripción propuesta por uno de los deudores solidarios puede aprovechar incluso a quien no la propuso.

- b) De otro lado, la ley es clara al decir que la prescripción sólo beneficia a quien la alega (art. 2513 C.C.), lo cual corrobora el art. 306 del Código de Procedimiento Civil que prohíbe declararla de oficio, pues el fallo sería incongruente. Esta posición se explica porque si el ejecutado que teniendo la posibilidad de proponerla con éxito no lo hizo –renunció a ella–, no puede recuperar su oportunidad por medio de otro demandado que se notifique después. Y no hay interrupción civil cuando el primero que se notifica no alega la prescripción a que tenía derecho, pues, además, en ese momento ya no subsistía la solidaridad.
- c) Una tercera posición considera que en virtud de la solidaridad cambiaria se comunica la interrupción de la prescripción, pero que ello no implica la restricción o prohibición de proponerla a los deudores solidarios que no han sido notificados, pues interrumpida la prescripción, ésta vuelve a contarse. Luego, la acción puede prescribir para unos y continuar la ejecución con los otros. En esta alternativa, se ha dado en calificar la prescripción como una excepción real, pero de efectos relativos (v.gr. sentencias Tribunal Superior de Bogotá. MP Luis Roberto Suárez González).

Es de anotar que las opciones *ii* y *iii* no son incompatibles o contradictorias, pues obedecen a contextos distintos. En ésta, el notificado no podía proponer la prescripción, pero ese acto sí produce la interrupción, a partir de la cual vuelve a contarse la prescripción para los demás obligados solidarios que no se han notificado. Mientras que en aquella, el demandado notificado deja de alegar la prescripción a que tenía derecho, es decir, renuncia a ella, momento para el cual la solidaridad devino inexistente y por ende ya no puede operar la interrupción de unos para otros, habilitando a los demás ejecutados a plantear la prescripción en su beneficio exclusivo.

A continuación se citan los apartes pertinentes de sentencias que se basan en las referidas tesis:

1. **Tesis:** la prescripción es una excepción real o común, no personal. En virtud de la solidaridad se comunica la interrupción de la prescripción y su formulación favorece a todos los deudores solidarios, incluso a quines no se opusieron a la ejecución.

3.- La notificación al primer demandado no interrumpió la prescripción. *La mayoría del Tribunal es del parecer que la redacción de la cláusula de caducidad, que, recuérdese, dice que el plazo vence “de pleno derecho”, permitió que se hiciera exigible toda la obligación desde el 24 de noviembre de 1996, lo cual implica que para cuando se notificó al primer demandado el día 4 de febrero de 2000, habían pasado más de tres años y ya la prescripción estaba consumada. Entonces, de la aceptación de la automotividad de la cláusula, se sigue que para cuando se notificó al curador ad litem del primer demandado, la prescripción estaba consumada y por lo mismo no se podía interrumpir.*

Por lo anterior se revocará la sentencia para excluir de la ejecución a los demandados “C. Ltda.” y Héctor C.C., porque se acoge la excepción de prescripción propuesta por estos. Igualmente se dispondrá cesar la ejecución contra ellos, levantar las medidas cautelares que los afectan y condenar al demandante para que asuma el pago de los perjuicios causados con las medidas, si las hubiere, y asuma las costas del juicio.

4.- Comunicabilidad de la prescripción. *Logrado acuerdo sobre la prosperidad de la excepción de prescripción, se plantea ahora el Tribunal el dilema sobre si es posible hacer extensiva la prescripción a quien no la alegó y quien además estuvo representado por curador ad litem.*

El problema jurídico que se aborda atañe a saber si la excepción de prescripción propuesta por uno de los deudores solidarios demandados transmite sus efectos favorables a los demás. De este tema se ha ocupado la doctrina desde antaño y no está ajeno a vacilaciones, en particular porque la prohibición de reconocer de oficio la excepción de prescripción ha llevado a entendimientos inadecuados. La que sigue es la opinión de Luis Claro Solar ⁶ sobre la comunicabilidad de la excepción de prescripción.

“Excepciones que puede oponer el deudor solidario demandado al acreedor.—Dice el artículo. 1520: «El deudor solidario demandado

⁶ Claro Solar Luis. *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado. Edit, Jurídica de Chile.Vol.V .De las obligaciones.pag.435.*

puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas. Pero no puede oponer por vía de compensación el crédito de un codeudor solidario contra el demandante, si el codeudor solidario no le ha cedido su derecho».

La palabra excepciones de que la ley se sirve no tiene aquí el sentido de medios de procedimiento que el Código procesal establece para la regularidad de la marcha del juicio y su procedencia, llamados excepciones dilatorias, sino el de defensas o medios de fondo que afectan a la existencia misma de la obligación, a que se da el nombre de excepciones perentorias, porque van destinadas a matar la acción.

La ley las clasifica en excepciones que resultan de la naturaleza de la obligación, es decir, excepciones comunes, y excepciones personales al deudor que los alega.

Las primeras son las excepciones que se refieren a los vicios o defectos del origen de la obligación, o a las modalidades con arreglo a las cuales han sido contraídas por todos los deudores conjuntamente; la falta de causa, o la causa ilícita; la falta de objeto, la ausencia de las formas requeridas para un contrato solemne, la lesión enorme, en su caso, la condición no cumplida, el plazo pendiente, etc. Estas excepciones son reales in rem, rei cohaerentes.

Las segundas se refieren al compromiso particular del deudor y proceden de una circunstancia que ha nacido, puede decirse, únicamente en su persona y que produce, en efecto, en su persona solamente un medio de defensa para sostener, sea que la obligación no ha sido, a su respecto, válidamente formada en su origen, sea que ella se ha extinguido posteriormente: se llaman personales, in personam, personas cohaerentes.

El Código francés hace una distinción entre excepciones que resultan de la naturaleza de la obligación y excepciones comunes y entre excepciones personales y puramente personales. Dice el artículo 1208 de ese Código. «El codeudor solidario perseguido por el acreedor puede oponer todas las excepciones que resultan de la naturaleza de la

obligación, y todas las que le son personales, así como las que son comunes a todos los codeudores. No puede oponer las excepciones que son puramente personales a algunos de los otros codeudores».

Esta clasificación teórica y poco precisa ha dado lugar a justificadas observaciones. En el hecho las excepciones comunes a todos los deudores están comprendidas en las excepciones que resultan de la naturaleza de la obligación, pues afectan a la obligación, de una manera absoluta. Y en cuanto a las excepciones personales y puramente personales no hay, en realidad entre ellas diferencias apreciables (206).

Nuestro Código ha hecho bien no refiriéndose sino a las excepciones que resultan de la naturaleza de la obligación y a las excepciones personales.

*491.—1.º) Las excepciones reales o comunes (artículo 2354) son inherentes a la obligación misma, y se relacionan con el vínculo jurídico **con** prescindencia de las personas que lo han contraído o de las circunstancias en que ha nacido la obligación, y de esto les viene el nombre de reales, porque dicen relación con la obligación cualquiera que sean las personas que han intervenido en su formación; por eso dice la ley que resultan de la naturaleza de la obligación. Se les da también el nombre de comunes, porque, por lo mismo que son inherentes a la obligación, pueden ser opuestas por cualquiera de los deudores solidarios y producen sus efectos respecto de todos ellos.*

Estas excepciones son:

- 1.º) La nulidad absoluta, que vicia la obligación misma respecto de todos y puede ser invocada por todos;*
- 2.º) Las modalidades comunes a todos los deudores, o que dicen relación con toda la obligación;*
- 3.º) Las causas de extinción que afectan a todos los deudores y a toda la obligación, como el pago, la remisión total, la novación, la confusión total, el evento de la condición resolutoria, la transacción, **la prescripción.**" (subraya la Sala)*

Dicho lo anterior, parece indiscutible, siguiendo los dictados de la doctrina internacional, de la cual abrevia la doméstica, que la excep-

ción de prescripción es una excepción real, lo cual nos lleva a decir que la doctrina que otorga a la prescripción la categoría de excepción personal que debe alegar cada deudor es equivocada.

La nominación de excepción real-relativa para la prescripción no está a tono con la doctrina generalizada, pues ésta, siendo consciente de que la prescripción debe ser alegada, y a pesar de ello, persevera en conservarla como excepción real que se comunica a los deudores que no la hayan propuesto.

En síntesis, la prohibición tajante para que el juez declare de oficio la prescripción no la convierte en excepción personal o real relativa. Cuando la ley establece que el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla, no está excluyendo que los deudores solidarios “que se representan” mutuamente aleguen la prescripción llamada por otros.

Por lo demás, no habría ninguna justicia en que, siguiendo los dictados de la ley de comercio, la interrupción de la prescripción se comunique entre los varios deudores solidarios, pero que la prescripción corra una suerte diferente. Si los deudores solidarios se representan para la interrupción, como lo mandan los artículos 792 y 2540 de los códigos de comercio y civil en su orden, de tal modo que para efectos de la interrupción, interpelado uno, han sido interpelados todos, con el mismo rasero, la excepción de prescripción propuesta por uno de los deudores demandados igual se debe comunicar a los demás solidarios.

Siguiendo la doctrina generalizada de los autores, se concluye que la prescripción es de aquellas excepciones “que resultan de la naturaleza” de la obligación (artículo 1577) y no cabe el reparo de que en nuestro sistema la prescripción debe ser propuesta (prohibición de decreto oficioso) porque en los códigos y sistemas fuente y antecedente de los nuestros, la jurisprudencia y la doctrina también tenían en la mira que la prescripción debía ser alegada y a pesar de ello consagran la comunicabilidad. Cuando un deudor solidario alega la prescripción en representación de los demás, está levantando la prohibición al juez, quien de este modo ya no reconoce “de oficio”

la prescripción, pues ella le fue positivamente propuesta por uno de los deudores solidarios. Estos, se representan recíprocamente, no solo para la interrupción sino para la proposición de la defensa.

