

**ADMISIBILIDAD DEL TÍTULO VALOR ELECTRÓNICO EN LA LEGISLACIÓN
COLOMBIANA**

JUAN CARLOS BOTERO CAMPO

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
MEDELLIN
2010**

**ADMISIBILIDAD DEL TÍTULO VALOR ELECTRÓNICO EN LA LEGISLACIÓN
COLOMBIANA**

JUAN CARLOS BOTERO CAMPO

**Trabajo de grado para optar por el título de Especialista en Derecho
Comercial**

**Director
JUAN GONZALO FLOREZ BEDOYA
ABOGADO**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
MEDELLIN
2010**

Nota de aceptación

Firma

Nombre:

Presidente del jurado

Firma

Nombre:

Jurado

Firma

Nombre:

Jurado

Medellín, 21 de Julio de 2010

DEDICATORIA

A mí esposa y familia...

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos a:

Los profesores de la Especialización en Derecho Comercial, por sus conocimientos brindados y orientación profesional durante el curso de la misma.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	10
1. ASPECTOS GENERALES DE LOS TÍTULOS VALORES EN EL DERECHO COLOMBIANO	11
1.1 RESEÑA HISTORICA	11
1.2 ARTÍCULO 619 – CONCEPTO DE TITULO VALOR	13
1.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TÍTULOS VALORES	15
1.3.1 El Derecho	15
1.3.2 El Documento – Bien Mercantil	16
1.3.3 El Acto Jurídico Solemne y los Títulos Valores	18
1.4 FUNCIÓN ECONÓMICA DE LOS TÍTULOS VALORES	20
1.5 PRINCIPIOS RECTORES	21
1.5.1 Incorporación	22
1.5.2 Literalidad	22
1.5.3 Legitimación	24
1.5.4 Autonomía	26
1.6 CLASIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES	28
1.6.1 Según el Derecho Incorporado	29
1.6.2 Según la Base de la Expresión de Pago	29
1.6.3 Según la Circulación del Título Valor	30
1.6.4 Según el Negocio Causal que da Origen al Título Valor	31
1.6.5 Según su lugar de Creación	32
1.6.6 Según su Reglamentación	33
1.6.7 Otras Clasificaciones	33
1.7 PRINCIPALES TÍTULOS VALORES	34
1.7.1 Letra de Cambio	34
1.7.2 Pagaré	34
1.7.3 Cheque	35
1.7.3.1 Cheque Común o Simple	35
1.7.3.2 Cheque Cruzado	36
1.7.3.3 Cheque para Abono en Cuenta	36
1.7.3.4 Cheque Certificado o Visado	36
1.7.3.5 Cheque con Provisión Garantizada de Fondos	36
1.7.3.6 Cheque de Gerencia	37
1.7.3.7 Cheque de Viajero	37
1.7.3.8 Cheque No Negociable	37
1.7.3.9 Cheque Fiscal	38
1.7.4 Factura Cambiaria	38
1.7.5 Certificado de Depósito a Término	39
1.7.6 Bono	40
1.7.7 Las Acciones	41

1.7.8 Certificado de Depósito y Bono de Prenda	42
1.7.9 Carta de Porte y Conocimiento de Embarque	43
1.7.10 Valores	44
1.8 LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA	47
1.8.1 Origen de la Obligación Cambiaria	48
1.8.2 Obligados Cambiarios	48
1.8.3 El Endoso	49
1.8.4 El Aval	50
1.9 PROCEDIMIENTOS CAMBIARIOS Y EXTRACAMBIARIOS	50
1.9.1 Acción Cambiaria	50
1.9.2 Acción de Cobro del Bono de Prenda	51
1.9.3 Acción de Reposición, Cancelación y Reivindicación de los Títulos Valores	51
1.9.4 Acción de Entrega del Título Valor Pagado	51
1.9.5 Acción de Enriquecimiento sin Causa de tipo Cambiario	51
1.9.6 Acción Causal	52
1.9.7 Acción Sancionatoria en el Cheque	52
1.9.8 Acción Indemnizatoria de Perjuicios	53
1.9.9 Acción de Cobro contra el Firmante Parigrado	53
1.9.10 Otras Acciones	53
1.10 FUNCIONES E IMPORTANCIA DEL DOCUMENTO DENTRO DE LA INSTITUCIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES	53
2. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO	55
2.1 CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO	55
2.2 EL DOCUMENTO COMÚN Y EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO	58
2.3 REGULACIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO	59
2.3.1 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional - Ley Modelo de Comercio Electrónico	59
2.3.2 Estados Unidos de Norte América- Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas	67
2.3.3 La Unión Europea de Naciones – Directrices 2000/31/CE y 1999/93/CE	70
2.3.4 España – Ley 34 de 2.002 y Ley 59 de 2003	71
2.3.5 Italia - Ley de 15 de marzo 1997, n. 59 - Decreto Presidencial de 10 de noviembre de 1997, n. 513	74
2.3.6 Francia - Ley 2000-230 de 13 de marzo 2000 y Decreto 2001-272 de marzo 30 de 2001	74
2.3.7 Argentina	75
2.3.8 Chile – Ley 19.799 de 2002	76
2.3.9 Colombia - Ley 527 de 1999	77
2.3.9.1 Ley 527 de 1999	77
2.3.9.2 Sentencias C – 662 de 2000 y C – 831 de 2001	80
2.3.9.3 Decreto Reglamentario 1747 de 2000	86
2.4 CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO	87

3. EL TÍTULO VALOR ELECTRÓNICO	90
3.1 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO RESPECTO DEL ARTÍCULO 619 DEL CÓDIGO DE COMERCIO	90
3.2 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO RESPECTO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TÍTULOS VALORES	91
3.3 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO RESPECTO DE LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LOS TÍTULOS VALORES	92
3.4 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO FRENTE A LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LOS TÍTULOS VALORES	92
3.4.1 Incorporación	93
3.4.2 Literalidad	95
3.4.3 Legitimación	96
3.4.4 Autonomía	98
3.5 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO FRENTE A LOS PRINCIPALES TÍTULOS VALORES	98
3.5.1 Letra de Cambio	98
3.5.2 Pagaré	99
3.5.3 El Cheque y sus especies	100
3.5.4 Factura Cambiaria	101
3.5.5 Certificado de Depósito a Término	103
3.5.6 Bono	103
3.5.7 Las Acciones	104
3.5.8 Certificado de Depósito y Bono de Prenda	104
3.5.9 Carta de Porte y Conocimiento de Embarque	104
3.5.10 Valores	105
3.6 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO FRENTE A LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA	106
3.7 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO FRENTE A LOS PROCEDIMIENTOS CAMBIARIOS Y EXTRACAMBIARIOS	106
3.8 CONSIDERACIONES FINALES	108
4. CONCLUSIONES	112
BIBLIOGRAFÍA	113

RESUMEN

Mediante este estudio se pretende determinar la admisibilidad del título valor electrónico en la legislación colombiana, para lo cual se desarrolla un marco teórico compuesto de tres partes.

Una primera parte donde se analiza la regulación de estos bienes mercantiles en el ordenamiento jurídico de nuestro país, determinando su origen histórico, el concepto de título valor, su naturaleza jurídica, función económica, los principios rectores de la institución, diversas formas de clasificación, algunas de las especies más importantes, la obligación cambiaria, ciertos procedimientos cambiarios y extracambiarios y finalmente, se establece la función e importancia que posee el documento dentro de esta figura.

En la segunda parte, se estudia el concepto y función del documento electrónico, así como, su diferenciación frente a aquellos con soporte en papel. Luego se lleva a cabo una revisión de la regulación existente por parte de la Organización de las Naciones Unidas, Estados Unidos de Norte América, la Unión Europea, España, Italia, Francia, Argentina, Chile y finalmente, en Colombia.

En su tercera parte, se confronta la institución de los títulos valores con la regulación del documento electrónico en Colombia, para lo cual se toman los aspectos analizados en la primera parte de la obra y se establece para cada uno de estos la incidencia de esta forma documental.

Todo lo anterior, para concluir si bajo el ordenamiento jurídico actual de nuestro país admite la existencia de títulos valores electrónicos.

PALABRAS CLAVES: TÍTULOS VALORES ELECTRÓNICOS; TÍTULO VALOR ELECTRÓNICO EN COLOMBIA; DOCUMENTO ELECTRÓNICO; LEY 527 DE 1999; TÍTULOS VALORES.

INTRODUCCIÓN

A nivel mundial el comercio se ha definido como el ofrecimiento de bienes y servicios para satisfacer la necesidad de determinadas personas. En tal sentido en términos básicos podemos considerar que en el comercio participan dos grupos de personas, el comerciante como aquel que ofrece determinado producto o servicio, y el consumidor que accede a un a los mismos para satisfacer una necesidad. El Comerciante constantemente crea, innova, y establece nuevos mecanismos que le permitan acceder con sus bienes y/o servicios a un grupo mayor de personas. Este comportamiento constante y mundial de los comerciantes conlleva un gran reto y conflicto para las instituciones legales, y nuestro país no es la excepción.

Es complejo considerar a nivel mundial cuales nuevos mecanismos comerciales generan repercusiones en el derecho comercial mundial, pues para esto sería necesario efectuar un análisis de los desarrollos de los últimos años y determinar su incidencia en cada país, aspecto que no es el objeto de esta investigación, por lo tanto, nos centraremos en Colombia como punto de revisión.

Ahora bien, en nuestro país en las últimas décadas el derecho ha enfrentado el ingreso de nuevas figuras como son los consorcios empresariales en el sector privado, el establecimiento de comercio virtual, la concesión de espacios como figura distinta al contrato de arrendamiento de inmuebles, el contrato de franquicia, en fin, una alta variedad de nuevos modelos comerciales que inmediatamente cuestionan las instituciones jurídicas existentes y hacen necesario una revisión de la concordancia de la figura con el régimen legislativo. Es así como a medida que incrementa el comercio electrónico, los adelantos tecnológicos, al igual que la necesidad de encontrar un intercambio comercial a nivel mundial cada vez más veloz; se requiere encontrar nuevas figuras que sustituyan el documento físico y es ahí donde tiene surgimiento el documento electrónico como un medio de representación de una manifestación o declaración sin que sea requerido un soporte físico.

Aspecto que nos lleva a los títulos valores soportados en documentos electrónicos generando un cuestionamiento jurídico que hace importante determinar si los títulos valores electrónicos tiene cabida o no en el régimen jurídico colombiano por el contrario es necesario efectuar una reforma del mismo, siendo este el objeto e importancia de este estudio.

1. ASPECTOS GENERALES DE LOS TÍTULOS VALORES EN EL DERECHO COLOMBIANO

Los Títulos Valores cuentan con una base regulatoria plasmada en el Decreto 410 de 1971 mediante el cual se expidió el Código de Comercio. Este estatuto se encuentra dividido en seis (6) libros, a saber: De los comerciantes y de los asuntos de comercio, De las sociedades comerciales, De los bienes mercantiles, De las obligaciones y contratos mercantiles, De la navegación y por último, Procedimientos. Como observaremos a lo largo de esta monografía, el legislador fue sabio al regular los títulos valores en el Libro Tercero “De los bienes Mercantiles” junto con el Establecimiento de Comercio y la Propiedad Industrial, todos estos con la característica común de ser instrumentos para el ejercicio del comercio. Así las cosas, los títulos valores fueron ubicados en el título tercero del libro mencionado y su regulación fue dictada entre los artículos 619 al 821, dentro de la cual se dictan unas disposiciones generales aplicables a estos instrumentos, se regula su circulación, a su vez se establecen normas especiales para las distintas especies de títulos valores, y finaliza con los procedimientos aplicables. En tal sentido, el regulador procedió a definir los títulos valores en el artículo 619. Por lo tanto, para efectos de establecer el concepto y naturaleza jurídica de los títulos valores es necesario iniciar con el estudio de dicha disposición para luego abordar otras de gran importancia, no sin antes efectuar una breve revisión de los antecedentes normativos que llevaron al legislador a regular de esta forma a la institución de los títulos valores.

1.1 RESEÑA HISTORICA

A partir de 1887 con la expedición del Código de Comercio Terrestre el Derecho Colombiano comenzó sus primeros vestigios normativos frente a la regulación de lo que hoy llamamos títulos valores. Dicho estatuto contemplaba las letras de cambio, pagarés a la orden, libranzas, conocimientos a la orden y pólizas de préstamo a la gruesa y los denominaba efectos de comercio. Entre estos, la letra de cambio no constituía un bien mercantil, por el contrario, hacía parte de los contratos y más específicamente se reflejaba en el contrato de cambio. Así las cosas, los efectos de comercio básicamente cumplían una función meramente probatoria. En el año 1916 se expidió la Ley 75, mediante la cual se efectuó una regulación más profunda de esta figura que hacía parte de los efectos de comercio.

Como bien lo explica Enrique Santos Molano¹ luego de la crisis comercial y financiera de 1921 que afectó gravemente a Colombia, el Presidente Pedro Nel Ospina en 1923 efectúa la contratación de una misión de técnicos extranjeros con el fin de efectuar recomendaciones acerca de la reestructuración financiera y administrativa de la nación, este encargo fue asumido por el profesor Edwin Walker Kemmerer, por tanto, se denominó la Misión Kemmerer. Dentro de otras recomendaciones* provenientes de la misión, durante el gobierno de Ospina** se adoptó la Ley 46 de 1923. El gran tratadista Bernardo Trujillo² explica que esta norma tuvo como base la ley de instrumentos negociables de Nueva York y constituyó un gran avance en materia de títulos valores pero implementó una serie de figuras innovadoras y ajenas a nuestras costumbres legislativas.

Dado los avances del comercio, en 1958 se designa la primera comisión para la elaboración de un proyecto de reforma del Código de Comercio Terrestre, en esta participan juristas como Gabino Pinzón, Victor Cock Arango, Efrén Ossa, Emilio Robledo Uribe y Álvaro Pérez Vives, los cuales presentan una propuesta de código conformada por siete libros, el cuarto de ellos dedicado a los títulos valores donde se mantienen los presupuestos de la Ley 46 de 1923. Posteriormente, en el año de 1968 se estructura una segunda comisión, la cual revisó los planteamientos de la comisión de 1958 siguiendo la mayor parte de los mismos. Sin embargo, en materia de títulos valores la comisión según el consejo de la asociación bancaria de dicha época propone adoptar como base regulatoria Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina.

El proyecto INTAL*** tiene su origen en el año de 1965 cuando el parlamento latinoamericano le encarga a Raúl Cervantes Ahumada la redacción de un proyecto regulatorio que sirviera de medio para la integración mercantil de la región apoyado por múltiples abogados de distintos países como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Honduras, México, Paraguay, Perú, entre otros. En su redacción el profesor Cervantes Ahumada toma como base la legislación y doctrina Italiana, la cual se encontraba permeada por los posiciones del tratadista Cesar Vivante.

¹ SANTOS MOLANO, Enrique. La misión Kemmerer. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2005/mision.htm>> [consulta: Ene. 2010].

* Con ocasión a la misión Kemmerer se expidieron las siguientes leyes: ley que estructura el Banco de la República, Ley sobre Establecimientos Bancarios que crea la Superintendencia Bancaria, Ley de Timbre, ley de Contraloría y Ley sobre fuerza restrictiva del Presupuesto.

** Entiéndase como Pedro Nel Ospina Presidente de la República de Colombia período 7 de Agosto de 1922 al 7 de Agosto de 1926.

² TRUJILLO CALLE, Bernardo. De los Títulos Valores. 10. ed. Tomo 1 Parte General. Bogotá: Leyer, 1999. p. 10 - 12.

*** Entiéndase como Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina

Es así, como en el año 1971 mediante el Decreto 410 se adopta el Código de Comercio, incorporando en su libro tercero la regulación de los títulos valores basada en su mayor parte a los preceptos establecidos en el Proyecto Intal. Cabe resaltar que nuestro país fue uno de los primeros en adoptar esta regulación.

Así las cosas, podemos concluir que en materia de títulos valores nuestro país no cuenta con un marco normativo de exclusivo origen interno, por el contrario, con facilidad podemos observar como el mismo se encuentra influido por distintos pensamientos internacionales, pero principalmente por régimen legal Italiano, al ser este como se expresó la base regulatoria del Proyecto Intal.

1.2 ARTÍCULO 619 – CONCEPTO DE TITULO VALOR

Los diccionarios le otorgan distintos significados a las palabras “título” y “valor”. Desde un punto de vista no jurídico la locución título valor podría entenderse como un instrumento que representa una cualidad, posee virtud o tiene utilidad que hacen que algo o para alguien sea apreciado.

En el plano mundial para referirse a los títulos valores se utilizan otras expresiones como “títulos de crédito”, “títulos circulatorios”, “papeles de comercio”, “instrumentos negociables”, “efectos de comercio”, “documentos negociables”. Sin embargo, como bien lo expresa el tratadista Bernardo Trujillo al referirse a estas acepciones y la utilización de la expresión “título valor” por parte de nuestro legislador en el Decreto 410 de 1971 dice: “Se adoptó la denominación de “títulos valores” que es la misma del Proyecto de Ley Uniforme de para América Latina, conocido con el nombre de INTAL, por ser el que mejor refleja su esencial contenido³”. Lo anterior encuentra fundamento en que llevando a cabo una simple revisión algunas de estas acepciones sólo se refieren aquellos títulos que incorporan una obligación de pago de una suma determinada de dinero, tal es el caso de las locuciones “títulos de crédito^{*}” e “instrumentos negociables⁴”, o en el caso de “títulos circulatorios” como veremos más adelante existen títulos no llamados a circular, entre otros aspectos que hacen que estas acepciones realmente no cobijen la totalidad de la institución de los títulos valores.

El legislador colombiano dentro del Decreto 410 de 1971 determinó iniciar la regulación de los títulos valores con el artículo 619 que expresa lo siguiente: “Los

³ TRUJILLO CALLE, Op. Cit., p. 36.

* Artículo 666 del C.C.C. Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas, como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.

⁴ Cuando en la ley o en los contratos se emplea la expresión “instrumentos negociables” se entenderá por tal los títulos valores de contenido crediticio que tengan por objeto el pago de moneda (...).CODIGO DE COMERCIO. Artículo 821. Bogotá: Legis, 2008.

títulos Valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora”

Como se expresó anteriormente **, nuestro marco normativo en materia de títulos valores toma como base el Proyecto INTAL ***, el cual consagra en su artículo primero la misma definición para la institución de los Títulos Valores****. La doctrina ha sido reiterada en atribuirle esta definición al profesor Cesar Vivante quién en el año 1895 definió los títulos valores así⁵: ”Es todo documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo que de él resulta”.

Existen otras definiciones que han sido criticadas por no lograr representar el real contenido de esta institución. A saber, John Coen y Renault⁶ definen los efectos de comercio así: “son documentos que adoptando formas diversas comprueban una obligación de pagar una suma de dinero transmisible por endoso o por tradición manual que sirven de instrumentos de pago, supliendo así la moneda”. Como notoria claridad se puede establecer lo corto de esta definición ya que en ningún momento se hace referencia a los títulos valores que representan mercancías*, ni aquellos que a su vez incorporan derechos políticos**. Por su parte, Brunner lo definió así: “ Título Valor es el documento sobre un derecho privado, cuya realización jurídica se haya condicionada por la presencia del documento. A su posesión se halla subordinado el uso del derecho que contrato. Lo que caracteriza el título valor es la incorporación del derecho al título y no su fácil circulación”⁷. Esta noción, simplemente hace mención a la incorporación dejando por fuera los demás principios rectores que rigen a los títulos valores, como lo son la legitimación, la literalidad y la autonomía.

En consecuencia, si bien para algunos autores⁸ no es propio de la técnica legislativa incorporar definiciones como la consagrada en el artículo 619, consideramos que no se puede desconocer la importancia de la definición de Cesar Vivante la cual al ser plasmada por nuestro legislador, permite una debida identificación de los títulos valores determinando no sólo sus elementos básicos, sino a su vez sus principios rectores y características más importantes.

** Véase acápite “Reseña Histórica de los Títulos Valores”

*** Entiéndase Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina

**** Artículo Primero: Los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora.

⁵ PEÑA NOSSA, Lisandro. Curso de Títulos Valores. 2. ed. Bogotá: Librería del Profesional, 1986. p. 11

⁶ Ibid., p. 11

* El certificado de depósito, la Carta de Porte y el Conocimiento de Embarque.

** Los Bonos y las Acciones.

⁷ TRUJILLO CALLE, Op. Cit., p. 35.

⁸ BECERRA LEÓN, Henry Alberto. Derecho Comercial de los Títulos Valores. 4. ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006. p. 6.

1.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TÍTULOS VALORES

Determinar la naturaleza jurídica de una figura conlleva el desentrañar su identidad legal. Para esto tomaremos como punto de partida la ubicación de los títulos valores en el libro tercero denominado “Bienes Mercantiles”, al igual que la definición del artículo 619 del C. de Co. respecto de la cual se extraen las siguientes expresiones: “documento” y “derecho” elementos que podemos considerar indispensables en la existencia de un título valor. Así las cosas, para determinar la naturaleza jurídica de la figura, primero haremos referencia al “derecho” y luego al “documento”.

