

Auto interlocutorio	572
Radicado	052663103001-2021-00331-00
Proceso	Ejecutivo para la Efectividad de la Garantía Real
Demandante	Banco Davivienda S.A.
Demandado (s)	Fabian Darío Llano Monsalve
Asunto	Declara inadmisibile la demanda

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE
ENVIGADO

Dieciséis de noviembre del año dos mil veintiuno

Sobre la anterior demanda con pretensión de ejecución del Banco Davivienda S.A contra Fabián Darío Llano Monsalve, se hacen las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. El Decreto Extraordinario 806 del 2020 –que fue expedido, entre otros eventos, para *“flexibilizar la atención de los usuarios del servicio de justicia”*; *“para que los procesos no se vean interrumpidos por las medidas de aislamiento y garantizar el derecho a la salud de los usuarios de la justicia y de los servidores judiciales”*, implementó el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el proceso jurisdiccional-, para lo cual estableció que se debe evitar *“exigir y cumplir formalidades presenciales o similares”* (art. 2º), por lo que dispuso, entre otras cosas, que la demanda y sus anexos, se puedan presentar en forma de mensaje de datos (art. 6).

Es de resaltar, además que, en la parte considerativa del referido decreto, se estableció: *“Este marco normativo procurará que por regla general las actuaciones judiciales se tramiten a través de medios virtuales y excepcionalmente de manera presencial. Por lo que se debe entender que las disposiciones de este decreto complementan las normas vigentes, las*

cuales seguirán siendo aplicables a las actuaciones no reguladas en este decreto”.

2. El Código de Comercio, en el art. 619, define los títulos valores como aquellos “*documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora*”, concepto que pone de presente, “entre otras características, *su fuerza o función legitimadora, en virtud de la cual invisten o facultan al tenedor legítimo, es decir a quien lo posea conforme a su ley de circulación* (art. 647 ejusdem), *para que ejercite el derecho en ellos incorporado*, inclusive, cuando de acuerdo con las reglas del derecho común, éste no sea el titular de los mismos, particularidad que apareja, por consiguiente, la renuncia de cualquier intento de indagación respecto de la propiedad del derecho”¹.

Según este estatuto, en los títulos valores el derecho se incorpora en el documento mismo², por lo cual, ante la falta de pago, el tenedor legítimo puede acudir “al procedimiento ejecutivo” (art. 793 del C. de Co.), obviamente debiendo aportar el documento original, pues es el único que lo legitima para demandar³.

Sobre la necesidad de la aportación del título valor original, así se ha pronunciado la jurisprudencia:

¹ Sentencia del 14 de junio del 2000, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

² “Lo primero que vemos en un títulovalor es el documento mismo, su materialidad. También el propio nombre empieza por “título”, primer elemento del neologismo compuesto “títulovalor”. Por esto iniciamos su estudio por esta característica, por la unión al papel, al instrumento, al documento, a la materia que lo expresa”(…) El derecho literal nace de la incorporación (...) Incorporar. Entrar en el cuerpo. Hacerse cuerpo en algo. Cuando un documento es prueba de un derecho, es un testimonio escrito de él, una certificación, tal vez la expresión o la imagen del derecho. Pero no es el derecho. El derecho que prueba el documento no se hace parte del documento. Este lo refleja, pero no está el derecho en él. El derecho subsiste separadamente. No se incorpora. En cambio el títulovalor es necesario para el ejercicio del derecho que en él se incorpora. Hay pues, un derecho distinto del de la relación fundamental, del acto o contrato en que se origina” (Sanín Echeverri, Eugenio. Títulos Valores, quinta edición, págs. 21 y 26).

³ “Cuando la ley requiere el original, como ocurre en la ejecución fundada en títulos valores, expresamente lo reclama” (Ramírez Gómez, José Fernando. La prueba documental, Señal Editora, Octava Edición, 2008, pág. 324).