Pero además de las opiniones de la doctrina foránea voces suficientemente autorizadas, en nuestro medio el tratadista Alvaro Pérez Vives⁷ resume así su pensamiento:

“En cuanto a los efectos de la prescripción, debe tenerse en cuenta: a) Que la prescripción debe ser alegada (Artículo 2513, C.C) b) que cuando ella extingue la deuda, esta desaparece para todo el mundo, no sólo para acreedor y deudor, sino para terceros. Luego si la obligación es solidaria o indivisible, todos los codeudores quedan liberados y todos los coacreedores perjudicados, y los primeros pueden alegarla. Igual derecho tienen los deudores subsidiarios (v.g.r., fiador), aunque el obligado principal haya renunciado (artículo 2516, C.C.....”

El mismo autor⁸ se pronuncia en el sentido de que el deudor solidario demandado puede oponer ciertas defensas no reservadas de modo exclusivo a los demás:

“Excepciones: El deudor solidario demandado puede oponer todas las excepciones que surjan de la naturaleza de la obligación (reales) y las personales suyas. No puede oponer las que sean personales de otro de sus codeudores (Artículo 1577 inciso 1).

*Constituyen ejemplo de excepciones derivadas de la naturaleza del vínculo, la nulidad absoluta de éste; el plazo o la condición suspensivos no otorgados particularmente a alguno o algunos de los codeudores; la nulidad relativa derivada de error, fuerza o dolo colectivos, es decir cuando el vicio afectó el consentimiento de todos los codeudores al momento de formarse el negocio jurídico; la extinción de la deuda por pago, **prescripción** y novación (artículos 1572 y 1576 del C.C)”*

7 Pérez Vives Alvaro. Teoría General de las obligaciones. Tomo 3 Pagina 463. Edición Universidad Nacional 1957.

8 Pérez Vives Alvaro. Teoría General de las obligaciones. Tomo 3 Pagina 116. Edición Universidad Nacional 1957.

Para corroborar lo dicho hasta ahora, sirve también de apoyo lo que al respecto opina Fernando Fueyo Laneri⁹ quien plantea así su percepción:

“Excepciones que pueden oponerse por los codeudores solidarios. En primer lugar, debe destacarse la excepción de estar dividida la deuda en tantas partes como obligados. El artículo 1514 no permite, justamente, que se oponga el beneficio de división y es este, precisamente, el supuesto necesario de la institución.

El codeudor demandado puede, sin embargo, oponer las excepciones reales y personales. Lo establece el artículo 1520, inciso 1: “El deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas”.

a) Son excepciones reales o comunes las inherentes a la obligación misma, o como lo dice el código, las que resultan de su naturaleza. Aquí se prescinde de las personas o circunstancias especiales en la formación del vínculo jurídico.

Se llaman también comunes por la mayor amplitud de personas que pueden aducirlas.

*Son excepciones de esta especie: 1.) La nulidad absoluta; 2.) Las modalidades establecidas respecto de todos los obligados, o sea las comunes a todos ellos, como el plazo o la condición que, estando pendientes, no harían aún exigible la obligación; las causas de extinción de la obligación, y que afectan a todos, como el pago, la novación, la compensación, la confusión, **la prescripción** .” (el resalto no está en el texto original).*

Idéntico tratamiento se da a este tema en el derecho Alemán, que responsabiliza al deudor solidario que no propone las que denomina excepciones comunes:

“Como cada deudor solidario se halla sujeto a su propia obligación, la validez de estas deberá ser objeto de especial examen por cada deudor.

9 Fueyo Laneri Fernando. *Derecho Civil. Tomo 4 de las Obligaciones Volumen 1. Editorial Universo. Chile 1958. Pagina 197.*

Por eso el deudor puede según el artículo 145 apartado 1, oponer al acreedor no sólo las excepciones comunes (es decir aquellas que tienen su fundamento en el origen o contenido común de la obligación solidaria), sino también las excepciones personales, o sea las que se fundan en su relación personal con el acreedor. Y aquí, la palabra "excepción" se emplea en su sentido amplio es decir, que abarca tanto las objeciones como las verdaderas excepciones, en el sentido técnico de la dogmática moderna, y hasta los derechos potestativos, y principalmente el de compensación".

*"El deudor solidario que no oponga a la demanda una excepción común, responde de ello a los demás codeudores con arreglo al artículo 145. Esta responsabilidad sólo puede consistir por analogía con el artículo 506, apartado 2, en perder su reembolso, en la medida en que hubiera quedado exento de deuda por la excepción común."*¹⁰

El maestro del derecho comercial César Vivante en su Tratado de derecho Mercantil separa en acápite diferentes las excepciones comunes de las personales:¹¹

*"Son excepciones absolutas concernientes al ejercicio de la acción cambiaria las que derivan de hechos o de omisiones ocurridos en el intervalo entre el vencimiento y el ejercicio de la acción. Tales son: la inobservancia de las formalidades o de los plazos establecidos por el Derecho cambiario (Artículo 325); el depósito de la cantidad cambiaria (artículo 297), y la **prescripción** (artículo 919, num 2)." (resalto deliberado del Tribunal y no del autor).*

En la misma obra en la pagina 476 el autor define y enumera las excepciones personales de manera distinta a las que denomina absolutas.

Louis Josserand contribuye al esclarecimiento de la naturaleza jurídica de la prescripción con los siguientes apuntes:

"La prescripción no obra de pleno derecho; es preciso aún, que sea invocada, que sea opuesta por quienes tienen calidad para hacerlo.

10 Von Tuhr. *Tratado de la Obligaciones. Volumen II, editorial Reus S.A. Madrid 1934. Pagina 261.*

11 Vivante Cesar .*Tratado de derecho Mercantil. Volumen III, editorial Reus Madrid. 1936. Pagina 475.*

*En esto difiere de los verdaderos medios de extinción, tales como el pago, la novación, la dación en pago, la remisión de deuda, que hacen desaparecer la deuda por sí mismos, de pleno derecho; es que la prescripción tiene la significación jurídica **de un medio de prueba**, y como se trata de un medio particularmente delicado en su utilización, que repugna a la conciencia delicada de un deudor, la ley no permite al juez que lo tenga en cuenta por su propia autoridad: “Los jueces no pueden suplir de oficio el medio resultante de la prescripción” (Artículo 2223).*

*No quiere esto decir, por otra parte, que el deudor sea el único calificado para oponerla: el artículo 2225 concede esa iniciativa, primero, a sus acreedores – en virtud del artículo 1166, sin distinguir entre la prescripción de treinta años y las prescripciones abreviadas – y más generalmente a **“toda otra persona que tenga interés en que la prescripción sea adquirida...”**, por consiguiente, a quienes están comprometidos en los vínculos de la misma deuda, a los codeudores solidarios y a los caucioneros.”¹²*

El mismo criterio es compartido por Julien Bonnecase¹³ en punto de la representación recíproca de los deudores solidarios. Esta mutua representación, consustancial a la solidaridad, explica no solo que la notificación a uno de los deudores solidarios interrumpa la prescripción, sino que cada uno de ellos esté autorizado a proponerla en nombre de todos y con efectos sobre todos.

*“Los efectos secundarios de la solidaridad se explican por la idea de representación. Se considera que los codeudores solidarios se han concedido un poder para representarse mutuamente, unos a otros, en los límites de la solidaridad, a condición de que sus actos no graven su condición; de aquí la regla atribuida a Dumoulin: *Ad conservandam vel perpetuandam obligationem, non autem ad augendam.*”*

12 Josserand Louis. *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*. Traducción de Santiago Cunchillos. Ediciones Jurídicas Europa – América. 1950. Pagina 760.

13 Julien Bonnecase Julien . *Tratado Elemental de derecho Civil*. Editorial Pedagógica Iberoamericana. 1995. Pagina 994.

“Excepciones oponibles al acreedor. En una forma algo enigmática el artículo 1208 prevé, con el nombre de excepciones, diversos medios de defensa en cuanto al fondo, que pueden oponer los deudores solidarios al acreedor. Dicho artículo dice: “El codeudor solidario demandado por el acreedor, puede oponer todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y todas las que le sean personales, así como también todas las que sean comunes a todos los codeudores. No podrá oponer las excepciones que sean puramente personales a algunos de los otros codeudores”. A todo lo anterior se suma que no son pocas los antecedentes que asimilan la prescripción a la presunción de pago y dan a ella un tratamiento de stirpe netamente probatorio, lo cual explicaría que como presunción de pago pudiera ser invocada por cualquiera de las partes en el proceso.

En el caso que distrae la atención del Tribunal, la tendencia expresada anteriormente permite afirmar que la prescripción alegada por los demandados ‘C. Ltda.’. y Héctor C. se comunica a la demandada Marleny G., quien además estuvo asistida en el juicio por un curador ad litem quien no propuso esa defensa”. (Radicado: 1100 1310 3029 1997 3688 01, sent. 4 agosto 2003., MP. Edgardo Villamil Portilla).

2. **Tesis:** la prescripción es una excepción individual y expresa de cada deudor: se renuncia si no se propone teniendo derecho a ella, y por ende no se interrumpe para todos los que fueron deudores solidarios, pues la solidaridad no subsiste después de transcurrido el término de prescripción:

“(...) el hecho de que los demandados Rosalba O. y Luis A. M. se hubieran notificado del mandamiento ejecutivo después de vencido el término de prescripción, sin que hubieran propuesto esa excepción, significa que renunciaron a la misma sin que el a quo hubiera tenido en cuenta esa circunstancia.

En efecto, el pagaré base de la ejecución vencía el 16 de diciembre de 1995 y de conformidad con el art. 789 del C. de Co. la acción cambia-

ria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento, es decir, para el caso, el 16 de diciembre de 1998; y dichos demandados se notificaron personalmente con posterioridad, sin proponer excepción alguna.

El art. 2514 del C.C. prevé que “la prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero solo después de cumplida”. En el caso sub- júdice, el silencio de los demandados constituye renuncia tácita a una prescripción que ya se había cumplido, consecuencia que encuentra corroboración justamente respecto de una excepción que no puede ser reconocida de oficio (arts. 2513 C.C. y 306 cpc), y, a fortiori, en un proceso en el cual la falta de excepciones implica que se dicte sentencia en que se ordene seguir adelante la ejecución.