1.3.1 El Derecho. La locución derecho tiene distintos significados, sin embargo, en la teoría general del negocio jurídico se ha entendido como la facultad que tiene una determinada persona de exigirle a otra un comportamiento consistente en un dar, hacer o no hacer. Es claro que de todo derecho surge una correlativa obligación, la cual se entiende como el vínculo jurídico mediante el cual una persona denominada deudor se compromete a favor de una persona denominada acreedor a realizar un comportamiento consistente en un dar, hacer o no hacer.

Ese derecho y esa obligación tienen un origen al cual se le ha denominado como “Fuente de las Obligaciones”. Ha sido tradicional considerar que los hechos o actos jurídicos que dan surgimiento a las obligaciones son el contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y otros que trae la ley (enriquecimiento sin causa y abuso del derecho)* conforme lo dispuesto en el artículo 1494 del C.C.C. Una nueva doctrina supera el planteamiento del Código Civil para sostener como origen del vínculo, los actos y los hechos jurídicos. Del acto jurídico hacen parte el contrato, el acto unilateral y plurilateral, y del hecho jurídico los actos humanos y el hecho humano con o sin intervención de la voluntad del hombre.

Ahora bien para el tema que nos interesa nos centraremos en el Acto Jurídico. El acto jurídico corresponde a la manifestación de voluntad tendiente a modificar, extinguir o producir efectos jurídicos. Desde el punto de vista de su formación estos pueden ser plurilaterales cuando en ellos intervienen las voluntades de más de dos partes, bilaterales cuando interviene la voluntad dos partes y unilaterales cuando existe una única manifestación de voluntad**. Por razón de su perfeccionamiento los actos pueden clasificarse en consensuales, reales o solemnes.

* En materia mercantil el Abuso del derecho y el Enriquecimiento sin causa gozan de tratamiento expreso por parte del legislador en los artículos 830 y 831 del C. de Co., por el contrario en materia civil estas dos figuras son producto de desarrollos jurisprudenciales.

** A diferencia del acto jurídico unilateral, en los contratos unilaterales existe un acuerdo de voluntades, es decir la existe de un consentimiento de dos o más personas, pero que sólo producen obligaciones respecto de una de las partes.

A partir del artículo 1500 del C.C.C. son reales cuando para que quede perfecto se requiere la tradición de la cosa, son consensuales cuando se perfecciona por el sólo consentimiento y solemnes cuando para su perfección se exige el cumplimiento de determinadas formalidades.

Habiendo efectuado las anteriores consideraciones, desde el punto de vista de los títulos valores podemos concluir que como tal el derecho que hace parte de los títulos valores tiene su origen en un acto jurídico de carácter unilateral al ser quién suscribe un título valor* aquel que adquiere la obligación de dar cumplimiento a un comportamiento consistente en un dar, aplicable para los títulos valores de contenido crediticio o representativos de mercancías y de un dar y hacer para los títulos valores de contenido corporativo o de participación.

En lo que respecta al perfeccionamiento del acto jurídico plasmado en los títulos valores será analizado en un acápite posterior.

1.3.2 El Documento – Bien Mercantil. Existen diversos significados para el término “documento”, a saber:

Francesco Carnelutti lo define como “cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho”⁹.

Luis Díez Picasso dice es “un recipiente en el cual se vierten por escrito manifestaciones o declaraciones. Estrictamente entendidos, los documentos son escritos o escrituras”¹⁰.

Ruperto Pinochet Olave expresa “toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”¹¹.

Ahora bien, desde el punto de vista legal el Código de Comercio no trae una definición de que se entiende por documento o por bien mercantil, lo que nos obliga a revisar brevemente las fuentes del derecho mercantil. Básicamente constituyen fuentes formales la Constitución Política de Colombia, las leyes mercantiles, las leyes civiles, las estipulaciones contractuales y la costumbre mercantil, de otro lado están las fuentes materiales que carecen de fuerza vinculante**. Las leyes civiles pueden tener invocación directa por la ley mercantil,

* Suscribir un título valor consiste en la manifestación de voluntad tendiente a dar cumplimiento al derecho incorporado.

⁹ PINOCHET OLAVE, Ruperto. El Documento Electrónico y la Prueba Literal. En: Revista IUS ET PRAXIS. Chile. Vol. 8, No. 002, (2002); p. 379.

¹⁰ Ibid., p. 380.

¹¹ Ibid., p. 379.

** Las Fuentes Materiales son la Jurisprudencia, los Principios Generales del Derecho, Costumbre Extranjera o Internacional, los Tratados y Convenios no ratificados por Colombia y la Doctrina.

lo que conlleva a que las normas invocadas adquieran la calidad de normas mercantiles, en contraposición a las no invocadas, las cuales son pueden ser aplicadas directamente hasta agotar una revisión analógica¹² de otras figuras que cuenten con regulación expresa de carácter mercantil y por último en caso de persistir el vacío normativo se pueden aplicar las normas civiles¹³.

Ahora bien, conforme lo expuesto, en materia de bienes al no existir una regulación expresa en materia mercantil y no ser posible una interpretación analógica de otros normas mercantiles es posible aplicar las disposiciones previstas en artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, al igual que el libro segundo “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce” del Código Civil Colombiano. En tal sentido, el artículo 653 del C.C.C. no define que se entiende por bien, simplemente procede a clasificarlos en cosas corporales e incorporales y brinda un significado de estos dos términos, en tal sentido cosas corporales son aquellas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, y las incorporales se definen como meros derechos. Luego en el artículo 654 del C.C.C. divide las cosas corporales en muebles (art 655 del C.C.C.) entendiendo por estas las que pueden ser transportadas de un lugar a otro e inmuebles como aquellas que no pueden ser susceptibles de ser transportarse de un lugar a otro (art 656 del C.C.C.). Ante lo amplio de las expresiones utilizadas la doctrina ha efectuado el estudio de esta institución jurídica, Arturo Valencia Zea¹⁴ ha establecido que las cosas corporales son aquellas que tiene cuerpo, que son susceptibles de apropiación y deben tener una existencia autónoma. Por su parte el artículo 251 del C.P.C.* establece que son documentos todos aquellos objetos muebles que tengan el carácter representativo o declarativo y procede a efectuar un breve listado de los mismos donde incluye entre otros los escritos, y efectúa una división en públicos y privados. Los documentos públicos son aquellos expedidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención, y documento privado es aquel que no cumple con los requisitos para ser público.

¹² Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 1. Bogotá: Legis, 2008.

¹³ En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 2. Bogotá: Legis, 2008.

¹⁴ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo 2 Derechos Reales. 3. ed. Bogotá: Temis, 1967. p. 9-12.

* ARTÍCULO 251. DISTINTAS CLASES DE DOCUMENTOS. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares. Los documentos son públicos o privados.

Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumentos público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documentos públicos.

En consecuencia, en materia de títulos valores, en principio podemos expresar que “el documento” entendiendo por este un escrito, constituye una cosa corporal de carácter mueble que puede ser público o privado, pues cumple tanto los requisitos de ser perceptible por los sentidos táctil y sensitivo, corporeidad, al igual que el mismo puede tener origen en el actuar de un funcionario público o un ente privado.

En lo que respecta al carácter mercantil de los títulos valores podemos pregonar dos fundamentos básicos. El primero se encuentra ligado a la ubicación normativa de esta institución. Como se expresó anteriormente los títulos valores hacen parte del libro tercero del Código de Comercio, donde se encuentran regulados los bienes mercantiles. Así las cosas, por el simple hecho de ser organizados en este punto adquieren de por sí esta calidad. El segundo fundamento, hace referencia a los actos u operaciones que se adelanten con este tipo o clase de bienes. El artículo 20 del Código de Comercio establece mediante un listado enunciativo cuales actos se consideran mercantiles y en su numeral sexto consagra: “El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos”. Teniendo en cuenta que en nuestro país existe una diferenciación regulatoria en materia civil y mercantil la importancia del artículo 20 numeral 6 del C. de Co. radica en que no obstante el negocio jurídico que da origen a un título valor posea la calidad de civil, el derecho incorporado en el instrumento inmediatamente adquiere la calidad de mercantil para tales efectos.

1.3.3 El Acto Jurídico Solemne y los Títulos Valores. Habiendo precisado que los títulos valores constituyen un bien mercantil conformado por dos elementos, el derecho y el documento, ahora es importante analizar la relación entre solemnidad de los actos jurídicos y los títulos valores.

Henry Alberto Becerra, sostiene: “los títulos valores resultan negocios jurídicos consensuales de forma específica, pues la voluntad de obligarse debe estar contenida en un documento, de las características que dispone el artículo 619 antes transcrito, so pena de ineficacia”¹⁵. Por su parte, Lisandro Peña Nossa manifiesta: “Es un documento ad sustancian actus, esto quiere decir que el título valor no existe si no se consigna un derecho en un escrito de acuerdo las estipulaciones de la ley, en nuestro caso según los arts. 619 y s.s. del C. de Co.”¹⁶.

Con claridad ambas afirmaciones ligan a los títulos valores con el acto jurídico. Así las cosas, es importante reiterar el carácter de bien mercantil de los títulos valores, ya que de plano el legislador apartó esta institución de la teoría general del negocio jurídico, y más precisamente de los actos jurídicos y de los contratos. Ante esta situación es donde surge para el intérprete una problemática en la

¹⁵ BECERRA LEÓN, Op. Cit., p. 7.

¹⁶ PEÑA NOSSA, Op. Cit., p. 11

determinación de la naturaleza jurídica de estos instrumentos, ya que por un lado para constituir un título valor se requiere la existencia de una cosa corporal representada en un documento que debe cumplir con unas formalidades previstas en su marco regulatorio¹⁷, pero a su vez hace parte del mismo un derecho que tiene como base regulatoria el acto jurídico.

Como anteriormente se expresó, actos jurídicos para su perfeccionamiento pueden ser reales, consensuales o solemnes*. Así las cosas, una ligera interpretación ligando las formalidades específicas de los títulos valores y la solemnidad de los actos jurídicos puede llevar a concluir que los títulos valores son actos solemnes, ya que para ser perfecta la manifestación de voluntad se requiere plasmarla en un documento acompañada de las demás formalidades exigidas por su normatividad. Afirmación que no es cierta, pues desnaturaliza de un pincelazo el carácter de bien mercantil de los títulos valores para ubicarlo dentro de la categoría de actos jurídicos solemnes, desapareciendo en todo sentido la intención del legislador de catalogarlos como bienes mercantiles.

Es por eso que para el análisis de este conflicto debemos ahondar un poco más en la regulación aplicable a los títulos valores. El artículo 619 del C. de Co.¹⁸ al contener la expresión “que en ellos se incorpora” haciendo referencia a que para exigir el derecho se requiere el documento nos da un elemento necesario para solucionar este cuestionamiento. El Diccionario de la Real Academia Española define¹⁹ “incorporar” como agregar, unir algo a otra cosa para que haga un todo con ella, lo cual en términos generales hacemos referencia a que en esta institución el derecho se le agrega y une un documento. Desde el punto de vista jurídico el momento en que el derecho se agrega al documento para constituir un título valor contiene una alta importancia pues es el momento donde el derecho deja de ser un acto jurídico para convertirse en bien mercantil. Esta afirmación es la que nos permite resolver satisfactoriamente el cuestionamiento existente, es decir, los títulos valores tienen un proceso de formación para alcanzar la calidad de cosa corporal. Así las cosas, en su génesis se encuentra una primera etapa constituida por el acto jurídico representado en la simple manifestación de la voluntad, una segunda etapa que traduce en el perfeccionamiento de dicha manifestación de voluntad mediante el cumplimiento de la solemnidad consistente en plasmar el acto en un documento, donde se produce una transformación jurídica producto de la incorporación del derecho y el documento donde deja de ser un acto jurídico para dar paso al surgimiento del título valor cuya naturaleza es de bien mercantil.

¹⁷ Establece los requisitos generales de todos los títulos valores, y a su vez, cada especie típica contiene unos requisitos especiales. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 621. Bogotá: Legis, 2008.

* Dentro del acápite 1.3.1. se estudió la naturaleza jurídica del derecho que hace parte de los títulos valores.

¹⁸ Los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 619. Bogotá: Legis, 2008.

¹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Incorporar. [En línea] España: El autor, 2010. <Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=incorporar> [consulta: Ene. 2010].

En consecuencia, podemos concluir que los títulos valores no son actos jurídicos solemnes ya que estos son bienes mercantiles, y al tener esta calidad mal podría referirse a estos bajo una denominación asociada a la teoría general del acto jurídico. Sin embargo, como se explicó anteriormente dentro de la génesis de los títulos valores existe una etapa donde se presenta una solemnidad asociada al derecho que se incorpora, pero esta situación no conlleva a catalogar a los títulos valores como actos jurídicos solemnes.

1.4 FUNCIÓN ECONÓMICA DE LOS TÍTULOS VALORES

Los títulos valores al constituir un bien mercantil se tornan un instrumento para llevar a cabo actividades de comercio. Es importante traer a colación que los estos bienes tienen la atribución de incorporar derechos de contenido crediticio, corporativo o representativo de mercancías. Por lo tanto, si bien a continuación observaremos unas funciones particulares de los títulos valores es de anotar que su importancia en el comercio se enmarca en los criterios de celeridad y seguridad. A saber, cuando nos referimos a la celeridad hacemos referencia a la necesidad del comercio de efectuar negociaciones ágiles y sin grandes formalidades, en contraposición a otros esquemas como la cesión de créditos, la cual en razón a los trámites requeridos podemos aseverar su formalismo y lentitud. Igualmente, podemos afirmar la seguridad de estos instrumentos en razón a que contienen derechos ciertos e incondicionales, que le permiten a su tenedor en debida forma gozar de una posición preferente.

Dentro de los usos específicos, los títulos pueden tener una función de cumplimiento de obligaciones en razón a que pueden servir como instrumento de pago de una obligación en dinero mediante la entrega de un título valor de contenido crediticio o como dación en pago, en aquellos títulos representativos de mercancías o corporativos. Lo anterior, fundado en que estos instrumentos representan tanto dinero como bienes apreciables en dinero.

En lo que respecta a los títulos representativos de mercancías es importante anotar que le permiten a su tenedor la negociación o incluso la constitución de un gravamen prendario sobre los bienes representados mediante la circulación del título valor brindando celeridad a cualquier operación que se pretenda llevar a cabo sobre las mercancías.

De otro lado, podemos considerar que estos bienes mercantiles pueden ser utilizados como instrumentos para representar una modalidad de cumplimiento de un negocio jurídico. Es así como, las partes buscando la protección especial que gozan los títulos valores deciden representar en un título valor todo o parte de las obligaciones y derechos establecidos en el pacto contractual.

Entre muchas otras funciones económicas podemos afirmar que los títulos valores son de constante uso dentro de la economía y comercio mundial. También podemos visualizar su constante utilización en las operaciones financieras tanto de tipo bancario como en las Bolsas de Valores de todo el mundo, operaciones comerciales e incluso en negocios que bajo nuestro ordenamiento jurídico tienen la categoría de acto civil en la que sus partes pueden representar sus compromisos mediante la utilización de títulos valores. En consecuencia y sin temor a equivocarnos es incuestionable la importancia que tienen los títulos valores no sólo en el comercio, sino en el tráfico de riqueza a nivel mundial.

1.5 PRINCIPIOS RECTORES

A partir del artículo 619 del C. de Co. se desprenden cuatro conceptos, a saber, incorporación, literalidad, legitimación y autonomía. La doctrina se encuentra dividida frente al tratamiento de estas locuciones, una parte los cataloga como requisitos esenciales para la existencia de los títulos valores*, para otros, constituyen unas características que le otorgan al título valor identidad propia diferenciándolos de otros documentos**, y por último, la posición más fuerte les otorga una jerarquía mayor al catalogarlos como principios rectores***.

El tratadista Bernardo Trujillo haciendo mención a las distintas doctrinas expresa: “son nociones distintas estas dos de los principios rectores y de los requisitos formales de los títulos valores. Los primeros miran a las virtudes esenciales anexas a estos documentos que por eso se distinguen de los demás de carácter común, de simple deber civil o comercial. (...). No consideramos correcta la postura que involucra dentro de los principios rectores algunos o todos los que son requisitos formales (...). Algún autor llama a los unos “caracteres esenciales y comunes (...) división caprichosa y sin líneas divisorias”. Conforme lo expuesto el autor considera que las locuciones antes mencionadas ostentan el carácter de Principios Rectores que gobiernan el régimen cambiario, afirmación que encuentra fundamento en los planteamientos expuestos por grandes tratadistas como Federico Carlos Savigny, Jacobi, Brunner y Cesar Vivante, y a la cual adherimos. En tal sentido, podemos criticar la posición que le otorga a estos cuatro conceptos la categoría de requisitos, pues nuestro legislador establece unas particularidades generales y otras especiales*, empero, estas nociones trascienden más allá de unos simples condiciones como veremos durante el desarrollo de este título. Así las cosas, procederemos a analizar cada uno de los principios rectores que gobiernan a los títulos valores.

* Lisandro Peña Nossa

** Henry Alberto Becerra.

*** Ramiro Rengifo y Bernardo Trujillo Calle.

* Artículo 621 (generales), 671 (letra de cambio), 709 (pagaré), 713 (cheque), 759 (certificado de depósito y bono de prenda), 768 (Carta de porte y conocimiento de embarque), entre otros.

1.5.1 Incorporación. Como se expresó anteriormente*, el principio de la incorporación goza de especial importancia en la naturaleza jurídica de los títulos valores, ya que en virtud de este se consolida la unión entre el derecho y el documento. El autor alemán Federico Carlos Savigny ha sido considerado como el primer jurista que desarrolló este principio al utilizar la siguiente expresión “transfundido el derecho al documento, la suerte del primero queda unida inseparablemente a la del segundo; el derecho no se puede exigir ni transmitir sin el documento y sigue las vicisitudes de éste”²⁰. A partir de lo expuesto por Savigny, podemos predicar que estos dos elementos efectúan una conexión permanente e indisoluble que va desde el nacimiento del título valor hasta que se efectúe el descargo del mismo. La tesis planteada por Savigny fue recibida completamente por las esferas del derecho cambiario, incluyendo a los partícipes del proyecto Intal y por lo tanto, por nuestros legisladores.

Incluso podemos expresar que la incorporación se da forma exclusiva en el documento original, siendo este el único medio para representar el título valor, salvo en el caso de una reposición del mismo por su hurto, extravío, robo o destrucción, implicando que una copia del título valor carezca de cualquier efecto cambiario.

En Colombia, el principio de incorporación se refleja en distintas disposiciones normativas contenidas en el Código de Comercio adicionales al propio artículo 619. El artículo 624 del C. de Co. establece que para ejercer el derecho contenido en el documento, su tenedor deberá exhibir el mismo, igualmente establece, que el documento deberá ser restituido al deudor luego de efectuar el cumplimiento de su obligación, el artículo 628 del C. de Co. establece que al circular un título valor se transfiere tanto el derecho principal como los accesorios, lo cual se repite con los artículos 629, 802, 803 del C. de Co., entre otras. Como se observa todas estas disposiciones hacen referencia al documento como medio para la realización o ejecución de un acto cambiario. Así las cosas, este precepto base nos expone la primacía del documento sobre el derecho consignado al supeditar el ejercicio de este a que se cuente con el documento mismo dada la naturaleza jurídica de bien mercantil.

1.5.2 Literalidad. El Diccionario de la Real Academia Española define la locución “literal” así: “Conforme a la letra del texto, o al sentido exacto y propio, y no lato ni figurado”²¹. Según Rodrigo Uria fue la doctrina Heinrich Brünner quién desarrolló el principio de literalidad²². Raúl Cervantes Ahumada redactor del Proyecto Intal expresa lo siguiente refiriéndose a este principio: “La definición legal dice que el

* Véase el título “El Acto Solemne y los Títulos Valores”

²⁰ RAMOS PADILLA, Cesar. Teoría General de los Títulos Valores. [En línea] s.p.i. p. 2.. <Disponible en: http://boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulos/Titulos_Valores.doc> [consulta: Ene. 2010].

²¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Presentación. [En línea] España: El autor, 2010. <Disponible en: <http://buscon.rae.es/draeI/>> [consulta: Ene. 2010].

²² RAMOS PADILLA, Op. Cit., p. 3.

derecho incorporado en el título es “literal”. Quiere esto decir que tal derecho se medirá en su extensión y demás circunstancias por la letra del documento, por lo que literalmente se encuentre en él consignado (...)”²³. Así las cosas, tomando la definición de la locución “literal” y otorgándole un alcance jurídico, podemos expresar que el derecho y la correlativa obligación incorporada al documento está limitada a lo que exprese el tenor literal del título valor. Así las cosas, el tenedor de estos bienes no puede exigir algo distinto de lo que exprese el texto del documento, y correlativamente, el obligado cambiario, está comprometido a llevar a cabo sólo el comportamiento expresado en el bien mismo. Es importante mencionar que este aspecto es una nota diferenciadora de los negocios jurídicos debido a que al materializarlos por escrito se considera que el derecho está condicionado a lo expuesto en el escrito, pero es importante resaltar que mediante los medios de prueba establecidos por ley se puede desvirtuar el contenido del documento. Situación que reiteramos no es aplicable a los títulos valores por tener la naturaleza jurídica de bienes mercantiles.