“En virtud del principio de la autonomía, el derecho literal que contiene el título valor, se confunde con el mismo documento. Darle la dicha calidad a un documento que es incuestionable, solamente una copia, conlleva el riesgo de que el derecho cartular sea ejercido dos veces. Es decir, puede duplicarse el derecho y constituirse dos obligaciones independientes, una en el documento original y otra en la copia del mismo.

Solamente el documento original puede llevar inherente en él, el derecho literal que trata de ejercitarse, para que pueda predicarse que reúne las condiciones establecidas en el art. 619 del Código de Comercio”⁴.

Es que -como lo reconoce la jurisprudencia-, “los principios rectores de la literalidad, incorporación, autonomía y legitimación que informan el derecho cartular, confieren al tenedor de un título valor garantías indispensables en orden al afianzamiento de su circulación, reclamada por la expansión del comercio y al propio tiempo por la seguridad que debe gobernar la actividad cambiaria”⁵.

3. No obstante que las medidas adoptadas en el mencionado decreto presidencial, tendientes a “facilitar y agilizar el acceso a la justicia ... evitando exigir y cumplir formalidades presenciales”, permiten que la demanda y sus anexos se puedan presentar en forma electrónica, se tiene que, tratándose de demandas ejecutivas, donde el soporte de la ejecución sean títulos valores no electrónicos o desmaterializados, no resulta aplicable dicha norma, porque aceptarlo así, sería desconocer de tajo la normatividad comercial, la cual está permeada, como se anotó, de toda esa principialística que los inspira. La característica “principal de los títulos valores es que ellos están destinados a circular como sustitutos de lo que representan (dinero, mercaderías o posibilidad de participación

⁴ Tribunal Superior de Bogotá, sentencia del 26 de enero de 1992. Extracto en la obra Código General del Proceso, de Editorial Legis, a continuación del art. 488.

⁵ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 19 de abril de 1993.

en la gestión de una sociedad) en forma muy simple, sin las trabas de la cesión de créditos o de los contratos”⁶.

4. La exigencia no es caprichosa, ni debe mirarse como formalista al extremo de un “*ritualismo exagerado*”, ni que con ella se desconozca el principio de la buena fe de los sujetos procesales, sino que, por el contrario, está fundada en el imperio de la ley, en la prevalencia del derecho sustancial, en el respeto de las formas fundamentales que deben garantizar el debido proceso y el derecho de defensa.

Todo esta normativa no se puede desconocer, simplemente invocando un derecho de acceso a la justicia de carácter constitucional, pues, como se verá, en el caso, están involucrados otros derechos también del mismo rango, como son el debido proceso y el derecho de defensa, que requieren de la judicatura soluciones más garantistas, despojadas de discursos abstractos, orientados a pregonar que no se le pueden poner trabas al “*uso de las tecnologías*”; que “*ninguna restricción puede fijarse, por vía de interpretación judicial para impedir que las partes utilicen medios tecnológicos en todos sus actos procesales*” y, que “*Ni más faltaba que, por gracia de interpretaciones ancladas en situaciones de normalidad severamente alteradas por la pandemia que dio lugar al aislamiento obligatorio, hoy selectivo, se impidiera el ejercicio de los derechos reconocidos en la ley sustancial, siempre prevalente en las actuaciones de los jueces*”, quienes no “*pueden adoptar posturas restrictivas sobre normas que autorizan adelantar todas –y todas son todas–, las actuaciones judiciales a través de mensajes de datos*”⁷.

La interpretación que se ofrece no es antojadiza ni arbitraria, no constituye – se insiste –, un exceso ritual manifiesto y, por el contrario, se trata de una

⁶ Rengifo, Ramiro. La letra de cambio, el cheque, el pagaré, los bonos, las acciones, Colección Pequeño Foro, quinta edición, pág. 6.

⁷ Auto del 1º de octubre de 2020, de una de las Salas Unitarias de Decisión Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C., M.P. Marco Antonio Álvarez López.

postura que desarrolla principios constitucionales de tanta valía como el de legalidad de las formas cambiarias, el derecho de defensa, como manifestación del debido proceso y que, por el contrario, privilegian el ejercicio del derecho sustancial.