Ahora bien, los efectos de la renuncia no pueden ser enervados por la circunstancia de que otro de los codeudores con posterioridad hubiere propuesto la excepción de prescripción, puesto que para entonces, habiéndose cumplido el término prescriptivo, la obligación había devenido en natural y de suyo se había deshecho la solidaridad entre los deudores. Por lo demás, el reconocimiento de la deuda después de cumplida la prescripción no obliga a los demás deudores, y la renuncia a la prescripción es un acto exclusivamente personal del renunciante.

Al estudiar los efectos de la “solidariedad (sic) pasiva” en las relaciones de los codeudores solidarios con el acreedor¹⁴, y en punto a la interrupción de la prescripción, Luis Claro Solar, una vez ha puntualizado que esto acaece por el hecho de reconocer la obligación uno de los deudores solidarios, incluso por conducto de la demanda notificada a uno de ellos, y luego de citar a Pothier quien habla de que así se “interrumpe el curso de la prescripción” –se destaca-, pasa a distinguir lo que sucede cuando la prescripción ya se ha cumplido:

“En cuanto al reconocimiento de la deuda por uno de los deudores, quibusdam ex debitoribus debitum agnoscentibus, que según el inciso segundo del art. 2518 [C.C.Chileno] interrumpe la prescripción,

14 Luis Claro Solar, “Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado”. Vol. V. “De las obligaciones”, pág. 416. Ed. Temis. 1992.

*se entiende que se trata de un acto anterior a la prescripción ganada; pues, si es cierto que cada deudor solidario puede, en beneficio del acreedor, renunciar a la prescripción ya consumada, no podría el acreedor valerse de esa renuncia de uno de los deudores solidarios contra los coobligados que no hayan renunciado, porque la deuda estaba realmente extinguida por esa prescripción consumada”.*¹⁵

Y más adelante, agrega: “Cumplida la prescripción, que extingue las acciones y derechos ajenos solamente con el lapso de tiempo durante el cual no se han ejercido dichas acciones (art. 2514), la renuncia a esta prescripción viene a dar vida a una obligación distinta, a una obligación natural (artículo 1740 n° 2°) a que no puede extenderse la solidaridad sin la expresa voluntad de los demás deudores solidarios.

“Los tratadistas franceses dan como razón, para sostener que el reconocimiento de la deuda, después de cumplida la prescripción, no obliga a los demás deudores solidarios, que no podría depender de la voluntad de uno de los codeudores solidarios sacrificar el derecho de los demás puesto que la prescripción cumplida, que extingue la deuda común, ha extinguido el mandato en virtud del cual los codeudores se representan recíprocamente con respecto al acreedor. Esta teoría del mandato tácito no es necesaria para explicar los efectos de la renuncia de una prescripción ya cumplida que constituye un acto exclusivamente personal del renunciante”.

Así las cosas, a más de que innecesariamente se hizo referencia al término del art. 90 del C. de P. C., porque cuando se presentó la demanda no era inminente el vencimiento del término de prescripción, el a quo incurrió en el error de favorecer con tal fenómeno prescriptivo a dos de los demandados que habían renunciado al mismo.

Por consiguiente, la prescripción solo puede declararse a favor de quien la propuso, esto es, Luis A. M., pues ciertamente, cuando se notificó el curador ad litem designado para su representación, la prescripción extintiva ya había operado. (rad. 1100131030321996000801. Sent. 14 octubre 2004).

15 Ob. Cit. Pág. 434.

Respecto de la anterior sentencia hubo un salvamento de voto, ya que el magistrado disidente consideró que la renuncia tácita a la prescripción debe darse mediante hechos y no deducirse a partir de omisiones.

Al margen, se plantea a los discentes las siguientes inquietudes: La Ley 791 de 2002 adicionó un inciso al art. 2513 del C.Civil, conforme al cual cualquier persona que tenga interés en que sea declarada la prescripción extintiva puede invocarla, aún si fue renunciada por el prescribiente. ¿Puede alegarla quien fue deudor solidario, a favor de otro deudor que en su momento no la propuso, siendo que tenía derecho a ella? Y, ¿un coavalista que no fue demandado puede pedir la prescripción a favor del otro avalista, y de su avalado, que en la respectiva ejecución no la formularon?

- 3. Tesis:** la solidaridad cambiaria comunica la interrupción de la prescripción, pero ulteriormente pueden alegarla los deudores solidarios que no han sido notificados, pues, interrumpida, vuelve a contarse.

1. El ordenamiento legitima al tenedor de un título valor para solicitar el pago coactivo del importe de la acreencia incorporada en el documento en caso de falta de pago o pago parcial. La acción cambiaria así ejercida, y de conformidad con lo previsto en el Art. 785 del C. de Co, puede dirigirse contra todos los obligados a la vez o contra alguno o algunos de ellos, sin perder en el último evento la acción contra los otros.

En este caso al pago del importe del pagaré se obligaron varios sujetos solidariamente, aspecto sobre el que no hay lugar a discusión, de manera que la acción pudo haberse dirigido contra alguno o algunos de ellos, o contra todos, como sucedió, cada uno de los cuales tenía la facultad de oponer las excepciones que estimara pertinentes, y en relación con la acción cambiaria las que consagra el art. 784 del estatuto comercial, siendo la prescripción una especie de estas.

En suma, cada demandado tiene derecho a proponer las excepciones que estime pertinentes, y la de prescripción “podrá invocarse (...) por

el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada” (art. 2.513 C.C.). En la sentencia apelada la excepción de prescripción sólo se declaró en beneficio de los demandados que la invocaron: Fernando y Juan Carlos L., y no puede decirse, como lo aduce la impugnante, que aquella debió ser alegada por todos los demandados, inclusive por quienes no derivaron ningún beneficio por su declaración y que podían o no tener interés en esta: la Sociedad Distribuidora I. de M. y Edgar A. L..

2. El apelante considera que el hecho de no haberse formulado la excepción de prescripción por algunos demandados equivale a una “renuncia tácita a este derecho, la cual cobija a los demás demandados”, apreciación que no es correcta, si se repara en el hecho de que la renuncia a la prescripción opera “sólo después de ser cumplida” (art. 1.514 C.C.), y con toda lógica, pues así como nadie puede dar lo que no tiene, nadie puede renunciar a un derecho que no existe aún en su patrimonio, mucho menos en el de otra persona. En el asunto sub lite los demandados que no propusieron la excepción de prescripción no estaban en manera alguna renunciando tácitamente a un derecho porque a la sazón no existía, pues objetivamente no habrían podido alegar con éxito la prescripción ya que al momento de notificarse no había corrido el término sustancial respectivo.

3. El recurrente al parecer entiende que por el hecho de que en algunos de los demandados no se configuraron los presupuestos del fenómeno prescriptivo, tal situación afecta a los demás “en virtud del principio de la comunicabilidad entre los signatarios de un título valor en el mismo grado”. Al respecto, lo que obra en perjuicio de los codeudores solidarios es la interrupción de la prescripción¹⁶, aspecto que no apareja que uno o algunos de los demandados se pueda beneficiar de ella con posterioridad por hechos sobrevinientes. Es decir, el hecho de haberse interrumpido la prescripción respecto de todos los codeudores no impide que el fenómeno prescriptivo pueda

¹⁶ Artículo 2540 C.C. *La interrupción que obra a favor de uno varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno o varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya esta renunciado en términos del artículo 1573, o que la obligación sea indivisible.*

manifestarse luego, como lo tenía sentado la jurisprudencia¹⁷ y luego lo acogió el legislador en norma sustancial¹⁸: “una vez interrumpida o renunciada la prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término”, y como quiera que la notificación de la demanda a dos de los demandados se hizo luego de pasados tres años contados desde la primigenia interrupción, éstos quedaron cobijados por la prescripción que alegaron.

Se concluye entonces que no es un requisito sine qua non para el reconocimiento de la prescripción de la acción cambiaria en beneficio de algunos de los demandados, que la excepción que da lugar a su declaración se tenga que invocar por parte de todos, y que lo único que se comunica entre deudores solidarios al pago de un título valor es la interrupción de la prescripción, no la imposibilidad de prescribir. (rad. 1100 1310 3009 2003 00765 01. Sent. 4 mayo 2009. MP Germàn Valenzuela Valbuena).

Acciones *pari gradu*

Finalmente, está la cuestión inherente a las acciones *pari gradu*, que no son cambiarias, y se resuelven conforme al derecho común, pues corresponden a una controversia interna que supone la división de cuotas frente al pago que haya efectuado alguno de los firmantes solidarios, o que se defina si la deuda fue tomada en interés exclusivo de alguno de ellos, conceptos extraños a la indivisibilidad propia de los títulos valores. Es decir, si uno de los deudores solidarios paga la obligación, se subroga en la misma y podrá ir contra el otro u otros del mismo grado por sus respectivas cuotas o por todo el valor, según el caso, pero ese ya no es un problema cambiario.

7. ENRIQUECIMIENTO CAMBIARIO

La acción consagrada en el último inciso del artículo 882 del Código de Comercio a favor de quien dejó prescribir o caducar un título valor -lo

17 Corte Suprema de Justicia, Sent. 28 febrero 1.984, MP Dr. José María Esguerra Samper.

18 Artículo 8º, ley 791 de 2.002.

que conlleva la extinción de la obligación originaria o fundamental, alude a la razón por la cual se expidió ese título, y de ahí que prevea que, no obstante, el acreedor “tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción”.

La causa de los títulos valores queda reflejada en el valor o representación económica que en ellos se expresa, a cuya satisfacción tiene derecho el tenedor legítimo del documento, creado precisamente para ese fin, es decir, para que pueda cobrar o reclamar ese valor o interés económico a otro sujeto que ha participado o se ha involucrado en las relaciones cambiarias. En síntesis, lo que motiva los títulos valores es el empleo de ese medio para trasladar de una persona a otra un determinado valor. Así, se ponen en contacto dos patrimonios.