Adicional al artículo 619 del C. de Co., el legislador colombiano reafirma este principio en diversas disposiciones. En el artículo 626 del C.de Co. referente a la obligación cambiaria dice: “El suscriptor de un título valor quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia”. En lo que respecta a la circulación del instrumento el artículo 628 del C. de Co. se establece que se transfiere tanto el derecho principal como todos los accesorios incorporados en el mismo. A su vez, respecto de la reivindicación, el secuestro y demás afectaciones o gravámenes el artículo 630 del C. de Co. determina que deben recaer no en el derecho, sino el título mismo de forma material. Frente al ejercicio de la acción cambiaria dice el artículo 782 del C.de Co. que sólo se puede reclamar el pago del importe, intereses moratorios, gastos de cobranza y prima o gasto de transferencia de una plaza, es decir, el derecho incorporado. Entre otros artículos, una de las disposiciones normativas más destacadas que desarrolla este principio se encuentran aquellas que establecen las formalidades de los títulos valores, en razón a que la formalidad hace parte de la literalidad del título valor. Conforme lo dispuesto en el artículo 621 del C. de Co. podemos hacer mención a dos requisitos generales. El primero de estos encuentra relación con el propio artículo 619 del C. de Co, y consiste en la mención del derecho incorporado, el cual sólo puede ser de contenido crediticio, de participación, o representativo de mercancías. El segundo, relacionado con la firma del creador. Teniendo en cuenta que en el título tercero relacionado con estos bienes mercantiles no se encuentra regulada la firma se aplican las normas consagradas en los artículos 826 del C. de Co. y siguientes. Posteriormente, nuestro legislador estableció adicional a los generales unos requisitos especiales aplicables para algunas de sus especies. De otro lado, también el principio de literalidad se relaciona con la forma de circulación de los títulos y su limitación a que sólo el creador es quién puede determinarla y modificarla (artículos 630, 648

²³ BECERRA LEÓN, Op. Cit., p. 7.

al 670), entre otras. De otro lado, podemos observar que el legislador previó que un título valor podría ser alterado, para lo cual y con el fin de mantener su validez jurídica consagró el artículo 631 del C. de Co. La citada disposición establece que si un título es alterado sus signatarios anteriores a la alteración responden conforme al texto original y los posteriores conforme al documento modificado. En consecuencia, se resalta que mediante este principio se limita el alcance de los derechos y obligaciones contenidas en los títulos valores brindando una absoluta certeza frente a lo incorporado en el mismo, y que sólo puede ser desvirtuado haciendo uso de las distintas excepciones contempladas en el artículo 784 del C. de Co.

1.5.3 Legitimación. El Diccionario de la Real Academia Española define²⁴ la locución “legitimación” como la Acción y efecto de legitimar, a su vez, “legitimar” se define como convertir algo en legítimo, por su parte “legítimo” se entiende conforme las leyes o lícito, lo cual se entiende como de la ley o calidad debida. En materia cambiaria la legitimación es el mecanismo para determinar quien goza de la facultad jurídica para ejercer el derecho incorporado en el título valor.

Así las cosas, se es “legítimo” cuando se adquiere el título conforme a las leyes de la circulación siendo la ley de circulación el instrumento jurídico mediante el cual se lleva a cabo la acción de legitimar al nuevo tenedor. Así las cosas quién no adquiere un título valor bajos las leyes de la circulación si bien puede llegar a ejercer el derecho incorporado este carece de los atributos cambiarios, pues carece de legitimación alguna que le permita exigir dicha facultad.

En nuestro ordenamiento jurídico el principio de la legitimación deviene del propio artículo 619, al igual que de otras disposiciones que desarrollan la materia. Su origen se le atribuye a Ernesto Jacobi quién sostuvo que tanto para el ejercicio de derecho como para el cumplimiento de la obligación sólo se requiere la posesión del documento, al expresar lo siguiente: “es una forma de agilizar la legitimación, opera no sólo a favor del acreedor al facilitarle y simplificarle de su obligación simplemente con probar que pagó al poseedor del título, aunque éste no fuera el titular del derecho”²⁵. Dicha posición tuvo aceptación por la doctrina y fue incluido por Cesar Vivante dentro de su desarrollo unificador de la definición de título valor. El tratadista Joaquín Rodríguez efectúa la siguiente aseveración haciendo referencia a la legitimación: “en la posibilidad que se ejercite el derecho por el tenedor, aun cuando no sea en realidad el titular jurídico del derecho conforme a las normas del derecho común; equivale por consiguiente, a un abandono de cualquier investigación que pudiera realizarse sobre la pertenencia del derecho”²⁶.

²⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Presentación, Op. Cit.

²⁵ RAMOS PADILLA, Op. Cit., p. 24.

²⁶ TRUJILLO CALLE, Op. Cit., p. 45.

Adicional al artículo 619 encontramos disposiciones normativas como el artículo 647 de este mismo estatuto que consagra: “Se considera tenedor legítimo del título valor a quién lo posea conforme a su ley de circulación”. Cabe precisar que la ley de circulación de cada título valor es fijado por su creador y sólo puede ser modificado por este²⁷, quién puede optar única y exclusivamente por tres formas, Nominativo*, A la Orden** o Al Portador***. Para cada una de estos mecanismos existe la forma de transferencia, a saber, los “nominativos” requieren endoso****, entrega e inscripción en el libro de registro del emisor, aquellos “a la orden” exigen endoso y entrega, y “al portador” la simple entrega.

Así las cosas, el principio de legitimación conlleva cargas para el acreedor***** como para el deudor*****. El acreedor o también la parte activa del título para la exigencia del derecho requieren ser tenedor del título (art 624)²⁸, haberlo adquirido conforme la ley de la circulación y efectuar su exhibición (Art 624).

La doctrina se encuentra dividida sobre la necesidad o no de la buena fe por parte del tenedor, tratadistas tan respetados como Bernardo Trujillo Calle exponen que bajo la presunción de buena fe que rige nuestro derecho y con consagración expresa en el artículo 835 del C. de Co²⁹ no es necesario obrar con esta calidad,

²⁷ CODIGO DE COMERCIO. Artículo 630. Bogotá: Legis, 2008.

* Título Valor Nominativo: Corresponde a aquellos títulos valores que se giran a favor de una persona determinada y que requieren su inscripción en el registro que lleve el creador del instrumento. Circulan a través de Endoso, entrega material del título y la inscripción en el registro. (art 648 c de co). Ejs: acciones, bonos o certificados de depósito.

** Título Valor A La Orden: Corresponde a aquellos títulos valores que se giran a favor de una persona determinada mediante la utilización de expresiones: “a la orden”, transferible por endoso, o que son negociables o se indique la denominación específica del título valor. Circulan a través de Endoso y entrega material del título. (art 648 c de co).

*** Título Valor Al Portador: Corresponde a aquellos Títulos Valores que no se expiden a favor de una persona determinada, pueden o no incluir la expresión “Al Portador”. Circulan A través de la entrega material del título. (Art 668 C De Co). No Existen obligados de regreso. sólo se permite para aquellos casos previstos en la ley. (Letra De Cambio – Art 671 – 4, Cheque 713-3, Certificado De Depósito y Bono De Prenda – Art 763, Carta de Porte y Conocimiento de Embarque – Art 768 – 4 Y 1636). No cabe para la Factura, CDT, Bono y Acción. En el Pagaré conforme el artículo 709 – 3 del C. de Co. se requiere el nombre de la persona a quién debe hacerse el pago seguida de al portador.

**** Endoso: Corresponde a la forma como circulan los títulos emitidos a la orden y los nominativos. Puede ser:

- Desde el punto de vista de Contenido: Completo, Incompleto o en Blanco.
- Desde el punto de vista de derecho que transfiere: en propiedad, en procuración, en garantía.
- Desde el punto de vista de a quién se hace: En nombre propio o En nombre de otro.
- Desde el punto de vista de la “responsabilidad”: Con o sin responsabilidad.

***** Entiéndase el titular jurídico del derecho incorporado, que corresponde al tenedor legítimo.

***** Entiéndase el obligado cambiario.

²⁸ El ejercicio del derecho consignado en un título valor requiere la exhibición del mismo (...). CODIGO DE COMERCIO. Artículo 624. Bogotá: Legis, 2008.

²⁹ Se presumirá la buena fe, aun la exenta de culpa. Quién alegue la mala fe o la culpa de una persona o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 835. Bogotá: Legis, 2008.

en contraposición a Vivante quién considera que queda al arbitrio del obligado cumplir o no la obligación. Teniendo en cuenta el artículo 784 numeral 12 del C. de Co, que consagra que el obligado puede proponerle a un tercero tenedor las excepciones inherentes al negocio causal que dio origen al título valor cuando este no sea tenedor de buena fe exenta de culpa, consideramos que si bien el obligado puede negarse quedará en mora en el cumplimiento de su obligación y sólo podrá eximirse probando en juicio la mala fe o la buena fe culposa del tenedor.

Así las cosas, con fundamento en los artículos 835 y 784 del C. de Co. y Artículo 83 de la Constitución Política de Colombia apoyamos lo expuesto por Trujillo Calle al considerar que bajo nuestro ordenamiento jurídico no es necesario contar con el elemento de la buena fe para el ejercicio del derecho.

De otro lado, desde el punto de vista pasivo, es decir, haciendo referencia al obligado quién para efectuar un pago liberatorio y extinga su obligación deberá exigir los siguientes comportamientos por parte del tenedor respecto de cada título, a saber, en los títulos “al portador” la simple exhibición del documento, en los títulos “a la Orden” la tenencia del documento, la identificación como la persona determinada y la cadena ininterrumpida de endosos como una simple conexión formal (artículo 661), por último, en los “nominativos” adicional a lo expuesto para los títulos valores “a la orden” es facultativo del obligado solicitar la autenticación de la firma del transmisor. Observamos que bajo la teoría general de los bienes se predica que se es propietario cuando se adquiere un bien mediante justo título y buena fe, al igual que no es posible transferir más derechos de los que se tienen, pero en materia cambiaria, al ser la legitimación el instrumento para fijar quién es el titular jurídico del derecho incorporado es factible que bajo las leyes de la circulación una persona que no es el real propietario del bien pueda transferir el título valor y hacer dueño al que se lo transfiera, lo cual se denomina “adquisición a non domino”.

De acuerdo a lo expuesto podemos concluir que tiene razón Cesar Ramos Padilla al afirmar que la titularidad del derecho que deviene de la posesión y exhibición del documento no es una aberración, sino una conquista del Derecho privado y moderno. Podemos afirmar que la función jurídica de los títulos valores en garantizar una certeza del derecho incorporado evitándole a su legítimo tenedor cualquier contradicción que afecta esta seguridad legal que se le quiere brindar a través de este instrumento.

1.5.4 Autonomía. El Diccionario de la Real Academia Española define la locución “autonomía” así: condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie³⁰. Se considera que la escuela italiana y especialmente Cesar Vivante fue quién estableció el principio de autonomía, al considerar dentro de la definición de título

³⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Autonomía. [En línea] España: El autor, 2010. <Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=autonomía> [consulta: Ene. 2010]:

valor la expresión “derecho literal y autónomo”. Con el fin de fundamentar la inclusión de tan importante característica Vivante afirmó que el derecho era autónomo, porque el poseedor de buena fe ejercita un derecho propio, que no puede ser restringido o destruido en virtud de las relaciones existentes entre los anteriores poseedores y el deudor³¹. Por su parte, Cesar Padilla expone “Este principio determina que cada uno de los sucesivos titulares del documento resulta vinculado en forma originaria con el obligado y no como un sucesor de quienes lo antecedieron en la titularidad del instrumento.

Existe una relación real, objetiva, instrumentalizada, independiente de las relaciones extradocumentales (causas que pudieran haber determinado la creación o transmisión del título hasta llegar al último tenedor)”. Dentro de la teoría del acto jurídico se desarrolla un Principio Rector consistente en que “Lo Accesorio sigue la suerte de los Principal”, es decir que todo aquello que afecte, incida o invalide un derecho u obligación principal afecta correlativamente los derechos y obligaciones accesorias. Bajo el principio mencionado, entonces los títulos valores se verían incididos con todos los aspectos que incidan en el negocio principal, situación que no sería nada justa para un tercero que posee el título valor y sea ajeno al negocio jurídico. Lo anterior, teniendo en cuenta que todos los títulos valores son causales, es decir, tienen origen en un negocio jurídico. En tal sentido, la Autonomía pregonada por la independencia que debe existir entre la causa jurídica para la creación del título valor y del derecho incorporado en razón a la relación cambiaria producto de la suscripción del título valor. La relación fundamental sirve de causa para que se cree la cambiaria, pero una vez creada la cambiaria se vuelven independientes. Luego, lo que ocurra con la fundamental no incide en pro ni en contra de la cambiaria. Podemos predicar que la autonomía se

³¹ RAMOS PADILLA, Op. Cit., p. 24.

* Todos los Títulos Valores son Negocios Causales, es decir, tienen origen en un negocio jurídico. Sin embargo, existen Títulos valores con negocios causales específicos en su origen (ej Factura, las acciones, los bonos, Certificados de Depósito, Bono de prenda, Conocimiento de Embarque, Carta de Porte), y otros que puede ser de cualquier tipo (ej letra de cambio, pagaré, cheque). Algunos segmentos de la doctrina lo clasifican en Causales como aquellos que devienen de un contrato específico y no se desligan de la relación subyacente y abstractos, que se desligan inmediatamente del negocio subyacente. Incluso algunos autores predicar que en los títulos valores causales es posible presentar las excepciones propias del negocio jurídico aun cuando el Título Valor ha circulado, aspecto que en ningún momento es establecido en el Código de Comercio. Dentro de la providencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002) Radicación número: 41001-23-31-000-2000-2175-01(19270) Actor: BANCAFÉ Demandado: MUNICIPIO DE PITALITO Y OTROS Referencia: RECURSO DE REPOSICIÓN “La discusión sobre la aplicación de una u otras teorías se presenta sólo respecto de los últimos, pues sobre los títulos causales nadie discute que permanecen íntima y constantemente ligados al contrato-origen, ya que el principio de literalidad, en ellos, supone que la letra del contrato subyacente integra el título, limitando o condicionando el ejercicio del derecho cartular”. Es decir ambos títulos valores se desligan en principio del negocio subyacente, la diferencia radica en que aquellos de causa específica por su requisitos normativos se les exige una mayor literalidad, y a medida de que esa literalidad es uniforme se pueden predicar excepciones idénticas a las que sería predicables en el negocio jurídico que dio lugar a la relación cambiaria.

refleja en el título valor desde el punto de vista Activo (Titular del Derecho) y desde el punto de vista pasivo (obligado cambiario). Para cada titular u obligado su derecho u obligación circunda independientemente del resto.

Desde el punto de vista activo, con fundamento en el artículo 619 del C. de Co. se predica que todo legítimo tenedor posee un derecho original e independiente, desligado de los negocios jurídicos que hayan celebrado los anteriores tenedores con el deudor cambiario. Desde el punto de vista pasivo, guarda relación con la independencia de las obligaciones de cada uno de los obligados cambiarios. En tal sentido, el artículo Art 627 del C. de Co. expresa: “Todo suscriptor de un título valor se obligará autónomamente. Las circunstancias que invaliden a alguno o algunos no afectarán a las obligaciones de los demás”. Por lo tanto, las obligaciones de los suscriptores de los títulos valores son independientes, así las cosas, los vicios que llegan a afectar el deber de uno o varios deudores no afecta la obligación cambiaria de otros. Afirmación que es posteriormente ratificada por el Código de Comercio en el artículo 636 que hace relación al avalista, artículo 657 referente al endosante, el artículo 678 relacionado con el girador cuando se rechaza o se acepta parcialmente la letra de cambio, entre otros.

En tal sentido el principio de la autonomía desarrolla el criterio de lo justo, así las cosas, evidenciamos dos casos en donde el legislador aplicando el criterio de justicia limitó la aplicación de este principio rector. A saber, conforme lo dispuesto en el artículo 784 numeral 12 del C. de Co., cuando título valor no ha circulado o luego de haber circulado queda en cabeza de una persona que fue parte del negocio jurídico causal, el deudor podrá proponerle a este las excepciones inherentes a dicho negocio. Igualmente, cuando un tercero que es ajeno a la relación causal pero no es un tenedor de buena fe exenta de culpa, se le podrán proponer todas las excepciones inherentes al negocio causal o cuando se transfiere el título mediante un acto extracambiario conlleva a la pérdida de beneficios cambiarios, permitiéndole al deudor proponer todo tipo de excepciones, incluso las del negocio causal. Esto se presenta cuando el título valor es adquirido por un medio diferente al de la ley de la circulación o cuando un título a la orden o nominativo se endosa después de su vencimiento. Luego de una revisión general de los principios rectores que gobiernan a los títulos valores, es fehaciente la importancia que tiene el elemento documental en la representación y consolidación de estos instrumentos, más adelante en esta obra, estudiaremos con mayor detenimiento lo esencial del carácter cartular.

1.6 CLASIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES

A partir de las disposiciones normativas contenidas en el Título Tercero relacionado con los Títulos Valores, la doctrina ha desarrollado más de quince (15) conceptos para clasificar a estos bienes mercantiles. Los parámetros de clasificación van desde el tipo de derecho incorporado hasta sus efectos

procesales, sin embargo, analizaremos los principales métodos de agrupación de esta institución.

1.6.1 Según el Derecho Incorporado. El artículo 619 del C. de Co en su inciso final establece que los títulos valores pueden ser de contenido crediticio, corporativo o de participación, y de tradición o representativo de mercancías. Es decir, el legislador estableció el tipo de derecho incorporado en el documento, y lo limitó a estas tres clases de derechos.

Los títulos Valores de Contenido Crediticio son aquellos que incorporan una obligación principal de carácter dineraria, es decir de cancelar un determinado monto de dinero, tal es el caso de la Letra de Cambio (Art 671), Pagaré (Art 709 - 1), Cheque (Art 713 – 1), Bono de prenda (Art 757 inc 3), factura (Art 772), Certificado de depósito a término (artículo 1394).

Por su parte, los de contenido Corporativo o de Participación incorporan fuera de una obligación dineraria el ejercicio de derechos políticos. Es el caso de los bonos cuya definición se encuentra en el artículo 752 del C. de Co, así como, el Decreto 1026 de 1990 y en la Resolución 400 de 1995, igualmente dentro de esta clasificación se pueden incluir las Acciones, sin embargo, como se explicará más adelante, se discute el carácter de título valor o no de este instrumento. Por último se encuentran los de Tradición o Representativos de Mercancías que incorporan una obligación de disposición de las mercancías que en el documento se especifiquen.

No obstante, si presentado para su ejercicio por el legítimo tenedor es rechazado por el obligado directo se torna en un título valor de contenido crediticio, al permitirle el cobro crediticio de este a los obligados de regreso (artículo 645). Entonces el documento contiene prerrogativas de poseer un derecho real sobre la mercancía y un derecho de crédito. Es el caso del Certificado de depósito (artículo 757 inc 2), Carta de Porte y Conocimiento de Embarque (Artículo 767).

1.6.2 Según la Base de la Expresión de Pago. A partir del análisis de cada uno de los títulos valores expresados en el título tercero del Código de Comercio podemos afirmar que los títulos valores expresan una “Orden de Pago” o una “Promesa de Pago” produciendo diversos efectos cambiarios.

La expresión de “Orden de Pago” se utiliza en la Letra de Cambio, en el Cheque y en la Factura Cambiaria. Al hacer uso de esta expresión como su nombre lo indica una parte cambiaria le está dando la instrucción a otra de efectuar el pago del derecho incorporado.

La parte que da la orden se torna un simple obligado de regreso, y la parte que recibe la orden, al aceptar la misma adquiere la calidad de obligado directo³². Cabe aclarar que cuando esa misma persona sea a su vez la parte que da la orden y la parte que recibe la orden, lo cual es posible desde el punto de vista del Derecho Cambiario, esa misma persona adquiere una posición de obligado directo y de obligado de regreso. En este tipo de títulos valores, se observará una estructura compuesta por tres partes al momento de su creación distribuida así: quién da la orden, quien recibe la orden y el beneficiario de la misma.

En lo que respecta a la expresión “ A base de Promesa”, implica que quién está incorporando el derecho efectúa una promesa de pago. Los títulos valores que utilizan esa manifestación son el Pagaré, el Bono, la Acción*, la Carta de Porte, el Conocimiento de Embarque, el Certificado de Depósito, el Bono de Prenda, el Certificado de Depósito a Término. La parte que efectúa la promesa de pago se torna en un obligado directo y debe responder por el pago y descargo del título valor. En estos instrumentos se observará una estructura compuesta por dos partes al momento de la creación, quién promete el pago y el beneficiario de la promesa.