4.1 Tramitar una demanda ejecutiva sin exigir la presentación del título valor en original, es, por el contrario, una práctica que, de entrada, está desconociendo el derecho sustancial contenido en las normas que regulan los títulos valores. Se ignoran por completo, los principios de incorporación⁸ (art. 619 del C. de Co.) y legitimación (arts. 648, 658, 661 ídem).

Como lo acepta en forma pacífica la doctrina nacional, la legitimación en la causa, se estudia generalmente en la sentencia, pero *“en ocasiones el juez tiene el deber de examinarla para la admisión de la demanda y ello ocurre por lo común en los procesos especiales cuando debe pronunciarse sobre el fondo de lo pedido en el mismo auto admisorio de la demanda, o posteriormente, pero sin debate probatorio previo, si el demandado no se opone. Esto ocurre en el proceso ejecutivo (...)”*^{9 10} (negrillas con intención).

Por lo antes dicho, extraña sobremanera que la Sala Unitaria del Tribunal de Bogotá, en la providencia ya citada, diga que la legitimación cambiaria *“es asunto más extrajudicial que judicial”*. No se comprende esta afirmación, pues desconoce, que la legitimación en la causa, si bien se identifica con el derecho sustancial reclamado, constituye un presupuesto material para la sentencia

⁸ No puede olvidarse que “en derecho cambiario el poder de legitimación del título valor es de mucho más contenido (...) Ya no es simple documento de legitimación sino necesario” (Sanin Echeverri, Eugenio. Títulos valores, pág. 33)

⁹ Devis Echandía, Hernando. Compendio de derecho procesal, teoría general del proceso, tomo I, duodécima edición, pág. 273

¹⁰ El profesor Luis Alonso Rico Puerta, en su obra Teoría general del proceso, segunda edición, pág. 599, se atreve a firmar, inclusive lo contrario, *“la legitimación se examina al momento de estudiar la admisión o no de la demanda. Pero que ello suceda así no significa que la legitimación sea condición del fallo de fondo. Es sólo una evaluación simultánea de la forma y el fondo por razones de economía procesal, o por la estructura misma de la pretensión como ocurre con el proceso de ejecución especialmente”*.

de fondo estimatoria, el cual es “*necesario para estimar la pretensión, lo cual es un acto estrictamente procesal*”¹¹.

4.2 Con la postura que se critica –dicen–, se trata de privilegiar el acceso a la justicia del demandante-acreedor, con el fin de no pedirle requisitos innecesarios, no exigidos por la ley –incluso hablan de no impedir “*el ejercicio de los derechos reconocidos en la ley sustancial*”–.

La pregunta obligada es: ¿Exigir el título valor original –que es el que tiene el derecho sustancial incorporado, según se ha pregonado insistentemente–, impide el ejercicio de los derechos reconocidos en la ley sustancial? La respuesta es negativa, pues, precisamente, para que ese “*ejercicio*” del derecho se pueda dar, la ley sustancial exige el original; por lo tanto, no puede constituir una exigencia innecesaria, cuando es el mismo legislador el que le da a los títulos valores, “*entre otras características, su fuerza o función legitimadora, en virtud del cual invisten o facultan al tenedor legítimo, es decir a quien los ‘los posea conforme a su ley de circulación’ (art. 647 ejusdem), para que ejercite el derecho en ellos incorporado, inclusive, cuando de acuerdo con las reglas del derecho común, éste no sea titular de los mismos (...)*”¹².

Pero el problema de acoger esta posición, radica en que se mira el derecho sustancial y el acceso a la justicia sólo desde el punto de vista activo, pero olvidan que el deudor también es titular de un derecho sustancial, pues como lo dice la Corte, en la última sentencia citada, “*Desde el punto de vista del deudor (legitimación pasiva) la función legitimadora trasciende en que para honrar su obligación, suele ser suficiente exigir la exhibición del documento y verificar que el poseedor del mismo lo detente conforme a la ley de circulación*”.