Se puede decir, entonces, que la causa inmediata de los títulos valores es servir de instrumento para que circulen determinados intereses económicos, incorporando el derecho a que sean reclamados por el tenedor legítimo de ese documento. Aunque el motivo o causa mediata pueda corresponder al negocio causal en desarrollo del cual surgió el empleo del título; p. ej., en un contrato de mutuo, el pagaré; en un contrato de compraventa; la letra de cambio, etc.

Sin embargo, en virtud de la autonomía del derecho incorporado, y de la autonomía del derecho de cada suscriptor (art. 627 CCo.), no siempre debe acudir a la causa remota para encontrar la razón del traslado patrimonial, pues entre tenedores sucesivos, p. ej. endosatarios, la causa que puede predicarse es la que justificó su recepción.

Se propone tal distinción porque el enriquecimiento cambiario no siempre se tendría que reclamar con referencia al negocio causal, ya que bien puede haberse producido durante alguna de las transferencias del título. Es decir, ni la causa tiene que ver necesaria o exclusivamente con el negocio que dio origen al título, ni el ‘enriquecido’ tiene que ser un deudor específico. En efecto, la norma dice “si el acreedor deja *caducar...*”, lo que también supone una frustrada acción en vía de regreso; y “tendrá acción contra *quien se haya enriquecido...*”, fórmula abierta que permite el reclamo contra cualquier sujeto, no sólo contra los intervinientes en el negocio causal.

En suma, prescrito o caducado el título valor, y desprovisto de la acción causal que también se extingue, el acreedor puede dirigirse contra cualquier persona que haya obtenido un enriquecimiento que deviene injustificado, precisamente al no haber obtenido la satisfacción del derecho que incorporaba el título, lo cual implica un desequilibrio entre los dos patrimonios que se relacionaban por conducto del título fenecido. Se imponen razones de justicia conmutativa sin interesar que a la producción de dicho desajuste económico haya concurrido culpa, desidia, etc., del otrora acreedor cambiario.

De todas maneras, el título caducado o prescrito sirve únicamente de referente de una relación que no sobrevive, pero que pudo ser fuente o motivo del desequilibrio patrimonial que se quiere reparar, sin que la reparación deba hacerse de acuerdo con los montos o valores expresados en el título, pues ella debe obedecer al desajuste realmente ocurrido, para lo cual no importa si corresponde a valores superiores o inferiores, aspectos que quedan librados a la cuantía de las pretensiones y, desde luego, a las pruebas aportadas.

Finalmente, esta acción no sólo es especial sino diferente de la acción general de enriquecimiento sin causa que podría emanar del art. 831 del CCo. Entre otras razones, porque como la *actio in rem verso* es subsidiaria o extraordinaria, no se podría acudir a una acción de carácter general existiendo una particular para cuando el enriquecimiento acusado se debe a la extinción de un título valor. Es dado concluir, entonces, que si también prescribe la acción especial, no se puede luego acudir a la general. Por cierto, esta acción de enriquecimiento cambiario prescribe en un año, que según la doctrina se cuenta desde cuando opera la prescripción o la caducidad, las cuales no requieren previa declaración porque “son hechos objetivos que saltan a la vista en el instrumento”.

Jurisprudencia.

En sentencia de 22 de mayo de 2009 el Tribunal Superior de Bogotá resolvió el recurso de apelación en un proceso promovido con la finalidad de que se declarara que en razón de la prescripción de un pagaré, se produjo un enriquecimiento sin causa que afectó a la Sociedad acree-

dora. El Juzgado a-quo negó las pretensiones por no haberse demostrado el enriquecimiento de la demandada con el correlativo empobrecimiento de la sociedad actora, habiéndose limitado a aportar copias de las sentencias que declararon la prescripción de la acción cambiaria. La apelación se sustentó en una extensa argumentación sobre lo que, en sentir del impugnante, “demostraba” la “carta de instrucciones” que se había expedido para el llenado del pagaré, y sobre la imposibilidad de aportar los propios libros de contabilidad para comprobar la existencia de la obligación reclamada. La sentencia cuyos considerandos se transcriben a continuación, se apoya en varios fallos de la Corte Suprema de Justicia, precedentes que constituyen el estado actual de la jurisprudencia en esta materia, especialmente en punto a la naturaleza de la acción, sus requisitos y el tema probatorio:

1. La sentencia recurrida denegó las pretensiones de la demanda pues las pruebas arrojadas al proceso, que se limitaron a las documentales anexadas a la demanda, eran insuficientes para la determinación de los presupuestos básicos de la acción de enriquecimiento cambiario. La actora, por el contrario, estima que de la apreciación de un documento que el Juez no valoró se deduce la prueba de los presupuestos que echa de menos.
2. El Estatuto Mercantil en materia de títulos valores contempló una hipótesis según la cual “si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá asimismo”, aunque “tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción”. (art. 882).

Sobre la naturaleza de tan particular figura, ha sostenido la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“(...) no cabe duda, pues, que el remedio subsidiario consagrado en el inciso final del artículo 882 del Código de Comercio se pone de manifiesto en un recurso “in extremis”, arbitrado por el legislador para afrontar un problema de justicia conmutativa que emerge ante situaciones que el propio sistema de regulación implanta, imbuido por la exigencia de la severidad formal inherente a la función económica que está llamada a cumplir la circulación rápida y segura de los

títulos valores, por manera que cuando alguien deriva de este rigor excepcional un aprovechamiento injusto a expensas del patrimonio de otro que también ha sido participe de las mismas relaciones cambiarias, este último, en la medida de su personal empobrecimiento, cuenta con la posibilidad de obtener la restitución de aquello en que el primero resultó enriquecido, desde luego todo en el bien entendido, se repite, que al ordenamiento en esta materia más le preocupa evitar la consolidación de un beneficio para quien en justicia no podía pretenderlo, que reparar anormalmente el daño experimentado por una persona que al fin de cuentas concurrió a su producción, vale decir por una persona cuyo comportamiento omisivo tuvo injerencia en los hechos que por obra de la prescripción o de la caducidad, impidieron el ejercicio eficaz de acciones cambiarias de cobro o de acciones emergentes de la causa en la emisión o negociación de los títulos que se trata...” Cas. 6 XII 1.993 M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Más recientemente, y en el mismo sentido, dijo la Corte:

“La llamada acción de enriquecimiento cambiario se erige, pues, como un extremum remedium iuris que el ordenamiento jurídico concede al tenedor legítimo de un título valor de contenido crediticio que ha sido recibido como pago de una obligación precedente y que, como efecto de la configuración de la prescripción o la caducidad de las acciones cambiarias, se ha visto privado no sólo de los recursos establecidos en las normas que gobiernan los instrumentos negociables, sino también de las acciones provenientes de la relación causal o fundamental que dio origen a la creación o transferencia del documento.

“Aunque la consagración jurídica de esta acción pareciera entrañar una contradicción, en la medida en que es el mismo tenedor del título valor quien ha desatendido las cargas o diligencias formales de las cuales depende la caducidad o ha permitido pasivamente que transcurra el perentorio lapso de tiempo que genera la prescripción, sin que, por lo demás, haya mediado culpa o ilicitud por parte del deudor, también es verdad irrefutable que la drástica consecuencia extintiva que cualquiera de estos fenómenos produce sobre la acción causal deja al acreedor completamente desprovisto de toda herramienta

cambiaría o extracambiaría que le permita hacer valer sus derechos, circunstancia que reclama la actuación consecuente del principio de equidad, como fundamento de un remedio extraordinario y excepcional...” Cas. 26 VI 2.008 M.P César Julio Valencia Copete.

En la misma providencia se mencionan los requisitos que condicionan la prosperidad de la acción de enriquecimiento cambiario, a saber:

“a) Que se trate de un título valor de contenido crediticio que haya sido entregado al acreedor, como pago de una obligación precedente.

“b) Que como consecuencia de la caducidad o prescripción de todas las acciones directas o de regreso el instrumento negociable se haya descargado por completo y que, por lo mismo, el acreedor -tenedor legítimo- carezca de los remedios cambiarios derivados del título valor, sin que, por lo demás, pueda acudir a la acción proveniente del negocio jurídico de base o fundamental, pues a ella se habrían extendido los efectos nocivos que perjudicaron o extinguieron las primeras acciones (cfr. artículos 729, 739, 789, 790, 791 y 882, inciso 3º, del Código de Comercio).

“c) Que a causa de la caducidad o prescripción el demandado haya recibido un provecho o ventaja patrimonial.

“d) Que el demandante haya padecido un empobrecimiento que sea correlativo con el enriquecimiento aludido, configurándose así una situación patrimonial desequilibrada y contraria a la equidad. (cfr. G. J., t. CXCVI, pag. 55; CCXXV, 763; sentencias de 25 de octubre de 2000, exp.#5744 y 19 de diciembre de 2007, exp.#00101-01; entre otras)”

3. En lo que atañe específicamente al tema sobre el cual gira el recurso de apelación, valga decir, sobre la demostración del requisito consistente en que se padeció un empobrecimiento correlativo al enriquecimiento que percibió la demandada con ocasión de la prescripción del título valor, es de notar cómo la Jurisprudencia de la Corte ha fijado

de manera reiterada y uniforme los aspectos que en materia probatoria atañen a esta especie de procesos:

“ (...)aunque la Sala ha dicho que existe amplia libertad probatoria para la acreditación de los presupuestos de la actio in rem verso cambiaria (G.J. t. CC, pag. 135), también ha sido enfática en señalar que tal carga no se satisface con la mera exhibición del instrumento impagado (G.J. t. CCXXV, pag. 763, y sentencia de 25 de octubre de 2000, exp. 5744, no publicada aún oficialmente), pues su aducción, ciertamente, informa de los aspectos cambiarios específicos que emanan del documento, mas no del perjuicio reclamado, a raíz de un supuesto desequilibrio patrimonial.