1.6.3 Según la Circulación del Título Valor. La forma de circulación goza de especial importancia para los títulos valores, ya que según lo dispuesto en el artículo 647 del C. de Co. quién adquiere un título valor según la ley de circulación ostenta la calidad de legítimo tenedor. El legislador adoptó tres formas a través de las cuales pueden circular estos bienes otorgándoles una denominación específica, a saber, Nominativos, a la orden, o al portador. El creador del instrumento es quién determina la forma de su circulación y sólo este podrá modificarla³³.

³² Con excepción del cheque común, todos los títulos valores poseen un obligado directo representado en el aceptante de una orden o el otorgante de la promesa y sus respectivos avalistas singulares o de todo el instrumento, a quienes les corresponde efectuar el pago y descargo del instrumento. Empero, dentro de un título pueden existir otros obligados, como son el endosante con responsabilidad y su Avalista, quienes adquieren la obligación de responder por el derecho incorporado, pero su cumplimiento no se entiende como un pago que descargue el título, sino un simple reembolso, y tienen la facultad jurídica de efectuar el cobro mediante el uso de la acción cambiaria del monto reembolsado. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 781. Bogotá: Legis, 2008.

* Reiteramos que existe una discusión doctrinal frente al carácter de título valor de las acciones, procederemos a efectuar su análisis en el Numeral 1.8. denominado “Principales Títulos Valores”.

³³ CODIGO DE COMERCIO. Artículos 620, 621 y 630. Bogotá: Legis, 2008.

De conformidad con el artículo 648 del Código de Comercio se consideran Títulos Valores Nominativos aquellos que se giran a favor de una persona determinada y requieren la inscripción del tenedor en el registro que lleve el creador del instrumento, ambos aspectos deberán expresarse de forma literal en el título. Circulan a través de endoso*, entrega material del título y la inscripción en dicho registro. Podrán ser nominativos las acciones, los bonos y los certificados de depósito.

De acuerdo a lo expuesto en el artículo 651 del C. de Co. constituyen títulos valores “a la Orden” los que se giran a favor de una persona determinada mediante la utilización de expresiones: “a la orden”, transferible por endoso, o que son negociables o se indique la denominación específica del título valor. Circulan a través de Endoso y entrega material del título.

Por último se encuentran los títulos valores “al portador”, estos se regulan por los artículos 668 al 670 del Código de Comercio los cuales se expiden a favor de una persona no determinada y pueden o no, incluir la expresión “al portador”. Estos bienes circulan a través de la entrega material del título y no requieren endoso (art 668 c de co) teniendo como efecto principal que nunca existirán obligados de regreso en estos instrumentos. Empero, el legislador limitó el uso de esta forma de circulación para Letra de Cambio, el Cheque, el Certificado de Depósito, el Bono de Prenda, Carta de porte y Conocimiento de Embarque³⁴, por lo tanto, no puede ser utilizada para la factura, el CDT, el Bono y la Acción so pena de en caso de utilización se entiende que dichos documentos no constituyen títulos valores³⁵.

1.6.4 Según el Negocio Causal que da Origen al Título Valor. Es importante reiterar que todos los títulos valores tienen origen en un Acto o Negocio Jurídico a partir del cual de forma unilateral la parte o una de las partes deudoras procede a la creación de un título valor**. No obstante haberse creado un título valor, es posible que este quede vinculado al negocio que dio origen al mismo, así las

* El Código de Comercio no define que se entiende por endoso, pero lo consagra a partir del artículo 652 al 667 como el medio a través del cual circulan los títulos valores a la orden y nominativos. Sin embargo podemos definir el Endoso como una manifestación unilateral de carácter incondicional y accesoria que efectúa el tenedor de un título valor a la orden o nominativo a través de la cual transfiere mediante la entrega el derecho incorporado a un nuevo tenedor que recibe un derecho literal y autónomo. La finalidad del mismo legitimar al nuevo tenedor para que este pueda ejercer el derecho. El Endoso puede ser:

- Desde el punto de vista de Contenido: Completo, Incompleto o en Blanco.
- Desde el punto de vista de derecho que transfiere: en propiedad, en procuración, en garantía.
- Desde el punto de vista de a quién se hace: En nombre propio o En nombre de otro.
- Desde el punto de vista de la “responsabilidad”: Con o sin responsabilidad.

³⁴ CODIGO DE COMERCIO. Artículos 669 671 – 4, 713-3, 763, 768 – 4 y 1636. Bogotá: Legis, 2008.

³⁵ Los títulos valores creados en contravención a lo dispuesto en el artículo anterior, no producirán efectos como títulos valores. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 670. Bogotá: Legis, 2008.

** Es importante señalar que para que surja el título valor debe incorporar un derecho de contenido crediticio, corporativo o de participación, o representativo de mercancías, así mismo, deberá dar cumplimiento con los requisitos generales y particulares de cada instrumento.

cosas surge la clasificación de títulos “Abstractos” y de “Causa Específica” o “Causales”. Sin embargo, esta clasificación adquiere importancia sólo cuando el título circula y su tenedor sea un tercero de Buena Fe Exenta de Culpa*, en razón a que mientras quede en manos de la misma parte conforme lo dispone el artículo 784 numeral 12, el deudor podrá proponerle al tenedor todas las excepciones inherentes al negocio causal.

En tal sentido aplicando la tesis del Consejo de Estado se consideran “Causales” aquellos títulos que permanecen ligados al contrato-origen, teniendo en cuenta que conforme al principio de literalidad, los textos de la letra del contrato subyacente integra el título, limitando o condicionando el ejercicio del derecho cartular**. Así las cosas, teniendo en cuenta los requisitos normativos para el Certificado de Depósito, el Bono de Prenda, la Carta de Porte, el Conocimiento de Embarque, la Factura Cambiaria, las Acciones y los Bonos, se considera que estos títulos valores son Causales. Lo anterior, tiene fundamento diversas disposiciones, a saber, para el certificado de depósito y bono de prenda el artículo 759 del C.de Co. establece que en el documento se debe expresar entre otros, el almacén, lugar de depósito, fecha de expedición, descripción de las mercancías, tarifas, el seguro y su importe, plazos, entre otros, de forma similar sucede en la Carta de Porte y el Conocimiento de Embarque donde el artículo 768 del C.de Co. se exige la denominación del transportador, nombre del remitente, número del título, descripción de la mercancía, estimación del valor, fletes, entre otros. Es decir, como se bien se puede observar, el título contiene elementos propios tanto del contrato de depósito en el primer caso, como, del contrato de transporte en el segundo.

Por su parte, son “Abstractos” aquellos que desde el punto de vista formal no se exige una literalidad que integre el negocio subyacente, tal es el caso de la letra de cambio, el pagaré y el cheque. A partir de los artículos 671, 709 y 713 del C. de Co., no se exige como requisitos aspectos relacionados con el negocio causal.

1.6.5 Según su lugar de Creación. El Artículo 646 del C. de Co., le otorga validez y rigor cambiario en Colombia a los títulos valores creados en extranjero que bajo las normas del país de creación posea tal calidad. Así las cosas, se desprende la clasificación de títulos valores “Nacionales” y “Extranjeros”. En tal sentido, son “Nacionales” aquellos que sean creados en Colombia y que cumplan con los requisitos exigidos en nuestro ordenamiento jurídico. Son “Extranjeros” aquellos creados por fuera del ámbito geográfico de nuestro país, y que bajo las normas del estado de creación sus disposiciones le otorguen la calidad de Título Valores.

* De conformidad con el artículo 784 numeral 12 del C. de Co. si bien el título valor circula su tenedor no lo es de buena fe exenta de culpa, el deudor podrá proponerle todas las excepciones inherente al negocio causal.

** CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA
Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ Bogotá D.C., Veintiuno (21) De Febrero De Dos Mil Dos (2002) Radicación Número: 41001-23-31-000-2000-2175-01(19270) Actor: BANCAFÉ Demandado: MUNICIPIO DE PITALITO Y OTROS Referencia: RECURSO DE REPOSICIÓN.

Para su ejecución en Colombia, el tenedor deberá demostrar que ese instrumento cumple con el estatuto normativo del lugar de su creación.

1.6.6 Según su Reglamentación. El Capítulo Quinto del Título Tercero del Libro Tercero del Código de Comercio contiene las distintas especies de títulos valores y regula la letra de cambio, el pagaré, el cheque, el bono, el certificado de depósito, el bono de prenda, la carta de porte, el conocimiento de embarque, y la factura cambiaria, quedando por fuera otros como el Certificado de Depósito a Término que está regulado en libro cuarto y las Acciones regulado en el libro segundo, así como, otros títulos que se encuentran por fuera del Código de Comercio.

Así las cosas a partir del artículo 620 del C. de Co. que dice en su inciso primero: “Los documentos y los actos a que se refiere este título sólo producirán los efectos en el previstos cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la ley señale, salvo que ella los presuma (...)”, se discute si sólo constituyen títulos valores los contenidos en el Capítulo Quinto.

La discusión la genera la locución “sólo” que utilizó el legislador en esta disposición. Para algunos como Henry Alberto Becerra³⁶ interpretan que el legislador al utilizar la expresión “sólo” hace referencia exclusivamente a los incluidos en el capítulo quinto, pero para otros autores, la expresión “sólo” hace referencia a la parte formal, es decir, requisitos generales y los específicos de cada título con consagración expresa, no limitándose a que sean exclusivamente los contenidos en el capítulo quinto.

Conforme lo expuesto, si se adopta la segunda teoría, serían títulos valores “nominados” aquellos que cuenten con una denominación y regulación específica por parte del legislador, sea tanto en el Código de Comercio, como por cualquier otra disposición del ordenamiento jurídico. Son “inominados” aquellos que no cuentan con una denominación específica, y se les aplican las normas generales de los títulos valores.

1.6.7 Otras Clasificaciones. Existen otras clasificaciones dependiendo de si son emitidos en serie, como “singulares” o “seriales”, según su contenido como “completos” “incoados” o “en blanco”, según el número de derechos incorporados “simples” o “complejos”, según si los títulos cuentan con todos los elementos jurídicos relevantes como son los “completos” e “incompletos”, entre otras.

³⁶ BECERRA LEÓN, Op. Cit., p. 64, 65 y 162

1.7 PRINCIPALES TÍTULOS VALORES

Luego de haber analizado algunas de las distintas formas de clasificación que existen para estos bienes mercantiles efectuaremos una revisión general de los principales títulos valores.

1.7.1 Letra de Cambio. La Letra de Cambio se encuentra regulada en los artículos 671 al 708 del Código de Comercio. Nuestro ordenamiento no define este instrumento, para lo cual podemos acudir a la siguiente definición: “es un título valor de contenido crediticio mediante el cual una parte denominado girador, da a otra llamada girado, la orden de pagar a un beneficiario determinada suma de dinero en un fecha propuesta”³⁷. El mismo está compuesto de tres partes, “Girador” quién da la orden, “Girado” el destinatario de la orden, y “Beneficiario”. Por lo tanto, este título requiere ser presentado para la aceptación del “Girado”, quién al momento de aceptar la orden adquiere la denominación de “Aceptante” siendo así el obligado directo. No obstante lo anterior, “el Girador” como obligado de regreso será siempre responsable de la aceptación y pago del título valor³⁸. Así las cosas, en caso de presentarse por parte del “Girado” el rechazo de la orden o su aceptación parcial de la misma, el “Beneficiario o Tenedor” del título puede inmediatamente efectuar su cobro al “Girador”. En tal sentido, conforme los criterios de clasificación estudiados* este título es de carácter crediticio, contiene una orden de pago, su forma de circulación puede ser “a la orden” o “al portador”³⁹, se considera que tiene el carácter de abstracto, así como, nacional y nominado.

1.7.2 Pagaré. Se encuentra regulado en los artículos 709 y 710 del Código de Comercio, el artículo 711 del mismo estatuto remite a la regulación de la Letra de Cambio en aquello que le sea aplicable. Al igual que la letra de cambio, el Pagaré no cuenta con una definición legal, en tal sentido podemos acudir a la definición esbozada por el tratadista Henry Alberto Becerra: “Título valor de contenido crediticio (...) mediante el cual una parte denominado otorgante, otorga a favor de otra denominada beneficiario la promesa incondicional de pagar una suma de dinero dentro de un plazo establecido”⁴⁰. Podemos observar que es un título está compuesto por dos parte, el “otorgante” quién crea el título y promete el pago de una suma de dinero y el “beneficiario” quién es el destinatario de la promesa. En tal sentido, el “otorgante” es el obligado directo en este título valor. Este instrumento puede clasificarse como de carácter crediticio, contiene una promesa

³⁷ Ibid., p. 225.

³⁸ CODIGO DE COMERCIO. Artículo 628. Bogotá: Legis, 2008.

* Véase Título “Clasificación de los Títulos Valores” nomenclador 1.6.

³⁹ Artículo 671 numeral 4 C.deCo.: La indicación de ser pagadero a la orden o al portador.

⁴⁰ BECERRA LEÓN, Op. Cit., p. 291.

de pago, su forma de circulación puede ser “a la orden” o “al portador”⁴¹, se considera que tiene el carácter de abstracto, así como, nacional y nominado.

1.7.3 Cheque. La base regulatoria del cheque se encuentra en los artículos 709 al 751 del C. de Co. El legislador no define que se entiende por cheque, no obstante la doctrina ha dado el siguiente significado: “Titulo valor de contenido crediticio mediante el cual una parte llamada girador, ordena a otra, denominado librado, mediante un formulario especial impreso, expedido por un banco, pagar incondicionalmente una suma de dinero a favor de otra parte denominada beneficiario”⁴². Así las cosas, es importante precisar que a diferencia de los demás títulos, el cheque exige un documento especial para la incorporación del derecho⁴³. Puede clasificar como de carácter crediticio, contiene una orden de pago, su forma de circulación puede ser “a la orden” o “al portador”⁴⁴, se considera que tiene el carácter de abstracto, así como, nacional y nominado. Existen diversas clases de cheques, a saber:

1.7.3.1 Cheque Común o Simple. El Cheque Común tiene origen en un Contrato Bancario denominado de “Cuenta Corriente Bancaria”. El contrato de cuenta corriente se encuentra regulado en los artículos 1382 al 1392 del C. de Co. y se define como aquel en que el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero, y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco. Es decir, para que una persona pueda girar cheques previamente debe haber celebrado un Contrato de Cuenta Corriente con una Entidad Bancaria, la cual le hace entrega al Cuentacorrentista de una libreta de formularios especiales de cheques para que este pueda efectuar el giro de los mismos imputándolos al dinero depositado en su cuenta.

No obstante ser la Entidad Bancaria el destinatario de la orden de pago, esta no adquiere la calidad de obligado directo, en razón a que su responsabilidad se centra en efectuar el pago conforme los fondos que posee el librador en la cuenta bancaria. Por lo tanto, se puede predicar que en el Cheque Común no existe obligado directo. Como características de este título se encuentra que el mismo puede circular conforme a la ley de circulación y su tenedor puede efectuar su cobro directamente en las oficinas del Banco librador o mediante consignación en su cuenta bancaria, lo cual conlleva un endoso a favor de la Entidad Bancaria para que esta proceda a efectuar el cobro de dicho título.

⁴¹ La indicación de ser pagadero a la orden o al portador. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 709. Bogotá: Legis, 2008.

⁴² BECERRA LEÓN, Op. Cit., p. 301.

⁴³ CODIGO DE COMERCIO. Artículo 712. Bogotá: Legis, 2008.

⁴⁴ La indicación de ser pagadero a la orden o al portador. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 713. Numeral 3. Bogotá: Legis, 2008.

1.7.3.2 Cheque Cruzado. El Cheque Cruzado⁴⁵ es una forma especial del cheque común consistente en que el librador o tenedor efectúa el cruce de dos líneas paralelas en el documento, lo cual conlleva a que si bien este puede circular sin restricción debe ser cobrado exclusivamente por un banco, por lo tanto, el tenedor deberá abonarlo en su cuenta bancaria para que así pueda efectuarse su cobro y le sea abonado su importe en la cuenta bancaria del tenedor. Incluso puede existir un Cruzamiento Especial al escribir el nombre del banco dentro de las dos líneas paralelas en cuyo caso sólo podrá cobrarse por ese banco. Este tipo de cheque al igual que el común carece de obligado directo.

1.7.3.3 Cheque para Abono en Cuenta. El Cheque para Abono en Cuenta⁴⁶ es también una forma especial del Cheque Común y se presenta cuando el librador o tenedor inserta la expresión “Para Abono en Cuenta” u otra equivalente. Este título puede circular sin restricción alguna pero el tenedor al momento de su cobro deberá efectuarlo mediante abono en una cuenta bancaria a nombre propio sea o no en el banco Librado. Al igual que el cheque común, en este tipo de instrumento no existe obligado directo.

1.7.3.4 Cheque Certificado o Visado. Se considera que existe un Cheque Certificado o Visado⁴⁷ cuando el librador o un tenedor de un Cheque con cláusula a la Orden lo presentan a la entidad Bancaria librada para que certifique que existe suficiente provisión de fondos para cubrir el importe total dentro de la cuenta corriente del librador. Al certificarse el cheque, el Banco pagador garantiza que si el mismo es abonado en la cuenta dentro de los quince días hábiles siguientes a la certificación será pagado, adquiriendo el banco la calidad de obligado directo. Vencido el plazo, sin que sea presentado para el cobro queda sin efectos la certificación o visación, exonerando a la entidad bancaria de toda obligación.

1.7.3.5 Cheque con Provisión Garantizada de Fondos. El Cheque con Provisión Garantizada de Fondos⁴⁸ tiene un elemento particular consistente en que de forma previa el Banco ha recibido un depósito por parte de quién va a ser el librador del cheque cubriendo de forma anticipada los dineros que girará con dichos títulos. Así las cosas, el banco a solicitud de quién será el librador expide un número de cheques con su cuantía pre impresa hasta el monto equivalente a lo depositado. Así las cosas, el librador puede emitir los títulos con la garantía para su beneficiario que estos tienen la calidad de “Cheque Certificado” pero tendrá el término de un año para efectuar su presentación para el pago, so pena de que se extinga la provisión garantizada. En tal sentido, el Banco adquiere la calidad de obligado directo.

⁴⁵ CODIGO DE COMERCIO. Artículos 734-735. Bogotá: Legis, 2008.

⁴⁶ CODIGO DE COMERCIO. Artículo 737. Bogotá: Legis, 2008.

⁴⁷ CODIGO DE COMERCIO. Artículos 739 al 742. Bogotá: Legis, 2008.

⁴⁸ CODIGO DE COMERCIO. Artículos 743-744. Bogotá: Legis, 2008.

1.7.3.6 Cheque de Gerencia. El artículo 745 del C. de Co. dispone: “Los bancos podrá expedir cheques a cargo de sus propias dependencias”. Como se puede observar el legislador no definió que se entiende por esta modalidad del instrumento, pues simplemente lo estableció como una facultad de las Entidades Bancarias.

Sin embargo, al utilizar la expresión “a cargo de sus propias dependencias” básicamente permite que el banco pueda ser tanto el librador como librado, constituyéndose como obligado directo dentro del título valor.

1.7.3.7 Cheque de Viajero. El cheque de viajero⁴⁹ guarda como similitud el cheque de gerencia que se libran al propio cargo de la Entidad Bancaria, pero con la salvedad de que estos son pagados por su establecimiento principal, sus sucursales o los corresponsales que tenga el librador en su país o en el extranjero. En la actualidad en Colombia este tipo de cheque no se emite por las entidades bancarias, sin embargo, cumplen una función de corresponsalía de otros bancos adquiriendo conforme lo dispuesto por el artículo 750 del C de Co la calidad de Avalistas.

La falta de pago de un cheque de viajero genera una sanción del veinticinco por ciento del valor del cheque más la acción de perjuicios. A su vez cuentan con un término especial de prescripción de la acción cambiaria, a saber, contra quién expidió el cheque es de diez años y cinco años contra el corresponsal.

1.7.3.8 Cheque No Negociable. El artículo 715 del C. de Co. permite la inclusión en los Cheques de cláusulas que limitan su negociabilidad y al ser incluidas el cheque sólo puede cobrarse por conducto de un banco. En el comercio se identifican dos tipos de expresiones “No negociable” que limita absolutamente la circulación del cheque impidiéndole a su tenedor la posibilidad de endosarlo, pero adicionalmente para su pago su titular deberá efectuar su consignación en una cuenta bancaria a su nombre para que la entidad pueda efectuar su cobro a través de la cámara de compensación.

Existe otra expresión que dice “páguese únicamente al primer beneficiario”. Al igual que el anterior, se impide la circulación del título, sin embargo, a diferencia del anterior su tenedor podrá efectuar su cobro por ventanilla, es decir no requiere consignación bancaria.

⁴⁹ CODIGO DE COMERCIO. Artículos 746 al 751. Bogotá: Legis, 2008.

No obstante lo anterior, la Superintendencia Financiera en la Circular Básica Jurídica ha considera que en ambos casos la práctica bancaria permite que se cobren tanto por ventanilla o mediante abono en la cuenta bancaria por parte del beneficiario*.