¹¹ Rico Puerta, Luis Alonso, obra citada, pág. 596.

¹² Sentencia del 14 de junio del 2000, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Si es también un derecho del deudor, “*exigir la exhibición del documento*”, ¿por qué se privilegia a un sujeto que sólo afirma tener el original, poniéndolo en el inminente riesgo de pagar y que ese pago, no tenga la fuerza liberatoria, pues el original puede estar –debido a la circulación que le es propia a los títulos valores de contenido crediticio–, en manos de un tercero?

La exigencia de exhibir el original, “*es la protección de la legitimación, tanto para el tenedor como para el obligado y se da “en beneficio de la circulación”*¹³.

4.3 En este estado de la disertación, es bueno reflexionar sobre lo siguiente: La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, en forma reiterada, en lo relativo al ejercicio de la acción causal –pago con títulos valores de contenido crediticio–, regulada en el art. 882 del Código Mercantil, ha sido constante, en el criterio según el cual, para el éxito de la pretensión resolutoria de este linaje, es necesario acreditar “*la falta de pago de la letra*”, lo que “*sólo puede acreditarse mediante la presentación del instrumento original*”.

“En efecto, la necesidad de presentar el título valor entregado como pago de una obligación que autoriza el art. 882, surge también de la condición resolutoria que lleva implícita.

Según el art. 1546 del Código Civil aplicable a todos los contratos bilaterales, el incumplimiento de la obligación de una de las partes confiere a la otra que sí cumplió o que al menos se allanó a hacerlo, un derecho alternativo que puede ejercer a su arbitrio: pedir la resolución del contrato o exigir su cumplimiento, en ambos casos con indemnización de perjuicios a cargo del contratante que haya incumplido.

Estos dos derechos son contrapuestos y por tanto se excluyen recíprocamente. El ejercicio simultáneo de ambos, es un imposible jurídico. Por consiguiente, cuando una prestación

¹³ Sanín Echeverri, Eugenio, *ídem* p-ag. 36.

originada en contrato se ha satisfecho en la forma que autoriza el art. 882, para el ejercicio de la acción resolutoria respectiva derivada del no pago del título valor, requiérese sine quoa non que el acreedor demandante lo presente para acreditar que lo tiene en su poder y que no está descargado, o ‘dando caución a satisfacción del juez de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo’, como lo dispone dicho artículo. *Esa presentación del título valor insoluto o el otorgamiento de la garantía, en su caso, son los únicos que habilitan para ejercer el derecho a demandar la resolución del contrato*, pues con ellas exterioriza su deseo de utilizar en ese sentido la alternativa que le confiere el art. 1546”¹⁴.

No considero que esa sólida doctrina de la Corte, pueda atemperarse –aún en tiempo de pandemia- simplemente con la aportación de una copia mediante escáner o correo electrónico del título valor. Debe seguir exigiéndose el original o si no, caución. Y el original, es lo que debe exigirse, cuando del ejercicio de la acción cambiaria se trate, sin que puede tildarse de formalismo exagerado.

Nunca puede olvidarse que el derecho cambiario, exige formas, pero éstas son “formas necesarias: sus requisitos se cumplen de una cierta manera y solo de una cierta manera, que la ley se ocupa de señalar. En materia cambiaria el sujeto de derecho no goza de la libertad de expresión que se le reconoce en el derecho común (principio de la libertad de forma). *En el ámbito de lo cambiario, el sujeto es súbdito de la forma*..En el derecho común el juez es un pesquisidor de la intención de las partes, está sujeto al principio voluntas spectanda. Tiene que tratar de descubrir lo que ellas quisieron decir. En el derecho cambiario, el juez es un salvaguarda de la forma. Allí la investigación de la voluntad no es necesaria, porque la voluntad ha de expresarse a través de la forma y la forma tiene un significado unívoco que la ley le atribuye...”¹⁵.

¹⁴ Sentencia del 11 de octubre de 1978. Ver también sentencias del 30 de julio de 1992 y del 14 de marzo del 2001.