Expresado con otras palabras, ha comentado la doctrina jurisprudencial que en estos procesos no se busca reactivar una acción cambiaria en aras del pago del importe literal consagrado en el documento, pues sería tanto como “autorizar la furtiva cobranza de un efecto negociable degradado” (G.J. t. CCXXV, pag. 763), sino, ante todo, la verificación de la medida y proporción en que se empobreció el demandante y, correlativamente, se aprovechó el demandado, de modo que, frente al contenido indeterminado de la pretensión, corresponderá al interesado, conforme a la regla pregonada por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, probar fehacientemente que de manera cierta y real, que no simplemente conjetural o eventual, hubo un desplazamiento económico, pues, como es sabido, “el perjuicio no se presume más que en los casos expresamente indicados en la ley, de los cuales son ejemplo la cláusula penal y el pacto de arras ... ” (G.J. t. CLV, pag. 120)

Adicionalmente, en asuntos de esta naturaleza, donde la prueba es de suyo exigente, tampoco se puede presumir la existencia y el contenido de la relación causal o subyacente que ha originado la creación o transferencia del instrumento de contenido crediticio - art. 882 C. de Co. - , pues ella debe ser objeto de cabal demostración, así como no es dable desconocer que no siempre que se suscribe un título valor media un negocio jurídico oneroso, toda vez que podrían celebrarse otros donde impere la gratuidad, como ocurriría, verbi gratia, con la

figura del favor cambialis prevista por el artículo 639 del Código de Comercio.” Cas. 6 IV 2005 M.P. César Julio Valencia Copete

4. Sea lo primero por decir, con miras a desatar el recurso de apelación en el *sub lite*, y en consonancia con la doctrina jurisprudencial que hasta aquí se ha citado, que el actor no cumplió con la carga demostrativa que a él incumbía, enfocada a probar de manera directa e inequívoca, que no abstracta y por la vía de suposiciones, el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento correlativo sufrido por la Sociedad demandante con ocasión de la prescripción de la acción cambiaria, aspectos que cree ver reflejados plenamente en la ‘carta de instrucciones’ que autorizó el diligenciamiento de los espacios en blanco que presentaba el título valor al momento de su creación.

En efecto, se sostiene que con aquella ‘carta’ bastaba para evidenciar la existencia de un derecho de crédito, el débito a cargo del aceptante, un valor en el activo del acreedor y en el pasivo del deudor cambiario, y un aprovechamiento patrimonial al no haberlo pagado. Nada más alejado de la realidad, tanto porque la ‘carta de instrucciones’ no hace prueba de la relación fundamental, que el mismo apelante califica como un contrato de suministro “o eventualmente un contrato de cuenta corriente”, como porque de aquel documento no se desprende la prueba que permita tener certeza del aumento patrimonial y del correlativo empobrecimiento, no obstante los enormes esfuerzos argumentativos realizados por el actor en su escrito de apelación.

Ninguna discusión mereció lo inherente a que corresponde al actor la carga de la prueba, actividad demostrativa que debió dirigirse a establecer fehacientemente que en realidad entre las partes hubo un traslado patrimonial en la cuantía a que se hizo referencia, lo cual no podía limitarse a reparar en lo anotado en el documento de crédito cuya acción cambiaria prescribió, y mucho menos a las “instrucciones” impartidas para su llenado, porque de ellas obviamente no emana ninguna constatación directa acerca del valor, ni de los pormenores de contrato alguno, de las mercancías transferidas, de los valores de las mismas, de las fechas de los suministros, etc.

5. Un análisis de las disquisiciones del apelante no permite arribar a sus mismas conclusiones, particularmente en lo que se refiere al tema de los libros y papeles de comercio. El recurrente, en una interpretación desafortunada del artículo 68 del C. de Co., manifiesta que dichos documentos sólo hacen plena prueba, pero en contra de quien los lleva, por lo que “no se podrán aducir como prueba a favor del mismo comerciante”. Más adelante incurre en una contradicción al afirmar que para la demostración del empobrecimiento y el correlativo enriquecimiento patrimonial ocasionado por el suministro de bienes y servicios, “son suficientes los registros contables que los comerciantes conserven en sus libros y papeles de contabilidad debidamente registrados y llevados”, contradicción que resuelve, siendo consecuente con su planteamiento inicial, diciendo que no podía “aducir ni solicitar que se decrete como prueba a su favor el contenido de sus libros de contabilidad, ya que ello solo es viable en cuanto le produzcan efectos adversos al derecho reclamado o favorezcan a la parte contraria”.

De la correcta apreciación del artículo 68 del Código de Comercio¹⁹, se concluye que nada impide que el comerciante ofrezca para fines probatorios el contenido de sus documentos o libros de comercio a un proceso judicial, y resulta absurdo que sólo pueda hacerlo cuando aquello le genere “efectos adversos al derecho reclamado” o “favorezcan a la parte contraria”, porque tal eventualidad, en estricta lógica, jamás sucedería, a todo lo cual debe agregarse que el Código de Procedimiento Civil –art.271- es tajante cuando establece que “los libros de comercio hacen fe en los procesos entre comerciantes, siempre que estén llevados en legal forma. En los demás casos, solamente harán fe contra el comerciante que los lleva”.

Con independencia de que en cumplimiento de la carga probatoria que le correspondía, la accionante podía acudir a otros medios de persuasión, lo cierto es que, en punto al sustento de su impugnación,

19 *Art. 68.- Los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente. “En materia civil, aún entre comerciantes, dichos libros y papeles sólo tendrán valor contra su propietario, en lo que en ellos conste de manera clara y completa y siempre que su contraparte no lo rechace en lo que le sea desfavorable.*

no existía ninguna razón atendible para que no ofreciera sus documentos de comercio²⁰, en las respectivas oportunidades probatorias, con miras a dar fundamento a sus pretensiones.

6. Como la demandante estaba en posibilidad de hacer llegar por diversos medios sus documentos y papeles de comercio con el fin de nutrir de soporte probatorio los hechos que fundamentaron sus pretensiones²¹, y además contaba con varios medios para hacerlo -sin que se esté tomando tales documentos como la única prueba conducente en materia de enriquecimiento cambiario- se concluye que en ningún yerro incurrió el juez en la valoración de una prueba (carta de instrucciones) a la que se pretende forzar al punto de hacer innecesaria la presencia de los registros contables y de cualquier otro medio de prueba. Por lo demás, las aseveraciones de la demanda en modo alguno pueden equipararse al “juramento estimatorio”, como lo aduce el apelante, ya que esta es una prueba que requiere autorización expresa para determinados eventos (art. 211 cpc)²², entre los cuales no se encuentran controversias como la presente, y acudir a tal equivalencia sería validar como prueba el mero dicho del demandante, siendo que no se prueba solo con afirmar²³, “porque demuestra quien prueba, no quien enuncia, no quien envía a otro a buscar la prueba”²⁴, y “es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse es su favor su propia prueba”, dado que “quien afirma un hecho en un proceso, tiene la carga procesal de mostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del C. de P. C.”²⁵.
7. Estando en claro que la “prueba” que se aduce del enriquecimiento que apareja un detrimento patrimonial injustificado, es fruto de una mera argumentación del apelante, quien por esa vía la elaboró, nada se puede cuestionar a la decisión apelada, pues el juez se limitó a fallar con las pruebas que regular y oportunamente se arrimaron al

20 *Libros, comprobantes, etc.*

21 *V.gr. copias, inspección judicial, etc.*

22 *V.gr. en ejecuciones por perjuicios compensatorios arts. 493 y 495 cpc.*

23 *salvo en afirmación o negación indefinida, que no es el presente caso.*

24 *C.S. de J., sent. 025, 26 febrero 2001 exp. 6048)*

25 *Cas. Civ. 12 febrero 1980, idem, 9 nov. 1993.*

proceso, que es a lo que la ley lo obliga. Lo contrario equivaldría a suponer una prueba con la que no se cuenta y acerca de hechos cuya demostración incumbía al demandante, quien tan sólo aportó copias: *i.* del título valor, degradado a simple documento por virtud de la prescripción, cuya aptitud demostrativa se contrae a dar fe de la que otrora fue una relación obligatoria; *ii.* de la ‘carta de instrucciones’, que hace referencia genérica e indeterminada a unos “registros contables”, y *iii.* de las sentencias que declararon la prescripción de la acción cambiaria; documentos que, *per se*, son insuficientes para resolver afirmativamente las pretensiones de la demanda, pues no demuestran que en efecto se hubiera presentado el aumento patrimonial de la demandada y el correlativo empobrecimiento de la demandante, con ocasión del título valor prescrito a que se hizo referencia.

8. Corolario de todo cuanto hasta aquí se ha consignado, es que se impone confirmar la sentencia apelada. (Radicado: 110013103033 2007 00594 01).

8. RESPONSABILIDAD BANCARIA POR PAGO DE CHEQUES ADULTERADOS O DE CHEQUERA EXTRAVIADA

Dos situaciones propician el pago irregular de cheques: *i.* que el cheque se falsifique o se le aumente su valor; *ii.* que se ‘gire’ en un formulario de chequera perdida o a la cual se le perdieron uno o varios formularios.

Debido a los riesgos que entraña la actividad profesional de los bancos, bajo el criterio de la responsabilidad de empresa y del hecho de que el que reporta utilidad es el banco, se presume la responsabilidad de esas entidades cuando pagan un cheque falsificado a adulterado. Esa es la hipótesis prevista en el art. 732 del CCo.

En cambio, en el caso de formulario extraviado, aunque sobre el mismo también se haya efectuado una falsedad, se presume la responsabilidad el dueño de la chequera que es su custodio. Esta es la hipótesis del art. 733 *ibídem*.

En el caso del cheque falso o al cual se le aumentó la cantidad, que son riesgos propios de la circulación, el banco se puede exonerar: *i.* si la falsedad es culpa del cuentacorrentista; según la jurisprudencia debe existir nexo causal entre la culpa y la alteración, de modo que se pueda inferir que ésta se debió a aquella; y *ii.* por caducidad; si el cuentacorrentista no notifica al banco que el cheque era falso dentro del término de 6 meses contados desde que se le devuelve el cheque, término especial previsto en el art. 1391 del CCo., pues el art. 732 ib. fija un término de tan solo 3 meses.