1.7.3.9 Cheque Fiscal. Se encuentra regulado por la Ley 1 de 1980, se entiende por cheque fiscal aquellos que son girados por cualquier concepto a favor de las entidades públicas, es decir las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales o comerciales y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen previsto para las empresas. Estos cheques gozan de las características tales como que el beneficiario sólo podrá ser la entidad pública a la cual se haga el respectivo pago, no podrán ser abonados en cuenta diferente a la de la entidad pública beneficiaria, no podrán modificarse al reverso la forma de negociación ni las condiciones de los mismos establecidos en el artículo 713 del C. de Co. y no son negociables ni podrán ser pagados en efectivo.

1.7.4 Factura Cambiaria. El Decreto 410 de 1971 efectuaba la división de este título en dos clases, por un lado la Factura Cambiaria de Compraventa de Mercancías y por otro, la Factura Cambiara de Transporte. Mediante la Ley 1231 de 2008 se unificó está división en una sola denominación “Factura Cambiaria”. A partir del artículo 1 de la Ley 1231 de 2008 mediante el cual se modificó el artículo 772 del C. de Co., podemos considerar que la factura es un título valor de contenido crediticio girado por el vendedor o prestador de un servicio a cargo del comprador o beneficiario del servicio y cuyo beneficiario corresponde al mismo girador.

En tal sentido, el girado quién corresponde al comprador o beneficiario del servicio al aceptar la factura adquiere la calidad de obligado directo. Este instrumento puede clasificarse como de carácter crediticio, contiene una orden de pago, su forma de circulación es “a la orden”, se considera que tiene el carácter de causal, así como, nacional y nominado.

Por último es importante anotar que en el comercio en general pueden identificarse otros documentos con la denominación “factura” sin que por este hecho adquieran el carácter de título valor.

* Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996) de la Superintendencia Financiera: “(...)La segunda posición esbozada, que corresponde a la adoptada en la práctica bancaria, ha de acogerse por ser la que consulta la función asignada legalmente a la figura de la restricción de negociabilidad, la cual se presenta por virtud de mandato legal o por la inclusión de cláusulas tales como “páguese al primer beneficiario o “no negociable”, razón por la cual el cheque no negociable podrá ser válidamente pagado por el banco librado al beneficiario en forma directa o por la vía establecida en el segundo inciso del artículo 715 del Código de Comercio, salvo en el caso de una norma legal que limite de manera específica el pago directo al beneficiario, como ocurre con los cheques fiscales que sólo podrá pagarse abonando su valor en la cuenta que la entidad pública mantengan en el banco librado o en el establecimiento de crédito consignatario.

Dentro de estos se encuentra la “Factura Fiscal” cuya consagración se encuentra en el artículo artículos 615* al 618 del Estatuto Tributario. La función de este documento está representada en un medio de control de la actividad productora de renta, al igual que como soporte para la procedencia de la deducción fiscal por concepto de costos y gastos. Sin embargo, es procedente que una factura fiscal al cumplir con los requisitos del artículo 774 del C. de Co. adquiera la calidad de título valor. También existe la “Factura Simple” o también “Factura Comercial” la cual de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 774 inciso 4 del C. de Co.** corresponde a aquellas que no cumplan las calidades establecidas para constituir un título valor. Por último, se encuentran las Factura de Pago de Contado, las cuales conforme lo establece el Decreto 3327 de 2009 artículo 9*** constituyen simples recibos de pago.

1.7.5 Certificado de Depósito a Término. El Certificado de Depósito a Término tiene origen en el Contrato de Depósito a Término. Este contrato se encuentra consagrado en el artículo 1393 del C. de Co. y consiste en un acuerdo celebrado entre un depositante y una Entidad Bancaria mediante el cual se pacta que a cambio de la obtención de unos rendimientos a favor del depositante, este se obliga para con el depositario a mantener los dineros depositados por el término acordado el cual no podrá ser menor a treinta días o se exige un preaviso. Con ocasión a dicho acuerdo el interesado podrá solicitar un simple recibo de depósito o solicitar una certificación. Por lo tanto, en caso de que se expida la certificación conforme lo expuesto en el artículo 1394 del C. de Co. tendrá el carácter de título valor. Este instrumento puede clasificarse como de carácter crediticio, contiene una promesa de pago, su forma de circulación es “nominativo”, se considera que tiene el carácter de causal, así como, nacional y nominado.

Cabe precisar que es distinto el término Certificado de Depósito a Término (CDT) del Certificado de Depósito de Ahorro a Término (CDAT). Este último ha sido considerado como simples documentos de deber no negociable, y que acreditan la constitución del depósito sin que se incorpore, propiamente, el derecho crediticio que surge del contrato. Es decir, es una simple constancia de la existencia de un depósito de ahorro*. Así las cosas, los CDAT no constituyen un título valor,

* Artículo 615 E.T. Obligación De Expedir Factura. Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

** Artículo 3°. El artículo 774 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: *Requisitos de 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 (...).

*** Artículo 9: Las facturas de venta de bienes o de prestación de servicios pagados de contado no tendrán el carácter de título valor.

* Concepto Superintendencia de Economía Solidaria SES-OJ-1615-2000 del 24 de noviembre de 2000

carecen del carácter circulatorio y su función se caracteriza por identificar a quien tiene derecho a la prestación, con la finalidad de facilitar el cobro, y correlativamente el pago.

1.7.6 Bono. El artículo 752 del C. de Co. define los bonos como títulos valores que incorporan una parte alícuota de un crédito colectivo constituido a cargo de una sociedad o entidad sujetas a la inspección y vigilancia del gobierno. Teniendo en cuenta su colocación, existen bonos privados y bonos públicos. Los bonos privados se encuentran regulados en el Decreto 1026 de 1990 el cual establece los requisitos necesarios respecto del capital, trámite, autorizaciones, participantes, entre otros aspectos*. Por su parte, en lo que respecta los bonos públicos, es decir aquellos que serán ofrecidos dentro del mercado de capitales, la Resolución 400 de 1995 emitida por la Superintendencia de Valores establece el marco normativo aplicable a este título y determina no sólo quienes están en capacidad legal de efectuar la emisión de bonos, sino a su vez, los requisitos del título, sus tipos y demás normas aplicables. La importancia de los bonos radica en que constituyen un medio de financiación para aquellas entidades o personas jurídicas que requieran recursos. Existen diversas clases de bonos, a saber, el bono simple, bonos obligatoriamente convertibles en acciones luego de su vencimiento, bonos opcionalmente convertibles en acciones, bonos de garantía general, bonos de garantía específica y bonos subordinados. Si bien el bono como tal puede contener derechos de contenido crediticio o incluso en el caso de aquellos obligatoriamente convertible en acciones donde se podría discutir si alcanzan a ser considerados representativos de mercancías, es necesario expresar que estos títulos valores incorporan unos derechos políticos representados en la posibilidad de participar en la Asamblea General de Tenedores de Bonos**, tomar decisiones en la misma, elegir un Representante de Tenedores, participar en los procesos de fusión y escisión de las sociedades emisoras de los bonos, entre otros, lo cual conlleva a que sean catalogados como instrumentos de contenido Corporativo o de Participación. A su vez, estos contienen una promesa de pago, su forma de circulación puede ser nominativa, a la orden, o al portador, se considera que tiene el carácter de causal, así como, nacional y nominado. En lo que respecta al bono como instrumento del mercado de capitales nos referiremos más adelante cuando se haga mención a los valores.

* También puede consultarse el Concepto 220-58429 noviembre 21 de 2002 emitido por la Superintendencia de Sociedades, así como, el Instructivo sobre Emisión Privada de Bonos emitido por la misma entidad.

** Resolución 400 de 1995 Art. 1.2.4.16.- Asamblea general de tenedores. De conformidad con el artículo 2.3.1.38. del Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores, los tenedores de bonos se reunirán en asamblea general en virtud de convocatoria de su representante legal, cuando éste lo considere conveniente (...).

1.7.7 Las Acciones. Las Acciones pueden ser consideradas como títulos que representan una parte o cuota del capital social de una sociedad de capital*. Confiere a su titular legítimo la condición de socio con sus respectivos derechos a voto. Existen incluso quienes le otorgan una triple significado⁵⁰, por un lado el carácter de título, por otro, el carácter representativo de la fracción correspondiente del capital suscrito y por último, el medio para ejercer distintos derechos de contenido económico representados en la posibilidad de recepción de utilidades, en participar en la cuota del remanente de la liquidación de la sociedad y derechos de contenido políticos tales como participar en las deliberaciones del órgano máximo de la sociedad, emitir su voto en determinadas decisiones, inspeccionar los documentos y demás libros de la sociedad, negociar sus acciones, entre otros. No obstante lo anterior, existe una división doctrinal respecto de si las Acciones constituyen o no títulos valores.

Quienes sostienen que las Acciones no constituyen títulos valores exponen diversos argumentos**, a saber: a) aquellos que adoptan la teoría de la inexistencia de títulos valores atípicos o innominados consideran que al no estar incluido en el título tercero del libro tercero no gozan de la calidad cambiaria, b) que los mismos no poseen fuerza legitimadora ya que para el ejercicio del derecho incorporado no es necesaria la exhibición del documento, c) falta de claridad en su literalidad debido a que las acciones tiene un valor nominal, intrínseco, el patrimonial y el comercial, d) no existe autonomía frente a la sociedad, e) su negociabilidad puede estar limitada por la necesidad de agotar un derecho de preferencia, entre otros aspectos. De otro lado, los que le otorgan el carácter de título valor⁵¹ exponen: a) que el reconocimiento deviene del propio artículo 619 del C. de Co. que establece que pueden existir títulos de carácter corporativo, b) que para el ejercicio de los derechos el tenedor legítimo debe ya sea exhibir el documento o encontrarse registrado en el libro del emisor, c) la acción al representar una cuota parte en el capital social su valor literal corresponde a su valor nominal, d) no existe razón alguna de que no se pregona la autonomía de estos títulos valores, que si bien son causales como tantos otros, no significa que queden atados al negocio causal, e) el legislador permite restringir la negociabilidad de los cheques, y estos son

* Las sociedades de capital son aquellas que gozan de una estructura impersonal y la responsabilidad de estos se limita al monto aportado. Son Sociedades de Capital la Sociedad Anónima, la Sociedad en Comandita por Acciones y la Sociedad por Acciones Simplificada.

⁵⁰ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Bogotá: Temis, 2000. p. 387.

** Dentro de quienes no le otorgan el carácter de título valor a las Acciones se encuentran Henry Alberto Becerra, la Superintendencia de Sociedades, Enrique Gaviria, entre otros.

⁵¹ Se encuentran entre estos Bernardo Trujillo Calle, la Superintendencia Financiera e incluso Cesar Vivante. Vivante en su libro Derecho Mercantil en la página 198 donde expone: “Por último y siempre en consideración a lo que forma el objeto del crédito, hay títulos que le atribuyen al poseedor varios derechos de diversa índole, como por ejemplo: las acciones de compañías mercantiles que dan derecho lo mismo a exigir los dividendos y el capital que a tomar parte en las juntas generales”. VIVANTE, Cesar. Derecho mercantil. [En línea] s.p.i. <Disponible en: [Http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/02/00209-derecho-mercantil-cesar-vivante.html](http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/02/00209-derecho-mercantil-cesar-vivante.html)> [consulta: Feb. 2010].

títulos valores. En lo que respecta a la acción como instrumento en el mercado de capitales nos referiremos más adelante.

1.7.8 Certificado de Depósito y Bono de Prenda. Antes que nada es importante resaltar que el Certificado de Depósito y el Bono de Prenda constituyen dos títulos valores independientes, empero como se observará a continuación estos guardan una estrecha relación. El origen de ambos títulos se da en el Contrato de Depósito que se celebra con los Almacenes Generales de Depósito⁵².

Dicho contrato consiste en que una parte denominada depositante le encarga durante el tiempo acordado a cambio de una contraprestación a otra denominada el Almacén General de Depósito la guarda y custodia de unas mercancías individualmente identificadas, genéricas o en proceso de transformación, para luego ser restituidas.

El marco normativo del contrato de depósito con Almacenes Generales de Depósito se encuentra regulado en los artículos 1180 al 1191 del Código de Comercio, sin embargo, teniendo en cuenta que estas entidades se consideran de Servicios Financieros⁵³ se le aplican las normas pertinentes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así como, de la Circular Externa 007 de 1996 expedida por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera.

En tal sentido, el Depositante de las mercancías le podrá solicitar al Almacén asumiendo este el costo*, la expedición tanto de un Certificado de Depósito donde

⁵² Las empresas de almacenes generales de depósito ya constituidas o que se constituyan en el futuro tienen por objeto el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta por cuenta de sus clientes de mercancías y de productos de procedencia nacional o extranjera. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 633 de 1993 Artículo 33. Bogotá: El autor, 1993.

⁵³ Modifícase el artículo 3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual quedará así: Artículo 3. Sociedades de Servicios Financieros. 1. Clases. Para los efectos del presente Estatuto son sociedades de servicios financieros las sociedades fiduciarias, los almacenes generales de depósito, las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantías y las sociedades de intermediación cambiaria y de servicios financieros especiales, las cuales tienen por función la realización de las operaciones previstas en el régimen que regula su actividad. 2. Naturaleza. Las sociedades de servicios financieros tienen el carácter de instituciones financieras. BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1328 de 2009. Art. 35. Bogotá: El autor, 2009.

* Circular Básica Jurídica (Circular 7 de 1996) Los Almacenes Generales de Depósito sólo podrán recibir mercancías bajo las siguientes modalidades: 1) Depósito Provisional. Este se origina con la entrada parcial de mercancías, hasta completar el total anunciado por el cliente, momento con el cual se constituye el depósito, de conformidad con las categorías que se exponen a continuación. 2) Depósito Simple y/o Consignación. Se constituye una vez haya entrado la totalidad de la mercancía anunciada. Para este depósito se expedirán recibos que no son negociables. 3) Depósito con Obligación Prendaria. Sobre las mercancías de un depósito simple puede constituirse en depósito con obligación prendaria; 4) Depósitos de Mercancías sobre las cuales se haya pactado retención a favor de terceros. Cuando las leyes reconozcan la retención o cuando haya sido expresamente estipulada en los términos establecidos en el artículo 2417 del Código Civil; 5) Depósitos con Certificado. Es el depósito por el cual los interesados han solicitado la emisión de certificados de depósito. 6) Depósitos con Certificado y Bono de Prenda. Es el depósito sobre el cual los interesados han solicitado la expedición de certificados de depósito y han emitido bono de prenda para incorporar un crédito.

consten las mercancías depositadas, dicho documento deberá cumplir con los requisitos señalados en el artículo 759 del Código de Comercio y tendrá el carácter de título valor*, como a criterio del Depositante la entrega de un formulario de Bono de Prenda.

Ahora bien, el Certificado de Depósito constituye un Título valor representativo de mercancías y le permitirá a su tenedor efectuar la negociación de los bienes depositados con la simple circulación del instrumento. En dicho instrumento, el obligado directo es el Almacén General de Depósito quién al vencimiento del título deberá efectuar la entrega de las mercancías al legítimo tenedor del título valor. A su vez, estos contienen una promesa de pago, su forma de circulación puede ser nominativo, a la orden, o al portador⁵⁴, se considera que tiene el carácter de causal, así como, nacional y nominado.

El bono de prenda por su parte es expedido en un formulario del Almacén General de Depósito pero por cuenta del depositante el cual a su vez debe dar cumplimiento a los requisitos previstos en el artículo 759 del C. de Co., en especial es importante aclarar que el vencimiento de este nunca puede exceder el plazo pactado para el depósito⁵⁵. El mismo es suscrito tanto por el deudor depositante como por el gerente y secretario del Almacén General y su circulación puede efectuarse de forma conjunta con el certificado de depósito o de forma separada y su función es la de garantizar el cumplimiento de determinada obligación mediante las mercancías depositadas. Al vencimiento del bono de prenda su tenedor se acerca al Almacén para constatar que el Tenedor del Certificado de Depósito quién es el obligado directo, haya efectuado la entrega de la provisión equivalente al valor del bono de prenda, en caso de no ser así, el tenedor del bono podrá de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 794 al 801 del C. de Co. solicitar la venta en subasta de las mercancías depositadas. En tal sentido, el Bono de Prenda constituye un título valor de contenido crediticio que contiene una promesa de pago, su forma de circulación puede ser nominativo, a la orden, o al portador, se considera que tiene el carácter de causal, así como, nacional y nominado.

1.7.9 Carta de Porte y Conocimiento de Embarque. El Legislador estableció un tratamiento equivalente en los artículos 767 al 771 del C. de Co. para estos dos títulos valores. Es importante resaltar que ambos instrumentos tienen origen en el

* Véase artículos 758, 1182 y 1183 del C.de. Co. Artículo 33 Numeral 2 Ley 633 de 1993.

⁵⁴ Establece que los Certificados de Depósito y Bonos de Prenda pueden ser nominativos, a la orden o al portador, sin embargo, la Circular Básica Jurídica utiliza las siguientes expresiones “La de aceptar que los certificados de depósito sean nominativos y los bonos de prenda a la orden o nominativos, en cuyo el emisor deberá llevar el registro de los endosos” y “Los almacenes deberán llevar un libro de registro para el control actualizado, en forma clara y completa, de los títulos emitidos, sin perjuicio de los requisitos propios de la ley de circulación de títulos. Además, dichos títulos deberán contabilizarse en cuentas de orden”. Así las cosas, se discute en la doctrina si estos títulos bajo esta regulación es exclusivamente nominativo. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 763. Bogotá: Legis, 2008.

⁵⁵ CODIGO DE COMERCIO. Artículo 761. Bogotá: Legis, 2008.

Contrato de Transporte de Mercancías, con la breve diferencia de que la Carta de Porte deviene del transporte terrestre y el Conocimiento de Embarque es efecto del marítimo o aéreo. Los contratos de transporte están compuestos de dos partes, el transportador y el remitente⁵⁶, por lo tanto, la Carta de Porte y el Conocimiento de Embarque son títulos emitidos por el Transportador a favor del Remitente de la carga o quién este señale. Estos instrumentos son de contenido representativo de mercancías, en razón a que le permiten al tenedor del título ejercer la disposición de las mercancías representadas en el documento. Así las cosas, sólo podrá efectuar la reclamación de las mercancías al transportador quién sea tenedor del instrumento. A su vez contienen una promesa de pago, su forma de circulación puede ser a la orden o al portador, se considera que tiene el carácter de causal, así como, nacional y nominado.

1.7.10 Valores. Existe otra especie de títulos valores que se denominan “valores” y cuentan con una regulación marco a partir de la Ley 964 de 2005. El artículo segundo de la norma citada establece lo siguiente: “será valor todo derecho de naturaleza negociable que haga parte de una emisión, cuando tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público (...)”. Posteriormente, esta disposición efectúa un listado no taxativo de valores donde se incluyen los siguientes: las acciones, bonos, papeles comerciales, certificados de depósito de mercancías, cualquier título o derecho resultante de un proceso de titularización, cualquier título representativo de capital de riesgo, los certificados de depósito a término, las aceptaciones bancarias, las cédulas hipotecarias, cualquier título de deuda pública y los derivados financieros, tales como los contratos de futuros, de opciones y de permuta financiera. Cabe resaltar que es el parágrafo quinto del artículo segundo el que establece con claridad que los valores constituyen títulos valores al expresar: (...) Los valores tendrán las características y prerrogativas de los títulos valores, excepto la acción cambiaria de regreso. Tampoco procederá acción reivindicatoria, medidas de restablecimiento de derecho, comiso e incautación, contra el tercero que adquiera valores inscritos, siempre que al momento de la adquisición haya obrado de buena fe exenta de culpa”. De otro lado, la Resolución 400 de 1995 emitida por la Superintendencia de Valores hoy Superintendencia Financiera en su artículo 1.2.7.1 consagra: “Los documentos que se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, tendrán el carácter y prerrogativas de los títulos valores. No obstante, respecto a los mismos no habrá lugar a la acción cambiaria de regreso”.

Ahora bien, teniendo claridad de que los valores constituyen títulos valores es importante hacer mención acerca de la finalidad de estos bienes. Cuando nos referimos a valores necesariamente debemos hacer referencia al sistema financiero. El sistema financiero representa a una serie de instituciones, media y mercada, que permiten la canalización del ahorro o superávits hacia los

⁵⁶ El destinatario de la carga sólo es parte del contrato de transporte de cosas cuando acepte el contrato. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 1008. Bogotá: Legis, 2008.

prestarios o deficitaria de recursos⁵⁷. Este se distribuye en varios mercados, como son el monetario, el de divisas, el de capitales, entre otros, sin embargo, para el presente estudio nos interesa el mercado de capitales dentro del cual se ofrecen y demandan fondos o medios de financiación a mediano y largo plazo⁵⁸. El mercado de capitales se encuentra dividido en el mercado intermediado o bancario y el mercado no intermediado. En el mercado intermediado se presenta la canalización de los recursos entre el ahorrador hacia el requirente de los recursos a través de una entidad financiera, por su parte en el no intermediado o de valores se presenta el acercamiento entre el inversionista o ahorrador hacia el deficitario de recursos mediante una serie de instrumentos denominados valores. Existen diversas clases de valores como se mencionó anteriormente, pero según el tipo de rendimiento pueden clasificarse en renta fija⁵⁹, renta variable*, derivados⁶⁰, entre otros.

