

Manizales, octubre de 2021

Honorables Magistrados

SALA CIVIL Y DE FAMILIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE MANIZALES

Atte. Dr. **JOSE HOOVER CARDONA MONTROYA**

Magistrado Ponente

Ciudad

REF. Radicación 2019-0151 Proceso Ejecutivo de **BANCO DAVIVIENDA S.A.** contra **SILVIO VALDÉS SÁNCHEZ Y OTRO**

En mi condición de apoderado del demandado **SILVIO VALDÉS SÁNCHEZ** dentro del proceso de la referencia, por el presente escrito me permito interponer recurso de reposición en contra del auto fechado el pasado 8 de octubre, notificado el día 11 siguiente, por el cual se rechazó de plano el incidente de nulidad impetrado por el suscrito y no se accedió a la petición subsidiaria de resolución del recurso de apelación interpuesto contra sentencia de primera instancia, por existir escrito previo contentivo de la sustentación del mismo.

1. RECHAZO AL INCIDENTE DE NULIDAD:

En relación con la el rechazo al incidente de nulidad, en el auto que impugna se hace mención al hecho de que todos los autos posteriores al 24 de marzo de 2021, tanto el que dio traslado para sustentar como el que declaró desierto el recurso de apelación, fueron notificados por estado, circunstancia está que no se discute.

Lo que se alega es el hecho de que la página, con el número de radicación 17174311200120190015101, no haya sido alimentada con posterioridad a la fecha indicada, circunstancia está sobre la cual no se da explicación alguna del por qué ocurrió esa omisión, limitándose el auto a mencionar que en este caso, *“la supuesta falta de información consignada en la página web de consulta de la rama judicial no tiene la virtualidad de desconocer la legítima publicación de la providencia que admitió la alzada, al igual que la declaratoria de desierto”*.

No se trata, Honorable Magistrado, de una *“supuesta falta de información”*, la misma fue real y se probó con los pantallazos insertos en el memorial.

Y si bien la causal de nulidad se refiere expresamente a la falta de notificación, lo alegado por el suscrito es un grave inconveniente técnico que me impidió notificarme oportunamente de esas decisiones, que, para el caso que nos ocupa, debe equipararse a una falta de notificación, en aras de proteger los derechos constitucionales del debido proceso y defensa de mi representada, privilegiando el fondo sobre la forma.

Si la única manera válida de vigilar los procesos es una consulta diaria de todos los estados de los Despachos ante los que actuamos, ¿para que entonces la Rama Judicial provee información de los movimientos diarios a través de la página?

Para qué tal información si no podemos CONFIAR en ella?

Entiendan, Honorables Magistrado, las necesidades y problemáticas que afrontamos los abogados litigantes en esta virtualidad, agravada por el hecho de qué, para la época de los hechos, no era posible visitar los estrados judiciales a indagar por los procesos, viéndonos expuestos a qué, en casos tan delicados como éste, una deficiencia de información, seguramente involuntaria, prive a mi representado de qué la débil sentencia proferida en primera instancia, sea revisada de fondo por ese Honorable Tribunal.

2. LA PETICIÓN SUBSIDIARIA:

ALEJANDRO MEJIA ARANGO

ABOGADO COMERCIALISTA
U. EXTERNADO – UNIANDÉS

Ahora bien, en relación con la petición subsidiaria, no se accedió a la misma, en primer lugar, por considerarla “*extemporánea*”. Cómo va a ser extemporánea, Honorables Magistrados, si apenas en el mes de septiembre de 2021, por los hechos expuestos en la solicitud de nulidad, vine a conocer la decisión?

Ahora bien, señala el auto que no es lo mismo el memorial que precisan los reparos a la sentencia impugnada, que la sustentación del recurso, lo cual es teóricamente cierto, pero si se detuvieran a revisar el memorial presentado ante el juez de primera instancia, el mismo contiene y menciona normas y jurisprudencias que sustentan el recurso, que si bien se expresaron de manera concisa, ello no le quita profundidad ni fuerza a los argumentos expuestos.

Recordemos lo que se dijo en dicho memorial:

*“En mi condición de apoderado del demandado **SILVIO VALDÉS SÁNCHEZ** dentro del proceso de la referencia, por el presente escrito me permito precisar los motivos de inconformidad con la sentencia proferida en audiencia del pasado 18 de febrero de 2021, argumentos que se expondrán ante la Sala Civil y de Familia del H. Tribunal Superior de Manizales:*

*“Señala el a quo sobre la excepción de **Imposibilidad de llenar el título valor en blanco sin contar con instrucciones del avalista**, que, salvo mejor criterio, “no es necesaria la firma del avalista en la carta de instrucciones para llenar un pagaré con espacios en blanco y para que su condición de avalista plasmada en el título valor sea válida”, basándose en el primer inciso del artículo 622 del Código de Comercio señala: “Si en el título se dejan espacios en blanco cualquier tenedor legítimo podrá llenarlos, conforme a las instrucciones del suscriptor que los haya dejado, antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se incorpora”, para concluir que basta con las instrucciones del suscriptor, sin que sean necesarias las del avalista, para llenar el título.*

“No se comparte esta posición, por cuanto son muy diferentes las consecuencias de la firma del suscriptor frente a las del avalista en el título en blanco, pues mientras el primero

ALEJANDRO MEJIA ARANGO

ABOGADO COMERCIALISTA
U. EXTERNADO – UNIANDÉS

sabe a qué atenerse cuando firma el título, pues dependerá de su conducta el hecho de que se llene el título, (por su incumplimiento) y, además, la cuantía del mismo dependerá de su voluntad en cuanto a la cantidad de dinero que reciba en mutuo.