Y en el otro evento, la responsabilidad del cuentacorrentista por el pago de un cheque elaborado en un formulario extraviado, tiene como salvedad el aviso oportuno que se de al banco sobre esa pérdida, para lo cual no se fija término, pues obviamente puede ser en cualquier momento antes del pago, siempre que la antelación hubiera podido impedir el pago. Asimismo, puede objetar el pago si la falsedad es notoria, es decir, que se advierta a simple vista, sin necesidad de acudir a medios técnicos pues entonces la falsedad carecería de notoriedad. Este punto plantea las siguientes inquietudes que se trasladan a los discentes: ¿cómo se determina la notoriedad?. ¿Es conducente un dictamen si se considera que el perito va a decir que el cheque es falso, lo cual ya se sabe?. Se podría preguntar al perito si la falsedad es notoria? O sería útil y conducente un testimonio técnico, para definir el punto “a ojo de buen cajero”?

Jurisprudencia.

Se citan la sentencia de 8 de septiembre de 2003, proferida por la Corte Suprema de Justicia en la cual se trata sobre *Responsabilidad bancaria por el pago de cheques falsos*, los antecedentes jurisprudenciales, la exoneración del banco, y las diferencias entre los casos previstos en los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio.

“1. El régimen normativo de la responsabilidad civil de los establecimientos bancarios, por el pago que realicen de cheques falsos o alterados, fundamentalmente se estructura al amparo de tres disposiciones legales, esto es, los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio, los cuales ameritan las precisiones que a espacio se expondrán, debido a que, dependiendo de las circunstancias peculiares

del asunto, como el tratamiento jurídico no siempre será igual, no es dable asimilar lo que cada uno de estos preceptos prevé.

*“El último texto acabado de citar, enmarcado dentro de la regulación del contrato de cuenta corriente bancaria, dispone que “todo banco es responsable con el cuentacorrentista por el pago que haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado, salvo que el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes. La responsabilidad del banco cesará si el cuentacorrentista no le hubiere notificado sobre la falsedad o adulteración del cheque, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago”. Esta norma armoniza con el principio y la salvedad que en términos parecidos describe el artículo 732 *ibídem*, con referencia a la responsabilidad que asume el banco frente al depositante por el pago que haga de un cheque falso, toda vez que sólo difiere de la transcrita acerca del plazo en que ha de informarse dicha anomalía al librado, puesto que en este evento aquella responsabilidad cesa cuando “el depositante” no le notifique “dentro de los tres meses después de que se le devuelva el cheque, que el título era falso o que la cantidad de él se había aumentado”.*

“El artículo 733, por su lado, señala que “el dueño de una chequera que hubiere perdido uno o más formularios y no hubiere dado aviso oportunamente al banco, sólo podrá objetar el pago si la alteración o la falsificación fueren notorias.”

“No hay duda que las reglas precitadas se asemejan a los artículos 123 y 124 del denominado Proyecto Intal, dado que el primero de ellos enseña que “la alteración de la cantidad por la que el cheque fue expedido, o la falsificación de la firma del librador, no pueden ser invocadas por éste para objetar el pago hecho por el librado, si el librador dio lugar a ellas por su culpa, o por la de sus factores, representantes o dependientes”, y el segundo indica que “el librador que habiendo perdido el formulario o los formularios proporcionados por el librado no hubiere dado aviso a éste oportunamente, sólo podrá objetar el pago si la alteración o la falsificación fueren notorias” (Banco Interamericano de Desarrollo - Instituto para la Integración

de América Latina, Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina, 1966)

“2. Por cuanto el tema que ocupa la atención de la Corporación ha sido regulado de manera diferente en el sistema positivo colombiano, debido a que, antes del actualmente vigente tocante con los títulos valores - Decreto Ley 410 de 1971 - , imperó el de los instrumentos negociables consagrado en la ley 46 de 1923, en orden a señalar algunas de las características más destacadas de una y otra legislación, expresa la Sala, en apretada síntesis, que con apoyo en el artículo 191 de la ley en mención, al estar prescrito que “todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquel haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de un año después de que se le devuelva el comprobante de tal pago, que el cheque así pagado era falso o que la cantidad de él se había aumentado”, se establecía así la teoría del riesgo creado que ubicaba en cabeza del banco la contingencia del pago de un cheque irregular, carga de la que sólo podía liberarse si el cuentacorrentista no daba aviso oportuno del fraude; ello equivalía a decir, a términos de la doctrina jurisprudencial, que se trataba de una “ ... responsabilidad de la cual no se exoneraba ni aún con la prueba de que la falsedad o la adulteración habían encontrado su causa determinante en la conducta negligente del cuentacorrentista, en la guarda del instrumento.” (G.J. t, CLII, n° 2393, pag. 522) o, siguiendo la misma providencia, con otras palabras, “ los perjuicios de dicho cobro indebido eran, pues, de cuenta del banco girado, siempre que el cliente le hiciera saber oportunamente el hecho fraudulento.”

“A poco andar, la jurisprudencia vino a moderar la rigurosa postura legislativa, al admitir que si bien, por regla general, recaía sobre el banco la responsabilidad por el pago de un cheque falso o adulterado, también era cierto que aquella responsabilidad podía atenuarse o incluso excluirse, dependiendo del comportamiento específico que hubiera desplegado el cuentacorrentista, sin que, en todo caso, pesara sobre el actor la carga de demostrar la culpa del establecimiento, toda vez que la ley, sin reparar en la conducta subjetiva de éste, imponía a la entidad la asunción del riesgo bancario (sentencias de 9 de diciem-

bre de 1936, G.J. t, XLIV, n° 1918 - 1919, pag. 405 y 26 de noviembre de 1965, G.J. t, CXIII - CXIV, n° 2278 - 2279. pag. 198, entre otras); para mejor decirlo, con términos de la propia Corporación, repetidos en casi todos sus fallos, esto significaba que “como la medida de la responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso no se detiene en la culpa sino que alcanza el riesgo creado, no le basta el lleno de las precauciones habituales, sino que es preciso probar algún género de culpa en el titular de la cuenta corriente para que el banco quede libre ” (G.J. n° 1943, pag. 43)

“De antaño, expresó sintéticamente la Corte: “ el riesgo se manifiesta, pues, como una aspiración de la evolución del derecho moderno. ... La categoría pertinente aquí se funda por una parte en razones de política del derecho, en virtud de la consideración de que los riesgos normales de un oficio sean de cargo del que lo ejerza cuando ello convenga socialmente. Para las operaciones pasivas de los bancos, o sean las encaminadas a reunir fondos disponibles, estimó prudente el legislador ampliar la responsabilidad a cargo de ellos por encima del límite regular, en lo referente a pagos de cheques falsos o cuyas cantidades hayan sido aumentadas. La actividad de esas empresas, en lo pertinente, no debe realizarse a riesgo ajeno. Por consiguiente, en la realidad es necesario que haga parte de los gastos del negocio bancario la responsabilidad por riesgo a que se refiere la ley. ” (sentencia de 15 de julio de 1938, G.J. t, XLVII, n° 1940, pag. 68)

“Posteriormente, con la expedición del Código de Comercio de 1971, se incorporó en el ordenamiento el criterio jurisprudencial antes anotado; y dentro de esta línea la Sala también ha aludido al llamado principio de responsabilidad de empresa, por virtud del cual “ ... como contrapartida de la actividad empresarial que es desarrollada por la institución bancaria en su propio interés y bajo su control, operación cuyo ejercicio acarrea, indudablemente, diversos riesgos, entre ellos, el de pagar cheques cuya falsificación no sea imputable al librador, el ordenamiento le atribuye, en inobjetable aplicación del principio ‘ubi emolumentum, ibi incomoda’, la obligación de soportar tal contingencia, imposición que, de todas formas, encuentra justificación igualmente válida en otros argumentos tales como que

la falsedad se dirige y consume contra el banco, pues, a la postre, el pago del cheque se produce con su propio dinero y no con el del cuentacorrentista, dada la particular naturaleza del depósito bancario.” (sentencia de 9 de septiembre de 1999, G.J. t, CCLXI, n° 2500, pag. 258, y, en similar sentido, las de 24 de octubre de 1994, G.J. t, CCXXXI, n° 2470, pag. 830, 23 de agosto de 2000, exp. 5005 y 11 de julio de 2001, exp. 6201, no publicadas oficialmente),

“3. Bajo las anteriores premisas, forzosa es la conclusión consistente en que el cuentacorrentista, en aquellas ocasiones en que un establecimiento bancario descarga un cheque falso o adulterado, no tiene el deber de acreditar ningún tipo de culpa de parte de éste, como quiera que el mismo sistema jurídico se ha encargado de asignarle la responsabilidad aneja a los riesgos propios de la actividad que desarrolla. Como lo dijo esta Corporación en el mentado fallo de septiembre de 1999, “ ... deviene inútil e insubstancial la tarea de emprender la acreditación de alguna culpa atribuible a ellas - se refiere a las entidades bancarias - , habida cuenta que la ley las considera responsables por el pago de los cheques adulterados, obligación que se extingue cuando por culpa imputable al titular de la cuenta corriente se hubiese producido la defraudación ”.

“Mas, ha de reiterarse cómo el hecho de ser este un régimen de responsabilidad profesional (sentencia de 17 de septiembre de 2002, exp. 6434, no publicada oficialmente), que hace que ella se presuma a cargo del librado (sentencias de 30 de septiembre de 1986, G.J. t, CLXXXIV, n° 2423, pag. 290 y 27 de julio de 1994, G.J. t, CCXXXI, n° 2470, pag. 103, entre otras), en manera alguna entraña que esa responsabilidad sea absoluta, en vista de que tanto el proceder del cuentahabiente o de aquellos por los que él ha de responder, como su posible influjo en la falsificación y pago del instrumento, habrán de ser detalladamente examinados, como presupuesto indispensable para que, fruto de esa valoración, se encamine, en una u otra dirección, la imputación respectiva.