Previa su inscripción en el Registro Nacional de Emisores, la negociación de los valores puede efectuarse a través del mercado bursátil o también conocido como bolsa de valores o a través del mercado extrabursátil o mostrador*. La bolsa de valores se encuentra conformada por un mercado primario y un mercado secundario.

⁵⁷ El sistema financiero (sistema de finanzas) de un país está formado por el conjunto de instituciones, medios y mercados, cuyo fin primordial es canalizar el ahorro que generan los prestamistas o unidades de gasto con superávit, hacia los prestarios o unidades de gasto con déficit. Esta labor de intermediación es llevada a cabo por las instituciones que componen el sistema financiero, y se considera básica para realizar la transformación de los activos financieros, denominados primarios, emitidos por las unidades inversoras (con el fin de obtener fondos para aumentar sus activos reales), en activos financieros indirectos, más acordes con las preferencias de los ahorradores. El sistema financiero comprende, tanto los instrumentos o activos financieros, como las instituciones o intermediarios y los mercados financieros: los intermediarios compran y venden los activos en los mercados financieros. WIKIPEDIA. Sistema financiero. [En línea] s.p.i. <Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Sistema_financiero> [consulta: Feb. 2010].

⁵⁸ Los mercados de capitales son un tipo de mercado financiero en los que se ofrecen y demandan fondos o medios de financiación a mediano y largo plazos. Frente a ellos, los mercados de dinero son los que ofrecen y demandan fondos (liquidez) a corto plazo.

⁵⁹ Los valores de renta fija corresponden a aquellos en los cuales el inversionista conoce las condiciones de rentabilidad, estos se dividen en públicos y privados. Dentro de los valores públicos de renta fija hacen parte los TES clase A y B, los bonos de seguridad, Bonos Agrarios, entre otros. Por su parte, dentro de los privados se encuentran los bonos que pueden ser ordinarios; los obligatoriamente convertibles en acciones; los facultativamente convertibles en acciones y los de riesgo, por su parte, los papeles comerciales, los certificados de depósito a término y los títulos originados en proceso de titularización. WIKIPEDIA. Mercados capitales. [En línea] s.p.i. <Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Mercado_de_capitales> [consulta: Feb. 2010].

* Los valores de renta variable son las acciones, sean estas ordinarias, preferenciales o privilegiadas.

⁶⁰ Los productos derivados son instrumentos financieros cuyo valor deriva de la evolución de los precios de otros activos denominados activos subyacentes. Los activos subyacentes pueden ser financieros (divisas, tasas, bonos, acciones, índices, etc.) o no financieros (commodities, energéticos, o cualquier bien comerciable). ELTIEMPO.COM Viva. Visión de valores. [En línea] Bogotá. El autor, 2010. <Disponible en: http://www.eltiempo.com/participacion/blogs/default/un_articulo.php?id_blog=4173970&id_recurdd=450011990> [consulta: Feb. 2010].

* También se le conoce como Over the Counter (OTC).

El primario se refiere a la colocación de títulos valores que hace el emisor en el mercado y el secundario a la transferencia de la propiedad de los activos ya colocados en el mercado primario entre los participantes del mercado.

Existen diversos entes que hacen parte del proceso de emisión, entre estos se encuentran: el emisor, la banca de inversión, el calificador, el depósito centralizado de valores, la cámara de compensación y liquidación, el intermediario, y el inversionista. Por su parte, en lo que respecta al mercado mostrador participan el emisor, el intermediario y el inversionista, facultativamente el depósito centralizado de valores, la banca de inversión, entre otros.

Es necesario resaltar la importancia de los depósitos centralizados de valores dentro del mercado de capitales en razón a que estos cumplen la función de recibir a título de depósito valores para su custodia, administración, compensación y liquidación. En Colombia actualmente existen dos depósitos denominados el Depósito Central de Valores del Banco de la República (DCV) dentro del cual se depositan por regla general los títulos expedidos por la Nación* y el Depósito Centralizado de Valores de Colombia S.A. (DECEVAL S.A.)**.

Estas entidades son participantes obligadas en el mercado bursátil y facultativos dentro del extrabursátil. El depósito de los valores se da en razón de contratos de depósito o de vinculación que se celebran con estas entidades para que estas ejerzan sus funciones.

Luego de la suscripción del correspondiente contrato, el depositante procede a entregar los valores ya sea de forma física o por medio electrónico cuando se trate de emisiones desmaterializadas⁶¹ en la cual el emisor deberá hacer entrega al depositario de un macro título que globaliza la emisión y a partir del cual se constituirán valores individuales a favor de cada uno de los respectivos suscriptores.

Por lo tanto, si el título fue entregado físicamente el Depósito Centralizado de Valores efectúa su inmovilización⁶², luego su desmaterialización y culmina con su registro electrónico, y en el caso de títulos desmaterializados simplemente se procede a efectuar su registro.

* Véase la Ley 27 de 1990, Decreto 436 de 1996 y Circular Reglamentaria Externa del Banco de la República DFV – 56 del 14 de Enero de 2010.

** Véase Ley 27 de 1990

⁶¹ Es aquella emisión que no requiere de expedición de físicos para respaldar cada colocación individual, su entidad simplemente ampara toda la emisión a través de un título global desde su suscripción primaria y su colocación se realiza a partir de anotaciones en cuenta. DECEVAL. Emisiones desmaterializadas. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://www.deceval.com/servicios.html#4>> [consulta: Feb. 2010].

⁶² Proceso mediante el cual los Depositantes Directos entregan los valores físicos al depósito centralizado de valores para su custodia y su posterior registro electrónico y por ende la circulación desmaterializada de los mismos. DECEVAL. Capacitación marco teórico Deceval, Op. Cit., p. 26

Ese registro electrónico se opera bajo el sistema de anotaciones en cuenta⁶³ que consiste en la sustitución del documento físico por un registro contable. Con ocasión al registro contable se entrega al depositante o a los respectivos suscriptores un certificado* que si bien los legitima para ejercer derechos políticos y/o patrimoniales, estos no gozan de la calidad de títulos valores ya que el título corresponde al que se encuentra depositado en el Depósito Central de Valores.

Por lo tanto, para la negociación y circulación del valor, el titular deberá hacerlo por intermedio del Depósito Central de Valores. Así las cosas, podemos observar que los valores constituyen plenamente títulos valores, sin embargo cuentan con un características especiales que los diferencian de otras especies de estos bienes mercantiles.

1.8 LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA

La Doctrina trata el tema de obligación cambiaria también bajo la denominación relación cambiaria, por lo tanto, podemos considerarlas como sinónimos pues ambas hacen referencia al vínculo jurídico que existe entre el legítimo tenedor y los obligados cambiarios, que se traduce en el derecho y por lo tanto, la correlativa obligación incorporada en el título valor. Al respecto podemos afirmar que el Código de Comercio en su artículo 625 hace mención a la obligación cambiaria.

⁶³ Anotación en cuenta. Se entenderá por anotación en cuenta el registro que se efectúe de los derechos o saldos de los titulares en las cuentas de depósito, el cual será llevado por un depósito centralizado de valores. La anotación en cuenta será constitutiva del respectivo derecho. En consecuencia, la creación, emisión o transferencia, los gravámenes y las medidas cautelares a que sean sometidos y cualquiera otra afectación de los derechos contenidos en el respectivo valor que circulen mediante anotación en cuenta se perfeccionará mediante la anotación en cuenta. Quien figure en los asientos del registro electrónico es titular del valor al cual se refiera dicho registro y podrá exigir de la entidad emisora que realice en su favor las prestaciones que correspondan al mencionado valor. El Gobierno Nacional al expedir la regulación que desarrolle lo previsto en el presente artículo deberá tener en cuenta los principios de prioridad, rogación, fungibilidad, buena fe registral y tracto sucesivo del correspondiente registro.

Parágrafo. En el caso de depósitos de valores interconectados, prevalecerá la anotación en cuenta sobre saldos administrados en el depósito donde se encuentre la cuenta abierta a nombre de un participante directo en virtud del contrato de depósito de valores. BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 964 de 2005 Artículo 12. Bogotá: El autor, 2005.

* Resolución 1200 de 1995 Art. 3.9.1.1.- Definiciones. Para efectos de la presente Resolución se entiende por certificado el documento de legitimación mediante el cual el depositante ejercita los derechos políticos o los derechos patrimoniales en el evento en que haya lugar. Dicho documento es expedido por la Sociedad Administradora del Depósito Centralizado de Valores a solicitud del depositante directo de conformidad con el registro en cuenta. Su carácter es meramente declarativo y no tienen vocación circulatoria. Por constancia se entiende el documento expedido por el Depósito Centralizado de Valores, mediante el cual el depositante controla su propia cuenta de depósito de títulos. Con su entrega se cumple la obligación de las entidades emisoras de entregar los títulos emitidos a los suscriptores. Es un documento no negociable ni legitimará para el ejercicio de los derechos patrimoniales o políticos. Por registro en cuenta o anotación en cuenta se entiende el registro electrónico de valores efectuado en las cuentas de depósito por el depositante directo una vez sean recibidos y certificados los títulos por parte del Depósito Centralizado de Valores.

1.8.1 Origen de la Obligación Cambiaria. Desde tiempo atrás se ha discutido cuando se da el nacimiento del Título valor o mejor decir de la obligación principal incorporada en el título valor lo cual ha llevado a la existencia de dos escuelas o teorías. Se encuentra la tesis de la creación, la cual sostiene que el título valor nace cuando se cumplan los requisitos generales y especiales del respectivo título valor (art 621 del C de Co.) incluyendo así la firma del creador.

De conformidad con esta tesis el título valor no requiere circular, pues desde el momento de la creación se considera ya título valor. Por su parte, la tesis de la Emisión establece que el título valor no sólo requiere el cumplimiento de los requisitos generales y específicos, sino además para que cobre vida requiere el complemento de la entrega a una persona distinta del creador de conformidad con la ley de circulación con la intención de hacerlo negociable. La teoría de la creación fue adoptada por el Proyecto Intal en su artículo séptimo que expresa “toda obligación cambiaria deriva de una firma puesta en el título valor”. El Código de Comercio en el artículo 625 agregó lo siguiente: “toda obligación cambiaria deriva de una firma puesta en el título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de circulación”. El motivo que tuvo la comisión redactora era de continuar con la teoría que venía desde la ley 46 de 1923. Incluso de esta posición surgió la excepción cambiaria contenida en el artículo 784 numeral 11 del C. de Co. En tal sentido han surgido varias posiciones, algunos sostienen que frente al nacimiento del título valor aplica la teoría de la creación y frente a la obligación cambiaria la teoría de la emisión. Otros que en razón del alcance del artículo 625 se aplica la teoría de la emisión exclusivamente.

Ahora bien, existen otros actos posteriores a la creación del título valor que generan efectos cambiarios como la aceptación de la letra de cambio en la cual el girado se torna obligado cambiario, el aval en el cual el avalista se obliga en iguales términos que el avalado, y en los títulos valores a la orden o nominativos el endoso de un título valor salvo que sea sin responsabilidad.

1.8.2 Obligados Cambiarios. El término obligado cambiario hace referencia a quienes se encuentran en la obligación de dar cumplimiento al derecho incorporado. Conforme el artículo 625 del C. de Co. se considera que una persona es obligado cambiario cuando pone su firma en el título valor o en documento que hace parte de este y efectúen la entrega del título con la intención de hacerlo negociable conforme la ley de circulación. Así las cosas, la responsabilidad del obligado dependerá de su ubicación en el título valor representada obviamente por su firma. Conforme lo dispuesto en el artículo 781 del C. de Co. se pueden identificar dos clases de obligados, el directo que corresponde al aceptante de una orden, el otorgante de una promesa y sus avalistas quienes se comprometen al pago de forma directa y principal, y el indirecto o también denominado de regreso, que se representa en cualquier otro obligado. El efecto principal de esta distinción conlleva a que si bien es cierto que el tenedor puede exigir el pago tanto a los obligados directos o indirectos, el obligado indirecto que cancela tiene acción

cambiaría con los obligados anteriores a este. En tal sentido, el título valor sólo se descarga cuando es pagado por el obligado directo, salvo cuando esta haya sido un firmante de favor situación en la cual tiene acción cambiaria contra el favorecido. Existen otros efectos representados en el tratamiento de la caducidad y prescripción. La obligación de la parte directa nunca caduca, en cambio, frente al obligado indirecto se presenta el fenómeno de la caducidad cuando no se cumplen con los comportamientos previstos en el artículo 787 del C. de Co., es decir, que no se presente oportunamente el título para su pago, el no presentarlo oportunamente para su aceptación cuando así se requiera, y no protestar el título cuando así se haya establecido. De otro lado, existen también diferencias en los términos de prescripción y momentos de su computación.

1.8.3 El Endoso. El Código de Comercio no define que se entiende por endoso, pero lo consagra a partir del artículo 652 al 667 como el medio a través del cual circulan los títulos valores a la orden y nominativos. Sin embargo, podemos definir el endoso como una manifestación unilateral de carácter incondicional y accesoria que efectúa una parte denominada endosante quién es tenedor de un título valor a la orden o nominativo a través de la cual transfiere mediante la entrega el derecho incorporado a un nuevo tenedor denominado endosatario que recibe un derecho literal y autónomo. Este acto tiene como finalidad legitimar a su tenedor transfiriendo el derecho, y garantizando su existencia. Así las cosas, el endosante se torna en obligado cambiario salvo, que establezca de forma expresa que endosa el título sin responsabilidad, liberándose así de su obligación cambiaria. Para que el endoso tenga fuerza legitimadora debe cumplir diversos requisitos⁶⁴, so pena de ser considerado una simple cesión de créditos.

El endoso puede clasificarse de diversas formas: a) según el derecho que se transfiere puede ser en propiedad, en procuración, en garantía, en administración, b) según el contenido puede ser completo, especial, incompleto o en blanco, c) según quién lo efectúe puede ser en nombre propio o en nombre de otro. Existen otros tipos de endoso: endoso judicial, endoso sin responsabilidad, endoso entre bancos, endoso por recibo, endoso en retorno, etc.

⁶⁴ Son requisitos del endoso: la ubicación del endoso en el título o en hoja adherida a este, firma del endosante, fecha del endoso, sino se incorpora norma supletiva artículo 660 inciso primero presume que la fecha de endoso corresponde a la fecha de entrega. Calificación del Endoso sino se presume que se efectúa en propiedad (artículo 628). Nombre del Endosatario: No es un elemento esencial, se torna en un Endoso en Blanco. Debe ser total, incondicionalidad y no sometido a Plazo: Art 654 Puro y simple. La locución endoso no es un requisito esencial, por lo tanto lo importante es que se cumplan los requisitos de tiempo y forma para que produzca los efectos del Endoso. En tal sentido puede utilizarse la expresión Cesión – pero produce los efectos del endoso si se cumplen los elementos del mismo. Entrega del Título Valor – Sin la entrega no se perfecciona el endoso. La Transferencia anómala es decir por fuera de la ley de circulación conlleva el rompimiento del rigor cambiario. Art 652 nos habla de en caso que se presente en un TV a la orden se le pueden proponer las excepciones que se tenían contra el endosante. Así mismo debe efectuarse antes del vencimiento del título valor, pues el endoso posterior produce efectos de cesión CODIGO DE COMERCIO. Artículo 660. Bogotá: Legis, 2008.

1.8.4 El Aval. Al igual que en el endoso, el Código de Comercio no define que se entiende por aval, simplemente en el artículo 633 del C. de Co. establece su función. El aval consiste en la manifestación unilateral de una persona denominada avalista mediante la cual se obliga a garantizar de forma autónoma y personal la cancelación parcial o total de la obligación incorporada en el título valor a favor del avalista que corresponde a uno, varios o todas las partes obligadas en el título valor. En consecuencia, mediante el aval, el avalista está expresando su voluntad de obligarse cambiariamente al pago de la obligación incorporada en el título valor, es decir se obliga en los mismos términos que su avalado, previo cumplimiento de los requisitos de ley*.

Dependiendo de quién o quienes sean los avalados puede conllevar a que el avalista sea obligado directo o de regreso y deba efectuar la cancelación del título, es decir, si avala a la parte obligada directa o avala a todas las partes del título valor es un obligado directo, pero si avala a una parte obligada de regreso, su calidad será a la vez de obligado de regreso, en tal sentido en caso de efectuar el pago de la obligación cambiaria tendrá acción de cobro contra su avalado o avalados.

1.9 PROCEDIMIENTOS CAMBIARIOS Y EXTRACAMBIARIOS

Dentro del Capítulo Sexto del Título Tercero del Libro Tercero del Código de Comercio el legislador consagró bajo el título “Procedimientos” algunas acciones derivadas de los títulos valores. Dentro de este título se encuentra la Acción Cambiaria (artículos 780 al 793 del C. de Co.), Acción de Cobro del Bono de Prenda (artículos 794 al 801 del C. de Co.), Acción de Reposición, Cancelación y Reivindicación de los títulos valores (artículo 802 al 820 del C. de Co.). A estas acciones se les ha denominado genéricamente como procedimientos cambiarios, al estar previstos de forma expresa por el ordenador. Sin embargo, adicionales a las mencionadas existen otras acciones que se surgen con ocasión de los títulos valores pero que al no estar consagradas en el capítulo sexto se pregunta si estas tienen la calidad de procedimientos cambiarios o constituyen procedimientos extracambiaros.

1.9.1 Acción Cambiaria. Esta acción es la más común en materia de títulos valores en razón a que tiene como finalidad el reclamo del pago del derecho

* Son requisitos del Aval: Ubicación del aval (Art 634 C. de Co.) en el título, en Hoja Adherida al título o en Escrito Separado identificando el título que se Avala. Indicación del Avalado, Artículo 637 establece que si no se expresa se entiende que son todas las partes obligadas. El valor, pero si no se expresa el Artículo 635 determina que si no se expresa se entiende que es por la totalidad. La Firma del Avalista y Expresión por Escrito que Avala “por Aval” o equivalente: Sin embargo este requisito de expresión es subsanado por el Artículo 634 inc 2 que establece que si una firma en el Título Valor no pueda darse un significado se tendrá como firma de avalista. En tal sentido la utilización de la expresión no es necesaria. La Entrega del Título (art 624).

incorporado, lo cual puede llevarse a cabo por vía extrajudicial o vía judicial. La misma puede clasificarse en directa cuando se ejercita contra el obligado directo, o de regreso cuando se ejercita contra el obligado de regreso. A su vez, el legislador estableció cuando podía ejercerse (artículo 780 C. de Co.), que se puede solicitar o pretender (artículo 783 C. de Co.), contra quién se puede adelantar (artículo 785 C. de Co.), cuales constituyen las únicas excepciones que puede proponer el obligado frente al cobro (artículo 784 C. de Co.) y los términos de prescripción y caducidad de estas acciones (artículo 787 al 792 C. de Co.).

1.9.2 Acción de Cobro del Bono de Prenda. Como se expresó anteriormente^{*}, al vencimiento del Bono de Prenda su tenedor se debe acercar al almacén general de depósito con el fin de verificar que el tenedor del certificado de depósito haya entregado al almacén la suma de dinero consagrada en el bono de prenda, lo cual se denomina provisión. En caso tal de que no se haya efectuado de forma oportuna la provisión, el tenedor del bono de prenda podrá solicitar al almacén la venta en subasta de las mercancías o bienes depositados, procedimiento que se encuentra regulado en el capítulo sexto, para así obtener el pago del valor expresado en el título valor.

1.9.3 Acción de Reposición, Cancelación y Reivindicación de los Títulos Valores. Bajo este título se encuentran tres tipos de acciones. Por un lado se encuentra la acción de reposición que tiene por finalidad reemplazar un título que se encuentra deteriorado. La acción de cancelación y reposición se presenta cuando un título a la orden o nominativo se extravió, o fue hurtado, robado o se presentó la destrucción total del mismo, y tiene como finalidad que se cancele dicho título y se efectúe su reposición. Por último se encuentra la acción de reivindicación la cual se presenta cuando el título ha sido hurtado, extraviado o su tenedor ha sido desposeído de él ilegítimamente, y tiene como finalidad de que este vuelva a las manos de su legítimo tenedor.

1.9.4 Acción de Entrega del Título Valor Pagado. El artículo 624 del C. de Co. establece que cuando el título sea pagado su tenedor deberá entregarlo a quién efectúe su cancelación. Como podemos observar, es una Acción derivada de los títulos valores que se ejerce contra el beneficiario del pago y su trámite deberá adelantarse a través de un proceso ordinario.

1.9.5 Acción de Enriquecimiento sin Causa de tipo Cambiario. La acción de enriquecimiento sin causa de tipo cambiario se encuentra consagrada a partir de lo dispuesto en el artículo 882 inciso tercero del C. de Co.⁶⁵

* Véase Título 1.7.8 “Certificado de Depósito y Bono de Prenda”

⁶⁵ (...) Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 882. Bogotá: Legis, 2008.