“Muy diferente la posición del avalista, quien queda completamente desprotegido en cuanto a la cuantía de la obligación que eventualmente asumirá.

“Porque, en el caso que nos ocupa, no importa tanto si mi representado firmó o no la carta de instrucciones, la excepción que debe prosperar es la segunda, tanto por el sustento legal y jurisprudencial, como por la nula o mínima argumentación del a quo para desvirtuarla.

*“En efecto, ante la excepción de **“Imposibilidad de avalar un título valor en blanco”**, el señor Juez la desvirtúa argumentando que “lo que muestra la práctica diaria es lo contrario. La razón de ser de los títulos en blanco para las operaciones financieras de los bancos, es que al momento de estos suscribirse no se sabe en qué momento entrara en mora el deudor ni porque cuantía”.*

“Se está fallando con base en una presunta costumbre en el sector bancario que no está probada y, así lo estuviera, sería una costumbre “contra legem”, en los términos del artículo 3º del Código de Comercio, que dispone:

***“ARTÍCULO 3o.** La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella”.*

“Para el caso, la presunta costumbre aplicada por el a quo contraría lo dispuesto en el artículo 635 del Código de Comercio, en virtud del cual “A falta de mención de cantidad, el aval garantiza el importe total del título” (635), por lo que, al momento de la firma del avalista, necesariamente deberá conocerse el importe total del título, norma que tiende a

proteger al avalista, a fin de que al momento en que esté otorgando el aval, sea consciente de por qué cuantía está avalando el título, pues la misma quedaría indeterminada, permitiendo al deudor incrementar ilimitadamente sus obligaciones con el acreedor, en perjuicio del avalista.

“Así mismo, estamos ante una presunta costumbre no probada en el proceso, por ninguno de los medios establecidos en el inciso 1º del Código General del Proceso, que dispone:

“ARTÍCULO 179. PRUEBA DE LA COSTUMBRE MERCANTIL. La costumbre mercantil nacional y su vigencia se probarán:

- 1. Con el testimonio de dos (2) comerciantes inscritos en el registro mercantil que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el Código de Comercio.*
- 2. Con decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores al diferendo.*
- 3. Con certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija”.*

“Sin olvidar que la posición del señor Juez es contraria a la clara jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia expuesta en el proceso, que es plenamente aplicable al caso que nos ocupa y sin que, por parte del fallador, se haya hecho el más mínimo análisis de la misma y del por qué no sería aplicable al caso que nos ocupa.

*“Prosperando la anterior excepción, debe prosperar la de **“imposibilidad de perseguir los bienes del adquirente de un bien hipotecado cuyo deudor original resulta absuelto de pagar”**.*

“Para terminar, se reiteran los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión”.

Recordemos, además, los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (excepciones), que se reiteraron en el memorial de reparo:

“EXCEPCIONES DE MÉRITO

1. EXCEPCIÓN DE IMPOSIBILIDAD DE LLENAR EL TÍTULO VALOR EN BLANCO SIN CONTAR CON INSTRUCCIONES DEL AVALISTA

*Por cuanto el señor **SILVIO VALDÉS SÁNCHEZ**, si bien es cierto que firmó, presuntamente como avalista de **LUIS JOSÉ VALDÉS VELÁSQUEZ**, un pagaré en blanco a la orden del banco demandante, nunca firmó la carta de instrucciones para llenarlo.*

*Lo anterior implica que al llenarse el pagaré en blanco por parte del Banco, dicho documento sólo obliga al señor **LUIS JOSÉ VALDÉS VELÁSQUEZ**, quien, como se dijo, si firmó la carta de instrucciones y, por ende, el pagaré sólo lo obliga a él.*

2. EXCEPCIÓN DE IMPOSIBILIDAD DE AVALAR UN TÍTULO VALOR EN BLANCO

Por cuanto un pagaré en blanco no puede ser avalado en el mismo momento en que lo firma el girador, sino únicamente con posterioridad al momento en que el título es llenado por el acreedor, conforme a las correspondientes instrucciones que le dictaron, por cuanto al momento de la firma del título valor en blanco, éste no existe, por no reunir los requisitos consagrados en la ley, que para el caso del pagaré son los consagrados en los artículos 621 inc 1º y 709 del Código de Comercio, que disponen:

ARTÍCULO 621. <REQUISITOS PARA LOS TÍTULOS VALORES>. Además de lo dispuesto para cada título-valor en particular, los títulos-valores deberán llenar los requisitos siguientes:

1) La mención del derecho que en el título se incorpora, y

2) La firma de quién lo crea.