“Como se anticipó, ha sido uniforme la jurisprudencia al precisar que “ ... por disposición del artículo 1391 del Código de Comercio, la

responsabilidad del banco, derivada del pago de un cheque falso, cesa cuando 'el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes', es decir, que la entidad bancaria queda exonerada de la responsabilidad empresarial de la que se ha hablado, originada en el pago de los instrumentos espurios, cuando el librador, o las personas por las que él responde, hubieren incurrido en culpa que hubiese 'dado lugar a ello'. Pero, como es diáfano en la aludida regla, debe existir un vínculo de causalidad entre la culpa del librador y la adulteración del título valor, es decir, que hay lugar a la exoneración del banco en cuanto éste demuestre la existencia de una culpa del girador ligada a la falsificación del cheque de modo que pueda colegirse que ésta última debe su existencia a aquella otra. Por consiguiente, precisando lo que desprevénidamente se dijera en oportunidad anterior (G.J. No. 1943, pág. 73 y transcrito en sentencia del 29 de noviembre de 1976), débese destacar acá y con singular énfasis, que no cualquier inobservancia atribuible al librador da lugar a la liberación de responsabilidad del banco acusado de pagar cheques espurios, pues para que tal exoneración se produzca es menester que la culpa de aquél se encuentre entroncada con la falsificación de los mismos, de modo que sea posible inferir que esta última debe su existencia a aquella otra". (sentencia de 9 de septiembre de 1999, G.J. t. CCLXI, n° 2500, pag. 258).

"4. Aparte de que, como se ha venido insistiendo, en principio el banco librado es responsable por el pago del cheque falso y que de ello sólo puede sustraerse si demuestra cabalmente que lo anterior obedeció a culpa del librador, o de quienes lo representan, o de aquellos que de él dependen, es menester agregar que el establecimiento igualmente podría exonerarse de responsabilidad cuando se encuentre que no fue notificado oportunamente sobre la falsificación o adulteración del instrumento pagado, en torno de lo cual, esta Corporación, en la última providencia citada, después de notar "una real situación de antinomia" entre los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio, "en cuanto contemplan dos términos de caducidad distintos, uno de 3 meses y otro de 6", se inclinó por la segunda de tales disposiciones mercantiles, para concluir: " a) Que el término dentro del cual el cuentacorrentista debe dar aviso al banco sobre la falsedad del títu-

lo pagado es de seis (6) meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1391 del C.C.; b) Que dicho término empieza a correr a partir del envío de la información suministrada por el banco al cuentacorrentista sobre el pago del cheque falso, la que bien puede darse al mismo tiempo con la devolución del título y el envío del extracto de la cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 728 íb.; o de alguna de las dos formas, según sea lo que ocurra primero; c) Que si no se da dicho aviso oportunamente, cesa la responsabilidad del banco por el pago del cheque falso”.

“5. Aunque dentro del mismo tema de la responsabilidad, pero sin que haya lugar a confundirlo por tratarse de una hipótesis particularísima que, por lo mismo, merece un manejo disímil, impónese resaltar que el artículo 733 del Código de Comercio exige distinguir el pago de cheques falsificados o adulterados, sin mediar su pérdida por parte del dueño de la chequera - riesgo propio de la circulación - , como lo prevén las normas aludidas en los párrafos precedentes, de aquel que se haga de títulos igualmente apócrifos, pero precedido de la “pérdida”, evento este que, como se analizará con detenimiento, está regulado exclusiva y preferentemente por la disposición que se acaba de mencionar.

“Evidentemente, en esta especial circunstancia, el dueño de la chequera, que no es otro que el cuentacorrentista, según voces de los artículos 714 y 1382 íbidem, “ que hubiere perdido uno o más formularios”, deberá avisar sobre dicho suceso a fin de que el banco se abstenga de hacerlos efectivos, porque de lo contrario, es decir, si no da noticia del hecho irregular o si lo hace de modo extemporáneo, la objeción por su pago sólo tendrá cabida si “la alteración o la falsificación fueren notorias”.

“Pronto se avista así cómo a partir de un supuesto fáctico singular, esto es, el de la “pérdida” de uno o varios formularios de cheque, se modifica la forma como habrán de endilgarse los efectos derivados del pago de los mismos ilegítimamente diligenciados, puesto que tal hipótesis se sustrae de la regla general de responsabilidad a cargo del banco establecida, según se vio, en los artículos 732 y 1391 del C. de Co.

“Efecto de lo anterior es que sin importar cuál haya sido la conducta del cuentacorrentista en el cuidado del talonario, él será el llamado a soportar las secuelas de su pérdida, de suerte que el banco sólo asumirá el resultado del pago del cheque apócrifo previamente perdido por el cuentacorrentista si éste lo enteró tempestivamente del hecho de la pérdida, o si la falsedad es cuestión notoria.

“Es notorio lo manifiesto, palmario, patente o, como lo ha dicho la Corte, “ la evidencia clara de una cosa”, es decir, cuando “ ... ella supone un resalto a la simple vista de lo que se considera notorio, sin que para detectarlo se requiera de un análisis minucioso, una comparación de detalles minúsculos que sólo logran advertirse con ayudas técnicas o conocimientos. De allí que cuando lo que ha de calificarse como notorio, requiere para establecerlo de tales procedimientos, deja de serlo. ” (sentencia de 31 de julio de 2001, exp. 5831, no publicada oficialmente). De suyo, entonces, para que la falsedad plasmada en el cheque previamente sustraído al cuentahabiente pueda catalogarse como notoria, requiere que aparezca de bulto a quien la aprecia, o que del examen normal del instrumento pueda colegirse su ocurrencia, sin tornarse necesario para establecerla observaciones detalladas o técnicas. Ante la presencia de adulteración semejante el banco responderá por el pago que haya hecho del título valor, independientemente de cualquier otra consideración, en especial, de si su cliente le dio o no aviso oportuno del extravío del formulario respectivo.

“Ahora bien, en tratándose de una falsedad elaborada que, por ende, no alcance a ser calificada como notoria, la única circunstancia que impide que los efectos del pago del instrumento adulterado deban ser asumidos por el girador y que, por contera, conduzca a radicar la responsabilidad en el banco, es el aviso oportuno de la pérdida del formato de cheque, puesto que si tal información no se da “ ... verá aquél restringida la posibilidad de objetarle a éste el indebido desembolso ...”, que “ ... estará limitada al hecho de que la alteración o la falsificación fueren notorias ...” (sentencia de 17 de septiembre de 2002, exp. 6434, no publicada oficialmente). Por consiguiente, ante el aviso oportuno de la pérdida, el cuentahabiente podrá ejercer la facultad de objetar el pago, como quiera que él traduciría incumplimiento de la revocación de la orden documentada en el cheque (artículo 724 Código de Comercio).

“No sin antes observar que, por razones suficientemente conocidas, el Código de Comercio se funda en este aspecto sobre bases análogas a las de otras codificaciones²⁶, con respecto al artículo 194 de la “Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito” de México, el expositor Joaquín Rodríguez Rodríguez indica: “ ... el problema es saber cuándo puede decirse que el librador o sus representantes, ‘han dado lugar’ a la alteración o falsificación. Para apreciar esta culpa, deben tenerse en cuenta dos diversas hipótesis: primera, el cheque estaba redactado sobre una de las fórmulas del talonario que el banco proporcionó al cliente; segunda, el cheque no estaba redactado en una de las fórmulas indicadas. Si ocurre lo primero, el artículo 194, en su párrafo segundo, establece una clara presunción: la culpa del pago indebido es del girador; se supone que es éste el que ha dado lugar al pago indebido, por haber incurrido en una negligencia en la custodia del talonario que el banco le proporcionó. De este modo, el girador soportará el pago del cheque falsificado, o alterado, cuyo importe le

26 En compendio, el artículo 194 de la “Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito” de México, presenta un contenido equiparable con el de los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio Colombiano, así: “La alteración de la cantidad por la que el cheque fue expedido, o la falsificación de la firma del librador, no pueden ser invocadas por éste para objetar el pago hecho por el librado, si el librador ha dado lugar a ellas por su culpa, o por la de sus factores, representantes o dependientes. Cuando el cheque aparezca extendido en esqueleto de los que el librado hubiere proporcionado al librador, éste sólo podrá objetar el pago, si la alteración o la falsificación fueren notorias, o si, habiendo perdido el esqueleto o el talonario, hubiere dado aviso oportuno de la pérdida al librado. Todo convenio contrario a lo dispuesto en este artículo es nulo.” Por su parte, los artículos 5, 35 y 36 de la ley Argentina de cheques - número 24452 de 1995 que derogó el Decreto Ley 4776 de 1963, pero con reproducción sustancial de su texto en esta materia -, otorgan un tratamiento coincidente al asunto: “Artículo 5. En caso de extravío o sustracción de fórmulas de cheque sin utilizar, de cheques creados pero no emitidos o de la fórmula especial para solicitar aquellas, el titular de la cuenta corriente deberá avisar inmediatamente al girado. En igual forma deberá proceder cuando tuviese conocimiento de que un cheque ya emitido hubiera sido alterado. El aviso también puede darlo el tenedor desposeído. El aviso cursado por escrito impide el pago del cheque, bajo responsabilidad del titular de la cuenta corriente o del tenedor desposeído. (...)”, “artículo 35. El girado responderá por las consecuencias del pago de un cheque, en los siguientes casos: 1. Cuando la firma del librador fuese visiblemente falsificada. 2. Cuando el documento no reuniese los requisitos esenciales especificados en el artículo 2º. 3. Cuando el cheque no hubiese sido extendido en una de las fórmulas entregadas al librador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º.” y “artículo 36. El titular de la cuenta corriente responderá de los perjuicios: 1. Cuando la firma hubiese sido falsificada en alguna de las fórmulas entregada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º y la falsificación no fuese visiblemente manifiesta. 2. Cuando no hubiese cumplido con las obligaciones impuestas por el artículo 5º. La falsificación se considerará visiblemente manifiesta cuando pueda apreciarse a simple vista, dentro de la rapidez y prudencia impuestas por el normal movimiento de los negocios del girado, en el cotejo de la firma del cheque con la registrada en el girado, en el momento del pago.”

será cargado en su cuenta. Esta presunción tiene dos excepciones. La primera, es la que resulta del hecho de ser notorias la falsificación o la alteración. ... La segunda excepción es la que resulta del aviso dado al banco por el cliente de haber perdido o haber sufrido la substracción del talonario o de algunas de las fórmulas de cheques ... ” (Derecho Bancario, 7ª ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1993, pag. 218, cursiva textual). Del mismo criterio participa el tratadista Raúl Cervantes Ahumada, autor del proyecto Intal, (Títulos y Operaciones de Crédito, 14ª ed., Editorial Porrúa S.A., México, 2000, pag. 117).