Cabe aclarar que el artículo 831 del C. de Co.⁶⁶ consagra la acción de enriquecimiento sin causa aplicable a los negocios jurídicos en general, la cual de conformidad con distintas jurisprudencias⁶⁷ se ha establecido que para la existencia de esta figura se requiere el cumplimiento de cinco requisitos a saber: a) que se presente un enriquecimiento, b) que se presente un empobrecimiento correlativo, c) que el enriquecimiento carezca de causa jurídica, 4) que quien ejerza la acción carezca de otra acción y 5) que al momento de la acción judicial subsista dicho enriquecimiento. Ahora bien, el artículo 882 del C. de Co. establece que al prescribir o caducar la acción cambiaria derivada del título, prescribe o caduca a su vez la acción causal. No obstante lo anterior, se permite el ejercicio de una acción de enriquecimiento sin causa que tiene un término de prescripción de un año contra quien se enriqueció. Cabe aclarar que esta acción cambiaria es diferente de la acción aplicable a los negocios jurídicos, esto se debe a que el legislador estableció que no obstante existir un enriquecimiento derivado de una causa legal como es la prescripción o la caducidad del título valor, no obstante se permite al tenedor del título el ejercicio de esta acción. De otro lado, esta disposición se limita para los títulos de contenido crediticio, por lo tanto, consideramos que es posible aplicar el artículo 831 del C. de Co. para títulos de contenido corporativo o representativo de mercancías.

1.9.6 Acción Causal. Recordemos que todos los títulos valores en su origen como en su circulación devienen de un negocio causal o relación subyacente. Así las cosas, cuando el tenedor del título pretenda iniciar un acción contra quién es obligado cambiario pero a su vez fue parte dentro de la relación causal, este puede acudir dependiendo de las pretensiones al ejercicio de la acción cambiaria (la cual es una acción de cobro) o la inherente al negocio jurídico, para buscar la resolución del contrato, la indemnización de perjuicios, entre tantas otras.

1.9.7 Acción Sancionatoria en el Cheque. Para el cheque el legislador estableció unas sanciones especiales aplicables a esta especie de título valor. Así las cosas, se establece que si el librado se niega a pagar sin justa causa un cheque se le sancionará con el veinte por ciento del importe o del saldo disponible que tenía la cuenta bancaria del librador, así mismo le permite al tenedor iniciar acción de cobro por los perjuicios que se le lleguen a ocasionar⁶⁸. Igualmente el librador de un cheque presentado a tiempo y no pagado por culpa de este, le pagará al tenedor a título de sanción el veinte por ciento del importe, así mismo le

⁶⁶ Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 831. Bogotá: Legis, 2008.

⁶⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de junio de 2002. Exp. 7360. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Bogotá: El autor, 2002.

⁶⁸ Cuando sin causa justa se niegue el librado a pagar un cheque o no haga el ofrecimiento de pago parcial, prevenido en los artículos anteriores, pagará al librador, a título de sanción, una suma equivalente al 20% del importe del cheque o del saldo disponible, sin perjuicio de que dicho librador persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que se le ocasionen. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 722. Bogotá: Legis, 2008.

concede al tenedor el ejercicio de una acción indemnizatoria por los perjuicios causados⁶⁹. Dicha sanción se incrementa al veinticinco por ciento en el caso de los cheque de viajero⁷⁰.

1.9.8 Acción Indemnizatoria de Perjuicios. Adicional a los casos analizados en el título anterior, la acción indemnizatoria se encuentra también consagrada en el artículo 707 del C. de Co. establece que el tenedor de un título que no haya sido aceptado o se hubiere presentado un rechazo de pago por parte del obligado directo, deberá dar aviso dentro de los cinco días calendario siguientes a todos los signatarios cuya dirección conste en el documento. En caso de no dar cumplimiento a esta obligación los obligados podrán iniciar una acción de daños y perjuicios contra el tenedor por los perjuicios causados en razón a su falta de diligencia.

1.9.9 Acción de Cobro contra el Firmante Parigrado. Cabe recordar que se presenta una firma parigrado cuando dos o más personas suscriben el título valor en un mismo grado. A partir del artículo 632 del C. de Co. estos firmantes se entienden solidariamente responsables del pago del título valor, por lo tanto, en caso de que uno de estos cancele el valor de importe, bien tendrá acción cambiaria contra el obligado directo o los de regreso anteriores a este, pero frente a sus firmantes en el mismo grado carece de acción cambiaria y tendrá que acudir a un cobro por vía causal.

1.9.10 Otras Acciones. A su vez, se considera que pueden existir otras acciones como sería una acción por abuso del derecho, la cual se presentaría en caso de un obligado directo o de regreso se niega a efectuar el cumplimiento de su obligación con la única intención de causarle un daño y/o perjudicar al tenedor. De otro lado, existen las acciones penales pertinentes a cada tipo penal, entre tantas, se pueden presentar los delitos de estafa, falsedad en documento privado, emisión y transferencia ilegal de cheque, entre otras.

1.10 FUNCIONES E IMPORTANCIA DEL DOCUMENTO DENTRO DE LA INSTITUCIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES

Como se ha expresado anteriormente, el requisito del documento como elemento para la constitución de un título valor no es una simple ocurrencia del legislador colombiano, por el contrario, es una exigencia de la naturaleza misma de esta institución. Es así como vemos dentro de la regulación general de los títulos

⁶⁹ El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por su culpa abonará al tenedor, como sanción, el 20% del importe del cheque, sin perjuicio de que dicho tenedor persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que le ocasione. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 731. Bogotá: Legis, 2008.

⁷⁰ La falta de pago del cheque de viajero dará acción cambiaria al tenedor para exigir, además de su importe, el pago del 25% del valor del cheque a título de sanción y a la indemnización de daños y perjuicios que podrá intentar por las vías comunes. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 749. Bogotá: Legis, 2008.

valores como el documento es considerado de forma repetida por los distintos aspectos que se desprenden de este bien mercantil. Así las cosas, la doctrina ha sido repetida en desplegar las tres funciones esenciales del documento dentro de esta institución.

La primera de ellas hace referencia a su función constitutiva⁷¹. Este aspecto se ve representado en la necesidad de que el derecho se inserte en el documento, el cual se denomina como incorporación. Al incorporarse el derecho en el documento, y luego del cumplimiento de una serie de requisitos generales y especiales, es posible predicar la existencia del título valor. En tal suerte que no será posible exigir el derecho sin la exhibición del documento, siendo así más importante elemento documental que el propio derecho.

De otro lado encontramos la función dispositiva^{*}, la cual hace referencia a la facultad que tiene el tenedor para efectuar la enajenación del bien. Por lo tanto, para efectos de producir efectos cambiarios una enajenación o transferencia del título valor este debe llevarse a cabo a través de las formas de circulación^{**} establecidas para estos instrumentos, siendo necesario para resguardar las propiedades cambiarias en todo momento la entrega del documento para el perfeccionamiento de la enajenación o transferencia del derecho.

Cumple igualmente una función probatoria a partir de lo expuesto en el artículo 624 del C. de Co. donde se establece que para la exigencia del derecho incorporado en el título valor se requiere la exhibición del documento, así como, encontrarse legitimado a partir del contenido y literalidad del título valor, donde cabe expresar que el obligado cambiario podrá determinar si quién es tenedor del documento puede exigir el derecho incorporado, para lo cual el obligado cambiario deberá verificar estos aspectos en el documento mismo.

Así las cosas, como bien se desprende a lo largo de la teoría general de los títulos valores es clara la importancia que tiene el documento no como un simple requisito de forma, sino por el contrario como un elemento que incide en la naturaleza misma de esta institución. Por lo tanto, este elemento goza de una serie de funciones demarcadas y ligadas en su totalidad a los fines mismos de estos bienes mercantiles, e incluso llega a ser de tal magnitud que en ningún momento se podrá referirse a un título valor sin que exista un documento que lo represente.

⁷¹ Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se entiende por Constitutivo: “Que forma parte esencial o fundamental de algo y lo distingue de los demás”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Constitutivo. [En línea] España: El autor, 2010. <Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=constitutiva> [consulta: Feb. 2010].

^{*} La locución dispositiva deviene de disponer que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se entiende: “Ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute. Testar acerca de ello”.

^{**} Véase Título 1.6.3. Según la forma de circulación.

2. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Luego de elucidar la teoría general de los títulos valores, estudiaremos brevemente la figura del documento electrónico para así posteriormente en este estudio determinar la incidencia que tiene esta en los títulos valores. El llamado documento electrónico adquiere importancia cada vez más en razón a que este es un medio utilizado de forma mundial para agilizar la comunicación, permitiendo mayor celeridad en sus operaciones. Así las cosas, analizaremos de forma general en qué consiste, si constituye un documento, importancia y su regulación.

2.1 CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

El término documento electrónico, o también documento digital o informático carece de una definición homogénea, sin embargo, podemos acudir a distintos significados que se le han dado a esta locución. La Enciclopedia Wikipedia⁷² establece por documento electrónico “un documento cuyo soporte material es algún tipo de dispositivo electrónico y en el que el contenido está codificado mediante algún tipo de código digital que puede ser leído o reproducido mediante el auxilio de detectores de magnetización”. Por su parte, según el Consejo Internacional de Archivos⁷³ en su estudio número dos lo define como “el documento susceptible de ser manipulado, transmitido o procesado por un ordenador”⁷³.

Por su parte la Organización de Estados Americanos (OEA) dentro de ley modelo denominada Normas Interamericanas Uniformes Sobre Documentos y Firmas Electrónicas** adoptada en plenaria del ocho de Febrero de 2002 define el documento electrónico así: “documento generado, enviado, comunicado, procesado, recibido, almacenado o visualizado por medios electrónicos o por cualquier otro medio que no dependa del soporte de papel”.

Por lo tanto, ante la existencia de diversas definiciones consideramos que primero es necesario identificar en qué consiste el documento electrónico para luego determinar cuál puede ser su adecuado significado.

⁷² WIKIPEDIA. Documento electrónico. [En línea] s.p.i. <Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Documento_electronico> [consulta: Feb. 2010].

* El Consejo Internacional de Archivos o International Council on Archives (CIA) es una organización no gubernamental creada en 1948 para promover la cooperación, la investigación y el desarrollo internacionales en todos los campos relacionados con los archivos. Tiene su sede en París en el edificio de los Archivos nacionales de Francia

⁷³ INTERNATIONAL COUNCIL ON ARCHIVES. Resource centre, [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://www.ica.org/en/downloads?page=0%2C0&filter4=ICA+STUDY+>> [consulta: Feb. 2010].

** Documento Número CIDIP/RES. 6/02 CE00222

Este tipo de instrumento goza de características como estar escrito en un lenguaje binario⁷⁴, estar almacenado o tener la posibilidad de ser almacenado en un soporte informático, magnético u óptico, y por último, ese documento almacenado en lenguaje binario debe poder ser transformado en un lenguaje comprensible por el ser humano. Por lo tanto, la producción del documento electrónico se da en tres etapas. Una primera etapa denominada creación y consiste, en la traducción por parte de la computadora de la información contenida en lenguaje humano al lenguaje binario. Esta traducción puede darse simultáneamente con la elaboración del documento cuando se utilizan los medios informáticos* o de forma posterior cuando ya existe el documento pero en un formato no electrónico** el cual se digitaliza y hace que el mismo se torne en el lenguaje de las computadoras.

Luego se da la etapa de almacenamiento e implica el archivo de ese documento en un disco duro, disco compacto, memorias usb, es decir, a través de un medio informático sea magnético u óptico. Cabe resaltar que durante esta etapa el documento se encuentra en un lenguaje no comprendido por el ser humano, salvo que se efectúe su traducción. Por último, se encuentra la etapa de lectura o recuperación del documento y consiste en el acto por el cual el documento archivado es traducido del lenguaje binario al lenguaje del ser humano a través del mismo sistema utilizado o uno equivalente, y el usuario del sistema pueda efectuar su impresión a un formato no electrónico o continuar su uso a través del formato electrónico, repitiendo este ciclo. La importancia de esta etapa se encuentra en que finalmente es aquella que determina la integridad de los datos incorporados durante la etapa inicial.

Ahora bien, entonces para definir el documento electrónico primero es necesario expresar que es más ajustado utilizar la expresión de documento informático. Lo anterior guarda fundamento en que al utilizar la expresión “electrónico” sólo se haría mención aquellos documentos que pueden ser almacenado en un medio magnético, pero al utilizarse la expresión “informático” comprende tanto los medios magnéticos como ópticos***.

Habiendo efectuado esta aclaración podemos utilizar la definición expuesta por Diego Simó Sevilla que expresa lo siguiente haciendo relación a los documentos

⁷⁴ El sistema binario, en matemáticas e informática, es un sistema de numeración en el que los números se representan utilizando solamente las cifras cero y uno (0 y 1). Es el que se utiliza en las computadoras, pues trabajan internamente con dos niveles de voltaje, por lo que su sistema de numeración natural es el sistema binario (encendido 1, apagado 0). WIKIPEDIA. Sistema binario. [En línea] s.p.i. <Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Sistema_binario> [consulta: Feb. 2010].

* Es el caso de documentos elaborados mediante el uso de programas como Word, Excell, Powerpoint, fotografías digitales, entre otros.

** Es el caso de documentos manuscritos, copias de textos, fotografías impresas, entre otros.

*** Si bien el término técnico es Documento Informático, es más común la utilización del término documento electrónico, por lo tanto, a lo largo de este estudio continuaremos utilizando esta noción, pero se aclara que cuando se efectúe la expresión “Documento Electrónico” hacemos referencia a “Documento Informático”.

informáticos: “son aquellos que están escritos en lenguaje binario en un soporte adecuado para ser leído por un computador (magnético u óptico generalmente), por medio del cual son traducidos a lenguaje natural y así son hechos comprensibles”⁷⁵. Todas las cualidades antes expuestas, así como la definición de documento electrónico, se encuentran basadas en la utilización de un elemento denominado aplicaciones automatizadas que se define así: “programa informático que permite a un usuario utilizar una computadora con un fin específico. Las aplicaciones son parte del software de una computadora, y suelen ejecutarse sobre el sistema operativo. Una aplicación de software suele tener un único objetivo: navegar en la web, revisar correo, explorar el disco duro, editar textos, jugar (un juego es un tipo de aplicación), etc. Una aplicación que posee múltiples programas se considera un paquete. Son ejemplos de aplicaciones Internet Explorer, Outlook, Word, Excel, WinAmp, etc.”⁷⁶. Por lo tanto, como se puede observar el Documento Electrónico se encuentra ligado en su esencia a la tecnología computacional.

La tecnología computacional desde su introducción en el año 1950 ha tenido una acelerada evolución que ha llevado a que hoy en día a través de las computadoras personales estos sistemas puedan ser accedidos por una gran cantidad de población mundial⁷⁷. Incluso, referente a la aplicación denominada internet, la cual tiene soporte en la computación, se estima que en el año 2006 tuvo aproximadamente 1100 millones de usuarios y se estima que para el año 2012 pueda incrementarse en 2000 millones de usuarios⁷⁸. Hoy en día es evidente la gran aplicación que tiene la tecnología computacional en nuestra vida cotidiana, al igual que en toda clase de segmentos, tal es el caso de la agricultura, la salud, el entretenimiento, el transporte, la comunicación, y muchos otros, pero el que más nos interesa para este estudio es el comercial.

⁷⁵ PINOCHET OLAVE, Op. Cit., p. 388.

⁷⁶ ALEGSA. Diccionario de informática. [En línea] Argentina: El autor, 2010. <Disponible en: <http://www.alegsa.com.ar/Dic/aplicacion.php>> [consulta: Mar. 2010].

⁷⁷ PC, personal computer, ordenador personal. Tipo de computadoras compatibles con las especificaciones de IBM. Una PC suele ser de tamaño medio, barata, y son utilizadas a nivel hogareño y en empresas pequeñas. Suelen estar equipados para cumplir tareas como navegar en internet, hacer documentos, ver videos, juegos, escuchar música, etc. Las PC pueden ser de mesa o portátiles. La mayoría de las PC utilizan una arquitectura de soporte físico compatible con el PC de IBM, usando procesadores compatibles con x86 realizados por Intel, AMD o Cyrix. Se estima que para fines de 2008, habrá 1.000 millones de PCs funcionando en el mundo y 2.000 millones para 2015. ALEGSA. Computadora personal. [En línea] Argentina: El autor, 2010. <Disponible en: <http://www.alegsa.com.ar/Dic/aplicacion.php>> [consulta: Mar. 2010].

⁷⁸ Internet es un conjunto descentralizado de redes de comunicación interconectadas que utilizan la familia de protocolos TCP/IP, garantizando que las redes físicas heterogéneas que la componen funcionen como una red lógica única, de alcance mundial. (...)El número de usuarios aumenta de forma continua. En 2006 se estimaba el número de internautas en 1.100 millones. Para el 2016 se estima que el número ascenderá a 2.000 millones (...). WIKIPEDIA. Internet. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Internet>> [consulta: Mar. 2010].

En el comercio del mundo moderno los computadores y sus distintas aplicaciones gozan de una especial importancia como medio de comunicación, de intercambio de bienes y servicios, de realización de operaciones financieras, entre otras. Dentro de sus usos se encuentra el comercio electrónico o *e-commerce* (*electronic commerce* en inglés), el cual consiste en la compra y venta de productos o de servicios a través de medios electrónicos, tales como internet y otras redes informáticas compuestas de conjunto de equipos (computadoras y/o dispositivos) conectados por medio de cables, señales, ondas o cualquier otro método de transporte de datos, que comparten información (archivos), recursos (CD-ROM, impresoras, etc.), servicios (acceso a internet, e-mail, chat, juegos), etc⁷⁹. Otro uso que se da a esta tecnología desde el punto de vista mercantil se encuentra representando en el intercambio electrónico de datos en inglés “Electronic Data Interchange - EDI” el cual se desarrolla a través de la aplicación de internet y permite la transmisión de información entre empresas relacionada con órdenes de compra, avisos de despacho, reporte de ventas e inventario, catálogos de precios, entre otros aspectos. Igualmente, podemos recalcar el uso del correo electrónico como un medio para la gestión de negociaciones mercantiles, sin embargo, se resalta a su vez que este medio también tiene usos no mercantiles.

En consecuencia, teniendo en cuenta los distintos usos de la computación es cada vez común la utilización de los documentos electrónicos para la ejecución de actividades del mundo moderno, incluyendo así, las operaciones mercantiles.

2.2 EL DOCUMENTO COMÚN Y EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Anteriormente habíamos definido que se entiende por documento^{*}, ahora con el fin de brindar mayor claridad efectuaremos una breve comparación entre el documento común y el documento electrónico^{**} para establecer sus diferencias y semejanzas.

Básicamente, podemos expresar que el documento común es aquel que para su lectura no es necesaria la utilización de la tecnología computacional al encontrarse en un lenguaje comprensible para el ser humano. En contra posición se encuentra el documento electrónico que para su lectura se exige la computación como medio de traducción al lenguaje del ser humano. En la actualidad podemos considerar que gran parte de los documentos del común, con excepción de los manuscritos en su origen fueron electrónicos. Tal es el caso, de un documento elaborado en un computador y posteriormente impreso.

⁷⁹ WIKIPEDIA. Comercio electrónico. [En línea] s.p.i. <Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Comercio_electr%C3%B3nico> [consulta: Mar. 2010].

^{*} Véase acápite 1.3.2. El Documento – Bien Mercantil

^{**} Véase nota al pie número 130.

El documento común goza de una representación material es decir se encuentre en un medio físico apreciable bajo el sentido del tacto. Por su parte el documento electrónico se encuentra de forma inmaterial e inapreciable bajo el sentido del tacto, pues este se encuentra almacenado en un medio informático sea el disco duro de un computador, disco compacto, memorias usb, entre otros, que sí gozan de una representación material, pero obviamente no es el documento mismo.

Es posible que en el documento electrónico la aplicación automatizada para la creación sea distinta de la aplicación utilizada para la recuperación del documento, implicando una separación entre el medio en que se registró originalmente y el medio posteriormente utilizado. El documento común esta situación no se presenta ya que ese soporte donde está plasmado el lenguaje es único. Cabe expresar que esta situación que se presenta en el documento electrónico obedece en los avances tecnológicos de las aplicaciones, lo cual puede generar a que se afecte la autenticidad entre el documento creado y el documento recuperado.

De otro lado podemos visualizar que tanto el documento común como el electrónico tienen la capacidad de representar un hecho, una manifestación o una declaración, aun cuando la forma de llevarlo a cabo sea distinta. A saber, en el documento común se lleva a cabo de forma manuscrita o a través de medios que no impliquen la utilización de la computación ya que al ser utilizado dicho instrumento se torna electrónico.

Anteriormente se estableció como diferencia entre estas dos figuras el aspecto de la materialización, sin embargo, cabe explicar que el documento electrónico dentro de la etapa de lectura o recuperación puede llegar a adquirir una representación física.

En tal sentido podemos concluir que existen diferencias notorias desde el punto de vista del lenguaje utilizado, desde el punto de vista de la materialidad y en la representación entre el documento común y el documento electrónico, sin embargo, no podemos desconocer que el documento electrónico tiene la misma capacidad del documento común para efectuar la representación de las declaraciones o manifestaciones de su creador.

2.3 REGULACIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Luego de elucidar el significado e importancia del documento electrónico revisaremos algunos aspectos relacionados con su regulación a nivel de organismos supranacionales, de derecho comparado y luego en Colombia.