¹⁵ Muci-Abraham, José. Estudios de derecho cambiario, Caracas, Ediciones Schnell, 1984, pág. 467, citado por Bernardo Trujillo Calle.

4.4. Se pregona por los defensores de la tesis de la no necesidad de aportar el original de los títulos valores, que con vigencia del Código General del Proceso y, ahora con mayor razón, con el Decreto 806 del 2000, la custodia “*del documento la tendrá la parte y no el juzgado*”, afirmación que considero válida para cualquier tipo de documento, menos para el caso de los procesos ejecutivos con base en títulos ejecutivos –no electrónicos, como ampliamente se abordó en otro apartado de esta providencia.

Apoyarse en el art. 78, num. 12, del C.G. del P. para fundar esa tesis, es insuficiente, pues esta norma al hablar de que las partes y apoderados judiciales deben “*adoptar las medidas para conservar en su poder las pruebas y la información contenida en mensaje de datos*”, hace referencia más a los documentos probatorios, que a los títulos valores.

Para el demandado, el no tener acceso al título valor original, la posibilidad de proponer una eventual tacha de falsedad, se disminuye enormemente, pues cuando se trata de falsedades materiales, por superposición, adición, supresión, borraduras, raspaduras, tachaduras, etc., es indispensable constatarlo en el documento original mismo, lo que no podría hacer, ya que el título no está a su disposición para ser visualizado y ni siquiera del juez.

Frente a esta situación, se afirma que el demandado debe solicitarle al Juez – con fundamento en el último artículo citado- que ordene al demandante que lo “*exhiba*”.

Esto, que parece una solución tan sencilla, trae serios problemas procesales, que involucran el derecho de defensa, que hace parte del derecho fundamental a un debido proceso del ejecutado.

¿Será posible que la mera petición del demandado, orientada a que el juez ordene al demandante exhibir el título valor original, porque desea verlo en forma física, ya que tiene dudas sobre su autenticidad-, tenga la virtualidad de interrumpir el término de los diez (10) días que ya le están corriendo para proponer la tacha de falsedad como excepción (art. 270 *ídem*)? ¿En qué norma se puede basar el juez para decretar la interrupción? ¿Qué pasa mientras tanto en ese interregno, si no hay pronunciamiento del juez? ¿Qué ocurre si éste ordena al ejecutante que aporte el original y no lo hace? En fin, son tantos los interrogantes y tantas las respuestas que se pueden llegar a ofrecer, que el mejor camino, es la exigencia del original, pues de este modo, se garantiza, por un lado, el cumplimiento de la ley –principio de legalidad (art. 7 del C.G. del P.), que dispensa seguridad jurídica-, y por el otro, un mejor ejercicio del derecho fundamental a un debido proceso, no dejando la solución al criterio de cada funcionario judicial, sino observando las normas procesales “*que son de obligatorio cumplimiento y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley*” (art. 13 *ídem*).

Y, otra grave consecuencia de la tesis de que la custodia del documento es de las partes y no del juez, es la imposibilidad de darle cumplimiento a lo ordenado en el art. 116, num. 3º, *ídem*, que pregona que en “*todos los casos en que la obligación haya sido cumplida en su totalidad por el deudor, el documento contentivo de la obligación sólo podrá desglosarse a petición suya, a quien se entregará con constancia de cancelación*” ¿Cómo puede garantizar este derecho el juez, si no lo tiene en su poder? ¿Será posible desplazar ese deber del funcionario judicial en la parte ejecutante –como se está haciendo en estos momentos por algunos despachos judiciales?

5. Bajo el amparo del criterio que no se prohíba, un acreedor que haya perdido el título valor y tenga una copia de él, simplemente lo escanea y presenta la demanda ejecutiva sin acudir al trámite de cancelación y reposición previsto

en el art. 398 del C.G. del P., lo que generaría una total inseguridad jurídica, cuestión que no puede patrocinar o avalar la jurisdicción.