“Ha de precisarse que el aviso previsto por el artículo 733 del Código de Comercio, referido como se viene diciendo a la pérdida o extravío de los esqueletos de cheques, sólo será oportuno si el banco lo recibe con antelación al pago del título, como quiera que tiene el propósito de prevenir que se haga efectivo el derecho que anormalmente se ha incorporado en el instrumento. Sobre el particular, precisamente, el mencionado autor Rodríguez Rodríguez expone que “ ... este aviso suprime la presunción a que nos venimos refiriendo - alude a la consagrada por el artículo 194 de la Ley Mexicana -, siempre que se haga oportunamente, es decir, antes del pago y con tiempo materialmente suficiente para impedirlo ” (ob. cit. pag. 219), posición a la que adhiere Rafael De Pina Vara (Teoría y Práctica del Cheque, 3ª ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1984, pag. 243).

“En este punto, resulta menester destacarlo, surge nítido que el aviso en cuestión difiere sustancialmente de la notificación que imponen los artículos 732 y 1391 del C. de Co., pues ésta, por corresponder a una eventualidad distinta, emerge con posterioridad al pago del cheque falso o adulterado.

“En suma, el artículo 733 del Código de Comercio actúa sobre la premisa consistente en que una vez el cuentacorrentista ha recibido sin reparo la chequera, si uno o varios de los formularios salen de sus manos, a él le será atribuible semejante desatención en su custodia, de suerte que será su misma conducta la que le hará asumir las consecuencias del pago que se realice del cheque elaborado en uno de esos formatos, sin que en esta hipótesis pueda verse favorecido con la presunción de responsabilidad a

cargo de la entidad bancaria, salvo que la falsedad sea notoria o que, no siéndolo, hubiere dado aviso oportuno del extravío, supuestos estos en los que responsabilidad recaerá entonces en el banco.

*“De paso, hállase pertinente precisar la tesis sostenida por la Sala en alguna ocasión cuando, tras citar los artículos 732, 733 y 1391 *Ibidem* indiscriminadamente recalcó que “ ... el Banco estaba en el deber no sólo de acreditar la pérdida culposa del formulario, sino, además, que la falsificación no fue notoria, o sea, de difícil verificación, porque no se puede desplazar la responsabilidad del Banco por el exclusivo hecho de la pérdida del cheque sin que se colme el otro supuesto previsto en el artículo 733 del Código de Comercio.” (sentencia de 30 de septiembre de 1986, G.J. t. CLXXXIV, n° 2423, pag. 290), en el sentido de que la carga probatoria que allí se atribuye al librado en forma alguna comprende la demostración de la culpa del cuentacorrentista en la pérdida del esqueleto o esqueletos de cheque, ya que ello sería exigir la satisfacción de un requisito que la ley no prevé, pues, se reitera, el tratamiento particular que ofrece el citado artículo 733 parte de la simple y llana “pérdida”, seguida, eso sí, de la falta de enteramiento al banco o del anuncio extemporáneo. En lo que hace a la notoriedad de la falsedad es de verse que si, por mandato del artículo 177 del C. de P.C., concierne a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen, no resulta adecuado esperar que el banco sea el encargado de traer al proceso la evidencia de que “la falsificación no fue notoria, o sea, de difícil verificación”, habida cuenta que si el cuentacorrentista que ha extraviado el título y no lo ha comunicado al banco - o lo ha comunicado por fuera del término - es quien pretende reservarse el derecho de objetar el pago efectuado por el librado, es a él, y sólo a él, al que compete el cumplimiento de la carga de acreditar que el instrumento contenía una falsedad o alteración palpable, más si se tiene en cuenta que la consecuencia que se desprendería de dicha demostración, esto es, mantener a salvo la posibilidad de que el establecimiento pagador le reembolse la suma entregada, redundará en beneficio exclusivo del cuentahabiente”.*

Unidad 2

ANEXO

LEY 1231 DE 2008

(julio 17)

Diario Oficial No. 47.053 de 17 de julio de 2008

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. El artículo del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título

valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

PARÁGRAFO. Para la puesta en circulación de la factura electrónica como título valor, el Gobierno Nacional se encargará de su reglamentación.

ARTÍCULO 2o. El artículo 773 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: *Aceptación de la factura*. Una vez que la factura sea aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa que el contrato que le dio origen ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título. El comprador o beneficiario del servicio deberá aceptar de manera expresa el contenido de la factura, por escrito colocado en el cuerpo de la misma o en documento separado, físico o electrónico. Igualmente, deberá constar el recibo de la mercancía o del servicio por parte del comprador del bien o beneficiario del servicio, en la factura y/o en la guía de transporte, según el caso, indicando el nombre, identificación o la firma de quien recibe, y la fecha de recibo. El comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá alegar falta de representación o indebida representación por razón de la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencias, para efectos de la aceptación del título valor.

La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a su recepción. En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura, y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento.

PARÁGRAFO. La factura podrá transferirse después de haber sido aceptada por el comprador o beneficiario del bien o servicio. Tres (3) días antes de su vencimiento para el pago, el legítimo tenedor de la factura informará de su tenencia al comprador o beneficiario del bien o servicio.

ARTÍCULO 3o. El artículo 774 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: *Requisitos de la factura*. La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes:

1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión.
2. La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley.
3. El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura.

No tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo. Sin embargo, la omisión de cualquiera de estos requisitos, no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura.

En todo caso, todo comprador o beneficiario del servicio tiene derecho a exigir del vendedor o prestador del servicio la formación y entrega de una factura que corresponda al negocio causal con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere sido cancelada.

La omisión de requisitos adicionales que establezcan normas distintas a las señaladas en el presente artículo, no afectará la calidad de título valor de las facturas.

ARTÍCULO 4o. El artículo 777 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: *Pago por cuotas de la factura. Contenido Adicional*. Cuando el pago haya de hacerse por cuotas, las facturas contendrán además:

1. Número de cuotas.
2. La fecha de vencimiento de las mismas.
3. La cantidad a pagar en cada una.

PARÁGRAFO. Los pagos parciales se harán constar en la factura original y en las dos copias de la factura, indicando así mismo, la fecha en que fueren hechos y el tenedor extenderá al deudor los recibos parciales correspondientes. No obstante, podrán utilizarse otros mecanismos para llevar el registro de los pagos, tales como registros contables o cualquier otro medio técnicamente aceptado.

En caso de haberse transferido la factura previamente a los pagos parciales, el emisor, vendedor, prestador del servicio o el tenedor legítimo de la factura, deberán informarle de ellos al comprador o beneficiario del servicio, y al tercero al que le haya transferido la factura, según el caso, indicándole el monto recibido y la fecha de los pagos.

ARTÍCULO 5o. El artículo 779 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: *Aplicación de normas relativas a la letra de cambio*. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

ARTÍCULO 6o. *TRANSFERENCIA DE LA FACTURA.* El vendedor o prestador del servicio y el tenedor legítimo de la factura, podrán transferirla a terceros mediante endoso del original.

La transferencia o endoso de más de un original de la misma factura, constituirá delito contra el patrimonio económico en los términos del artículo 246 del Código Penal, o de las normas que lo adicionen, sustituyan o modifiquen.

PARÁGRAFO. El endoso de las facturas se registrará por lo dispuesto en el Código de Comercio en relación con los títulos a la orden.

ARTÍCULO 7o. El artículo 778 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: *Obligatoriedad de aceptación del endoso*. Con el solo hecho de que la factura contenga el endoso, el obligado deberá efectuar el pago al tenedor legítimo a su presentación.

Únicamente para efectos del pago, se entiende que el tercero a quien se la ha endosado la factura, asume la posición del emisor de la misma.

En ningún caso y por ninguna razón, podrá el deudor negarse al pago de la factura que le presente el legítimo tenedor de la misma, salvo lo dispuesto en el artículo 784 del presente código.

Toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de una factura o su aceptación, se tendrá por no escrita.

ARTÍCULO 8o. PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS. Las personas naturales o jurídicas que presten servicios de compra de cartera al descuento deberán verificar la procedencia de los títulos que adquieran. En todo caso, el comprador o beneficiario del servicio queda exonerado de responsabilidad por la idoneidad de quienes actúen como factores.

Quienes actúen como factores adoptarán medidas, metodologías y procedimientos orientados a evitar que las operaciones en que intervengan puedan ser utilizadas, directa o indirectamente, como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación; o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas; o para el lavado de activos y/o la canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas; o para buscar el ocultamiento de activos provenientes de dichas actividades.

Deberá informarse a las autoridades competentes sobre cualquier operación sospechosa de lavado de activos o actividad delictiva. En todo caso, las empresas de factoring, deberán sujetarse a lo regulado por el artículo 103 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Solamente podrán prestar servicios de compra de cartera al descuento las empresas legalmente organizadas e inscritas en la Cámara de Comercio correspondiente.

PARÁGRAFO 1o. Para todos los efectos legales, se denomina factor a la persona natural o jurídica que preste los servicios de compra de cartera al descuento, al cual no le son aplicables las disposiciones vigentes sobre Preposición, contenidas en el presente código.

ARTÍCULO 9o. DE TRANSICIÓN. Las facturas cambiarias de compra-venta de mercancías y de transporte, libradas bajo el imperio de la legislación que se deroga, subroga o modifica, conservarán la validez y los efectos reconocidos en dicha legislación.

ARTÍCULO 10. VIGENCIA Y DEROGATORIA. La presente ley comenzará a regir tres meses después de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

Junio de 2011