ARTÍCULO 709. <REQUISITOS DEL PAGARÉ>. El pagaré debe contener, además de los requisitos que establece el Artículo 621, los siguientes:

- 1) La promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero;*
- 2) El nombre de la persona a quien deba hacerse el pago;*
- 3) La indicación de ser pagadero a la orden o al portador, y*
- 4) La forma de vencimiento.*

Luego, al momento de la firma del presunto aval otorgado por mi representado, en el título no se expresaba “el derecho que en el título se incorpora” (621 num 1º), ni una “suma determinada de dinero”, ni “la forma de vencimiento” (709 numerales 1º y 4º) y, por ende, el título no existía aún, por no observar las formalidades especiales, en los términos del artículo 1500 del Código Civil.

*En sentencia SC038 del 2 de febrero de 2015, con ponencia de la Magistrada **MARGARITA CABELLO BLANCO**, dijo la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia:*

“El aval supone una declaración unilateral de voluntad para garantizar el pago de una obligación cambiaria preexistente, consignada en el título valor o por fuera del mismo. Una vez el avalista firma, se ha sostenido pacíficamente, «ocupa la misma posición que el avalado, subrogándose en todos sus derechos, como antes participará de todas sus obligaciones». (DE J. TEMA, Felipe. Derecho Mercantil Mexicano. Editorial Porrúa, 1990, pag. 505). Tiene una función económica de garantía; de suerte que la firma del avalista en el documento lo convierte ipso jure en deudor cambiario”.

(Subrayo).

La necesidad de una preexistencia se corrobora con lo dispuesto en el artículo 635 del Código de Comercio, en virtud del cual “A falta de mención de cantidad, el aval garantiza el importe total del título” (635), por lo que, al momento de la firma del avalista, necesariamente deberá

ALEJANDRO MEJIA ARANGO

ABOGADO COMERCIALISTA
U. EXTERNADO – UNIANDÉS

conocerse el importe total del título, norma que tiende a proteger al avalista, a fin de que al momento en que esté otorgando el aval, sea consciente de por qué cuantía está avalando el título, pues la misma quedaría indeterminada, permitiendo al deudor incrementar ilimitadamente sus obligaciones con el acreedor, en perjuicio del avalista.

El necesario conocimiento de la cuantía avalada no se cumple cuando el título se firma en blanco, máxime que, en el caso que nos ocupa, no existen unas instrucciones del avalista.

*Por lo tanto, no habiendo sido otorgado el aval sobre un título valor existente y, más aún, no existiendo prueba alguna de que el señor **SILVIO VALDÉS SÁNCHEZ** haya otorgado instrucciones en el sentido de que esa firma constituiría un aval para el cuando el título existiera, es decir, para cuando fueran llenados sus espacios en blanco, es evidente que tal firma resulta inocua para que se constituya en un aval que obligue a mi representado.*

3. EXCEPCIÓN DE IMPOSIBILIDAD DE PERSEGUIR LOS BIENES DEL ADQUIRIENTE DE UN BIEN HIPOTECADO CUYO DEUDOR ORIGINAL RESULTA ABSUELTO DE PAGAR

*Si se define, que en el caso que nos ocupa, que no se puede continuar proceso en contra del señor **SILVIO VALDÉS SÁNCHEZ**, por ende, tampoco puede adelantarse proceso en contra del señor **JUAN DAVID OSORIO LÓPEZ**, por los siguientes motivos:*

- *El señor **SILVIO VALDÉS SÁNCHEZ** no es avalista del señor **LUIS JOSÉ VALDÉS VELÁSQUEZ**.*
- *El señor **JUAN DAVID OSORIO LÓPEZ**, al ser propietario actual de un bien inicialmente hipotecado por **SILVIO VALDÉS SÁNCHEZ** al Banco, únicamente entraría a responder en el caso de que se pudiera adelantar proceso en contra de éste último.*

4. EXCEPCIÓN DE VENCIMIENTO DE LA HIPOTECA CONTENIDA EN LA ESCRITURA PÚBLICA 651 DEL 12 DE JULIO DE 1999

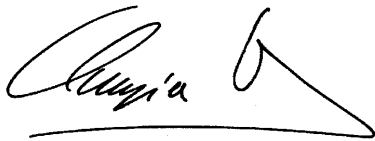
ALEJANDRO MEJIA ARANGO

ABOGADO COMERCIALISTA
U. EXTERNADO - UNIANDÉS

Ya que conforme a la cláusula 7ª de la hipoteca, su término era de veinte (20) años contados a partir de su registro, el cual se realizó el 19 de julio de 1999 (como consta en el certificado de tradición), venciéndose, por lo tanto, el 19 de julio de 2019, es decir, con anterioridad a la fecha de presentación de la demanda”.

Suficiente material para que ese Honorable Tribunal falle el recurso de apelación, acatando la orden que le dio su Superior Jerárquico en una acción de tutela, de aplicar el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, en aras de respetar el debido proceso y el derecho de defensa.

Honorables Magistrados,



ALEJANDRO MEJIA ARANGO

c.c. # 10.265.164

T.P. # 51.311 del C.S.J.