6. Puede facilitar la ejecución simultánea con base en un mismo título valor, con los innumerables problemas que esto puede ocasionar, lo que no quiere decir que se esté presumiendo la mala fe del acreedor o de su apoderado judicial, sino que el documento puede extraviarse o ser robado y presentado posteriormente al cobro judicial, pese a que ya se esté adelantado una ejecución con base en una reproducción digital.

7. Finalmente, se transcribe reciente providencia de la Sala Segunda de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín, confirmatoria de una sentencia de tutela proferida por este juzgado, en la que se abordó esta misma problemática:

Esa Sala, después de transcribir jurisprudencia del Consejo de Estado y de citar autores nacionales, tanto de títulos valores como procesalistas, termina concluyendo:

“Por tanto y desde el punto de vista constitucional, le asiste razón al Juez Primero Civil del Circuito de Oralidad de Envigado en la aplicación estricta de la normativa especial que rige a los títulos valores (artículos 1, numeral 6 del artículo 20 y 619 y ss. del C. de Co., Ley 527 de 1999 y normas complementarias), al considerar que cuando se trate de una acción ejecutiva cambiaria, sea título valor en papel o electrónico, se debe adjuntar al proceso el original del mismo al tratarse de un bien mueble mercantil necesario para el ejercicio del derecho literal y autónomo que en él se incorpora

Ello con fundamento en el principio de incorporación que permite la fusión jurídica y económica entre el soporte material papel o el mensaje de datos (según una u otra materialidad), con los requisitos de ley, con las menciones de ley, con la declaración

unilateral de voluntad generadora de los derechos y correlativas obligaciones cambiarias y con el uso adecuado del idioma para su claridad, expresividad y exigibilidad.

De tal manera que es el documento original y no la copia obtenida por cualquier medio técnico existente de acuerdo con el estado del avance de la ciencia, como es el escaneo del original y la presentación de la copia lograda a través de este medio digital o electrónico, el que presta mérito ejecutivo al dar estricto cumplimiento a los artículos 619, 620, 621, 624, 625, 626, 627, 780, 781, 785, 793 del C. de Co. y normas relativas al tema tecnológico del documento electrónico consagradas en la Ley 527 de 1999 y disposiciones complementarias.

Por consiguiente, las decisiones del Juzgado Segundo Civil Municipal de Oralidad de Envigado al negar el mandamiento de pago no son arbitrarias, no se tornan caprichosas ni antojadizas ni carentes de fundamentos jurídicos y fácticos, por lo que no son configurativas de defectos fácticos ni sustantivos que ameriten la intervención del Juez Constitucional; no se afectan constitucionalmente los derechos alegados por la actora”¹⁶.

8. Así las cosas, como el decreto en mención no es derogatorio de la legislación vigente y mucho menos de los principios que inspiran los títulos valores, se declarará inadmisibile la demanda para que la parte demandante, dentro del término de cinco (5) días, allegue los títulos valores originales soporte de la ejecución, teniendo en cuenta que el ingreso del público al edificio, es permitido de 9 a 11 a.m. y de 2 a 4 p.m.

Por lo expuesto, se

R E S U E L V E:


¹⁶ Sentencia del 22 de abril del 2021, exp. 05266-31-03001-2021-00047-01.

PRIMERO: Declarar inadmisibile la demanda, para que dentro del término de cinco (5) días, se dé cumplimiento a los requisitos exigidos.

SEGUNDO: Los futuros memoriales de este proceso deberán ser enviados al correo memorialesenv@cendoj.ramajudicial.gov.co

TERCERO: Reconocer a la doctora Leidy Johanna Balbín Tejada, como apoderada judicial de la demandante, en los términos del poder conferido.

NOTIFÍQUESE



GERMÁN ALONSO FLOREZ HINCAPIÉ
JUEZ

CERTIFICO

Que el auto anterior fue notificado en estado No. 152
fijado hoy en la Secretaría del Juzgado a las 8 am

Envigado, 19 de noviembre de 2021



Tatiana Corrales Ramirez
Secretario