2.3.1 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional - Ley Modelo de Comercio Electrónico. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional “CNUDMI” sigla en inglés “UNCITRAL” fue creada en el año

1996 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y tiene como finalidad promover la armonización y unificación del derecho mercantil internacional.

En el año 1990 mediante una comisión de trabajo elegida por las Naciones Unidas se inició con el estudio de una propuesta para la implementación mundial del conocimiento de embarque internacional de tipo electrónico a través de un intercambio electrónico de datos (EDI), esto se debió a que en razón a la falta de uniformidad legislativa se permitía que esta especie de título sólo pudiera ser negociado en el país de emisión pero que no guardaba suficiente confiabilidad para ser negociado en el país donde fuere entregada la carga, entre otras situaciones. Sin embargo, durante el estudio del proyecto se tomó la decisión de ampliar su aplicación a la transmisión de mensajes electrónicos comerciales, adquiriendo así la denominación “Ley Modelo de Comercio Electrónico”. Cabe resaltar que en su redacción participaron representantes de cincuenta naciones, al igual que diez representantes de distintas organizaciones. Así las cosas, durante la 85ª reunión de la Asamblea Plenaria de las Naciones Unidas celebrada el día 16 de diciembre de 1996 se profirió la Resolución 51/162 mediante la cual se expidió el mencionado modelo de ley.

Básicamente el modelo dentro de sus consideraciones reconoce el correo electrónico y el intercambio de datos como medios de comunicación e instrumentos para la negociación de operaciones comerciales. Sin embargo, trae a colación la posible existencia al interior de cada país de normatividades que puedan afectar la validez y eficacia jurídica de esta información que carece de un soporte en papel, así como, la posible existencia de un régimen jurídico inadecuado o anticuado que no permite la debida aplicación de los nuevos instrumentos de comunicación, entre estos, la fijación de la necesidad de presentar documentos originales, manuscritos o firmados. Así las cosas, se expresa como propósito de la norma el siguiente: “La finalidad de la Ley Modelo es la de ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de comercio electrónico”⁸⁰.

Con base en lo propuesto por parte de la comisión redactora, en la asamblea se aprobó que la ley modelo estuviera acompañada de una guía que incorporara los antecedentes y explicaciones de la regulación expresada en la Ley para así permitir que los Estados tuvieran un mecanismo que brindara eficacia en la implementación del marco normativo a la cual se le denominó “Guía para la Incorporación al derecho interno de la Ley Modelo CNUDMI sobre Comercio Electrónico”.

⁸⁰ NACIONES UNIDAS. Guía para la Incorporación al derecho interno de la Ley Modelo CNUDMI sobre Comercio Electrónico. s.l.: El autor, 1998. p. 16.

La Ley Modelo contiene diecisiete artículos y se encuentra compuesta de dos partes, la primera denominada “Comercio Electrónico en General” y se divide en tres capítulos. El primer capítulo hace referencia a las disposiciones generales y contiene por lo tanto, su aplicación, definiciones, interpretación, y la posible modificación de sus efectos. El capítulo segundo hace referencia a los requisitos jurídicos de los mensajes de datos, efectuando su reconocimiento jurídico, estableciendo que cuando se exija un documento escrito esta exigencia se entiende cumplida con el mensaje de datos, la firma electrónica, la necesidad de documentos originales, la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos y su conservación. Por último, en el capítulo tercero se hace mención a la comunicación de los mensajes de datos y la posibilidad de formación, validez, reconocimiento de los contratos por medio de mensajes de datos, la atribución de los mensajes de datos. La segunda parte se denomina “Comercio Electrónico en materias específicas” y regula en el capítulo primero el transporte de mercancías, sin embargo, en la guía se evidencia la intención futura del legislador de incorporar otros aspectos a medida que surja su necesidad.

Antes de revisar algunas de sus disposiciones más destacadas, es importante observar que el texto guía que acompaña la norma dentro de su acápite inicial denominado “Introducción a la Ley Modelo” hace una exposición de ciertos aspectos que deben ser tenidos en cuenta al momento de su estudio y aplicación. En primer lugar hace referencia a su objetivo el cual ya hicimos mención. En segundo lugar, establece que la norma se aplica a los medios de comunicación que pretendan la ejecución de actividades relacionadas con el comercio electrónico. En tercer y cuarto lugar se refiere a la estructura de la norma y luego a la necesidad de que cada estado acompañe la regulación con un reglamento técnico. En quinto lugar, establece el criterio de “Equivalencia Funcional” y se consideró que si bien podían existir normas al interior de cada país que exigieran el documento tradicional representado en el papel, la Ley Modelo no busca eliminar por completo dicho requisito afirmando incluso que un mensaje de datos no es equivalente a un documento de papel. Según la Guía el criterio de “Equivalencia Funcional” consiste en lo siguiente: “basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico.

Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Cabe señalar que, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha

mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. Ahora bien, la adopción de este criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel”⁸¹.

Luego se hace mención a que la norma no pretende definir cuales documentos electrónicos son equivalentes a otros documentos de papel, pero sí busca establecer unos requisitos de forma del documento en papel que puedan ser suplidos por el documento electrónico que se emplee para la misma función y pueda gozar de un reconocimiento legal igual al del documento de papel. Por último, establece el carácter de norma imperativa de algunas de las disposiciones consagradas en la ley modelo, debido a que estas establecen los requisitos mínimos de aplicación y no sería pertinente dejarlas a criterio de las partes de la relación. Ahora bien, las siguientes son algunas de las disposiciones contenidas en la Ley Modelo:

El artículo primero establece las actividades comerciales como ámbito de aplicación de la norma. Es decir, si bien se puede considerar la exclusión de su regulación a las actividades que se encuentren por fuera del espectro mercantil, la intención de los desarrolladores se encontraba ligada a que en su fase de concepción se buscaba su regulación en el campo comercial, sin embargo, en el texto guía se deja a criterio del legislador de cada país permitir su adaptación a actividades civiles e incluso de administración pública.

El artículo segundo, se procede a brindar el significado de distintas locuciones, entre estas, mensaje de datos, intercambio electrónico, iniciador, destinatario, intermediario y sistema de información. No obstante, si efectuamos un análisis ligero podemos observar que de forma expresa no se menciona el documento electrónico, entonces podría pensarse de que el mismo no se encuentra regulado por este modelo normativo, sin embargo, el texto guía refiriéndose a la interpretación de la definición de mensaje de datos establece lo siguiente: “El concepto de “mensaje de datos” no se limita a la comunicación sino que pretende también englobar cualquier información consignada sobre un soporte informático que no esté destinada a ser comunicada. Así pues, el concepto de “mensaje” incluye el de información meramente consignada. No obstante, nada impide que, en los ordenamientos jurídicos en que se estime necesario, se añada una definición de “información consignada” que recoja los elementos característicos del “escrito” en el artículo 6”⁸². Así las cosas, podemos observar que a partir de la interpretación brindada por los redactores de la ley, el documento electrónico se encuentra representado por los mensajes de datos.

⁸¹ Ibid., p. 21.

⁸² Ibid., p. 27.

En su Capítulo II podemos visualizar cuatro artículos de especial importancia. El artículo quinto consagra la validez y fuerza jurídica de los mensajes de datos no obstante su forma electrónica. Dentro de la parte explicativa del artículo contenido en la guía, se hace referencia a que el mensaje de datos deben ser tratados sin disparidad respecto de los documento en papel. Pero más adelante la guía nos expresa que esta disposición no puede entenderse de forma absoluta al utilizar la siguiente expresión: “no debe interpretarse erróneamente el artículo 5 como si fuera un texto por el que se conceda validez jurídica a todo mensaje de datos o a todo dato en él consignado”⁸³.

El artículo sexto dispone que cuando se exija que una información conste por escrito ese requisito queda satisfecho con el mensaje de datos, siempre y cuando la información contenida en el mensaje sea accesible para su posterior consulta. En la parte explicativa, el legislador expresa lo siguiente: “(...) Por ello, al adoptar un criterio funcional, debe prestarse atención al hecho de que el requisito de un “escrito” ha de ser considerado como el nivel inferior en la jerarquía de los requisitos de forma, que proporcionan a los documentos de papel diversos grados de fiabilidad, rastreabilidad e inalterabilidad. El requisito de que los datos se presenten por escrito (lo que constituye un “requisito de forma mínimo”) no debe confundirse con requisitos más estrictos como el de “escrito firmado”, “original firmado” o “acto jurídico autenticado”(...)”⁸⁴. Más adelante el legislador establece una serie de razones que puede tener el legislador de cada país para exigir un documento escrito, pero establece que debe analizarse en cada caso bajo el criterio de equivalencia funcional si el documento electrónico puede cumplir con dichas funciones, las siguientes son las expresadas por el legislador: “(...) 1) dejar una prueba tangible de la existencia y la naturaleza de la intención de las partes de comprometerse; 2) alertar a las partes ante la gravedad de las consecuencias de concluir un contrato; 3) proporcionar un documento que sea legible para todos; 4) proporcionar un documento inalterable que permita dejar constancia permanente de la operación; 5) facilitar la reproducción de un documento de manera que cada una de las partes pueda disponer de un ejemplar de un mismo texto; 6) permitir la autenticación mediante la firma del documento de los datos en él consignados; 7) proporcionar un documento presentable ante las autoridades públicas y los tribunales; 8) dar expresión definitiva a la intención del autor del “escrito” y dejar constancia de dicha intención; 9) proporcionar un soporte material que facilite la conservación de los datos en forma visible; 10) facilitar las tareas de control o de verificación ulterior para fines contables, fiscales o reglamentarios; y 11) determinar el nacimiento de todo derecho o de toda obligación jurídica cuya validez dependa de un escrito (...)”⁸⁵.

⁸³ Ibid., p. 33.

⁸⁴ Ibid., p. 37

⁸⁵ Ibid., p. 37

En el artículo séptimo dispone que cuando se exija la firma de una persona para un acto, ese requisito se entenderá cumplido por el mensaje de datos cuando se utilice un método que permite identificar de forma confiable a la persona que lo envió y su aprobación del contenido del mismo. Pero el método debe ser fiable como apropiado para los fines por los cuales se generó o comunicó el mensaje de datos. La Guía inicia haciendo mención a algunas funciones⁸⁶ pero se resaltan en la disposición dos que contienen gran importancia que son la identificación del autor y la aprobación del contenido del documento, sin embargo, lo más relevante es el método que se debe utilizar para establecer quién envió el mensaje y la aprobación de lo insertado en el mismo. Para esto la Guía nuevamente nos trae la siguiente expresión en la relación con los métodos a utilizar: “(...) pueden tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores jurídicos, técnicos y comerciales: 1) la perfección técnica del equipo utilizado por cada una de las partes; 2) la naturaleza de su actividad comercial; 3) la frecuencia de sus relaciones comerciales; 4) el tipo y la magnitud de la operación; 5) la función de los requisitos de firma con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable; 6) la capacidad de los sistemas de comunicación; 7) la observancia de los procedimientos de autenticación establecidos por intermediarios; 8) la gama de procedimientos de autenticación que ofrecen los intermediarios; 9) la observancia de los usos y prácticas comerciales; 10) la existencia de mecanismos de aseguramiento contra el riesgo de mensajes no autorizados; 11) la importancia y el valor de la información contenida en el mensaje de datos; 12) la disponibilidad de otros métodos de identificación y el costo de su aplicación; 13) el grado de aceptación o no aceptación del método de identificación en la industria o esfera pertinente, tanto en el momento cuando se acordó el método como cuando se comunicó el mensaje de datos; y 14) cualquier otro factor pertinente”⁸⁷.

El artículo octavo hace referencia a que cuando la ley exija que la información sea presentada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos del cual se tenga un garantía fidedigna de la conservación íntegra de la información generada por primera vez, con excepción de cambios relacionados al proceso de comunicación, archivo o presentación. Dentro de la Guía explicativa, lo primero que se hace mención es que si por “original” se entiende el soporte en el que por primera vez se inserta la información, para los mensajes de datos no podría aplicarse esta situación, ya que como se expresó anteriormente* dentro del procedimiento de producción de un documento electrónico este finalmente culmina con la etapa de recuperación, el cual finalmente no es el original propiamente hablando. Para el objetivo de este estudio es importante poner de presente el

⁸⁶ (...) identificar a una persona; dar certeza a la participación personal de esa persona en el acto de firmar; y asociar esa persona con el contenido de un documento (...) demostrar la intención de una parte contractual de obligarse por el contenido del contrato firmado; la intención de una persona de reivindicar la autoría de un texto; la intención de una persona de asociarse con el contenido de un documento escrito por otra; y el hecho de que esa persona había estado en un lugar determinado, en un momento dado. Ibid., p. 40.

⁸⁷ Ibid., p. 41

* Véase acápite 2.1.

siguiente texto que incorpora la guía: “El artículo 8 es pertinente para los documentos de titularidad y los títulos negociables, para los que la especificidad de un original es particularmente importante. Sin embargo, conviene tener presente que la finalidad de la Ley Modelo no es sólo su aplicación a los títulos de propiedad y títulos negociables ni a sectores del derecho en los que haya requisitos especiales con respecto a la inscripción o legalización de “escritos”, como las cuestiones familiares o la venta de bienes inmuebles. Como ejemplos de documentos que tal vez requieran un “original”, cabe mencionar documentos comerciales tales como certificados de peso, certificados agrícolas, certificados de calidad o cantidad, informes de inspección, certificados de seguro u otros. Esos documentos no son negociables y no se utilizan para transferir derechos o la titularidad, pero es esencial que sean transmitidos sin alteraciones, en su forma “original”, para que las demás partes en el comercio internacional puedan tener confianza en su contenido”⁸⁸. Posteriormente, en el artículo undécimo dispone que salvo pacto en contrario la formación de un contrato que deviene de una oferta y su aceptación podrá expresarse por medio de un mensaje de datos. Según la guía el objeto de esta consagración es dirimir la incertidumbre y brindar certeza jurídica a la celebración de contratos por medios electrónicos.

En lo que respecta a la segunda parte de la norma, esta se titula “Comercio Electrónico en materias específicas”, sin embargo, sólo contiene un capítulo destinado al transporte de mercancías. En dicho capítulo mediante los artículos 16 y 17 se establecen una serie de actos que pueden presentar en la ejecución de un contrato de transporte, para así permitir que los mismos puedan darse mediante un documento electrónico, entre estos incluso se encuentra la reclamación de las mercancías y sus efectos.

Es importante resaltar el numeral tercero y quinto del artículo 17 que establece: “(...) 3) Cuando se conceda algún derecho a una persona determinada y a ninguna otra, o ésta adquiriera alguna obligación, y la ley requiera que, para que ese acto surta efecto, el derecho o la obligación hayan de transferirse a esa persona mediante el envío, o la utilización, de un documento, ese requisito quedará satisfecho si el derecho o la obligación se transfiere mediante la utilización de uno o más mensajes de datos, siempre que se emplee un método fiable para garantizar la singularidad de ese mensaje o esos mensajes de datos (...) 5) Cuando se utilicen uno o más mensajes de datos para llevar a cabo alguno de los actos enunciados en los incisos f) y g) del artículo 16, no será válido ningún documento utilizado para llevar a cabo cualquiera de esos actos, a menos que se haya puesto fin al uso de mensajes de datos para sustituirlo por el de documentos. Todo documento que se emita en esas circunstancias deberá contener una declaración a tal efecto. La sustitución de mensajes de datos por documentos no afectará a los derechos ni a las obligaciones de las partes”. Por su parte, dentro de la guía explicativa haciendo alusión a lo consagrado en los artículos 16 y 17, se

⁸⁸ NACIONES UNIDAS, Op. Cit., p. 42

establece que estos aplican tanto para los documentos no transferibles, como para la carta de porte y el conocimiento de embarque⁸⁹.

Así las cosas, la norma contempla la posibilidad de expedir una carta de porte y el conocimiento de embarque a través de un documento electrónico e incluso brinda herramientas para efectuar su circulación mediante la utilización de un mensaje de datos. Dentro de la guía se determina que para que esto sea posible y se garantice la singularidad del documento, deberá existir una red de comunicaciones que ofrezca a la comunidad las herramientas que permitan garantizar que la no multiplicidad de ese título. Luego de efectuar una breve mención de algunos de los artículos más importantes contenidos en la Ley Modelo podemos efectuar las siguientes consideraciones: Primero, como su nombre lo dice esta Ley Modelo tiene como finalidad establecer unos parámetros mínimos o básicos de regulación relacionada con el comercio electrónico, pero especialmente con el documento electrónico aplicado al comercio electrónico.

Segundo, se establece el criterio de equivalencia funcional como medio para determinar si un mensaje de datos puede suplir a un documento soportado en papel. Se resalta que la norma no busca identificar en que funciones específicas puede aplicarse el documento electrónico, por el contrario, simplemente establecer un instrumento que mediante un juicio de valor pueda determinarse la aplicación o no de la figura informática. Tercero, para que una información contenida en un mensaje de datos pueda otorgársele un reconocimiento jurídico representado en la aceptación de sus efectos jurídicos, validez y fuerza obligacional, y por lo tanto, la suficiente fuerza probatoria, ese mensaje debe cumplir básicamente tres requisitos, a saber: a) ser accesible, b) existencia de un método que permita identificar el firmante y su aprobación del contenido insertado en el mensaje y c) una garantía fidedigna de la integridad de la información.

Cuarto, la guía haciendo referencia a la posibilidad de suplir el documento original con el mensaje de datos hace expresa mención a los documentos de titularidad y los títulos negociables, por lo tanto, permitiendo pensar la posibilidad de la aplicación de esta figura para estos instrumentos. Quinto, se hace mención expresa de la carta de porte y el conocimiento de embarque, y la posibilidad incluso de efectuar su circulación mediante la utilización de un mensaje de datos.

⁸⁹ Al preparar la Ley Modelo, la Comisión tomó nota de que el transporte de mercancías era la rama comercial en la que era más probable que se recurriera a las comunicaciones electrónicas, por lo que era asimismo aquella en la que se necesitaba más urgentemente un marco jurídico que facilitara el empleo de esos medios de comunicación. Los artículos 16 y 17 enuncian ciertas disposiciones que son, por igual, aplicables a los documentos de transporte no negociables y a la transferencia de derechos en las mercancías por medio de un conocimiento de embarque negociable o transferible. Los principios enunciados en los artículos 16 y 17 son aplicables no sólo al transporte marítimo sino también al transporte de mercancías por otros medios, tales como al transporte aéreo y al transporte por carretera y ferrocarril. *Ibid.*, p. 61.

Por último, conforme al informe de las Naciones Unidas esta ley modelo ha sido adoptada por los siguientes países: Australia (1999), Brunei Darussalam (2000), Cabo-Verde (2003), China (2004), Colombia (1999), Ecuador (2002), Emiratos Árabes Unidos (2006), Eslovenia (2000), Filipinas (2000), Francia (2000), Guatemala (2008), la India (2000), Irlanda (2000), Jamaica (2006), Jordania (2001), Mauricio (2000), México (2000), Nueva Zelandia (2002), el Pakistán (2002), Panamá (2001), la República de Corea (1999), la República Dominicana (2002), Singapur (1998), Sri Lanka (2006), Sudáfrica (2002), Tailandia (2002), Venezuela (2001) y Viet Nam (2005), Bailiwick de Guernesey (2000), el Bailiwick de Jersey (2000) y la Isla de Man (2000), que son dependencias de la Corona del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; en las Bermudas (1999), las Islas Caimán (2000), y las Islas Turcos y Caicos (2000), territorios de ultramar del Reino Unido, y en Hong Kong (Región Administrativa Especial de China) (2000). Se ha preparado legislación uniforme influida por la Ley Modelo, y por los principios en que se basa ésta, en: Estados Unidos de América (Ley uniforme de transacciones electrónicas, adoptada en 1999 por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre la Ley Uniforme Estatal), Canadá (Ley uniforme de comercio electrónico, adoptada en 1999 por la Conferencia de Derecho Uniforme del Canadá)⁹⁰.

Por último cabe expresar que la UNCITRAL en el año 2001 elaboró una Ley Modelo sobre Firmas electrónicas, la cual conforme al informe de Naciones Unidas Cabo Verde (2003), China (2004), Guatemala (2008), Jamaica (2006), los Emiratos Árabes Unidos (2006), México (2003), Tailandia (2001) y Viet Nam (2005) han promulgado legislación basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas y Costa Rica (2005) ha promulgado legislación influenciada por los principios que la Ley⁹¹.

2.3.2 Estados Unidos de Norte América- Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas. En el año 1999 la Conferencia Nacional de Comisionados para la Unificación de Leyes Estatales de los Estados Unidos* expidió la Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas (Uniform Electronic Transactions Act). Esta Ley

⁹⁰ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL. Situación actual. 1996 Ley de la CNUDMI sobre comercio electrónico. [En línea] s.l.: El autor, 2010. <Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html> [consulta: Mar. 2010].

⁹¹ Ibid.

* La Conferencia Nacional de Comisionados para la Unificación de Leyes Estatales de los Estados Unidos cuya denominación en inglés es “The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws” (NCCUSL) es una agencia interestatal sin ánimo de lucro compuesta por representantes nombrados por cada uno de los cincuenta estados, un representante del Distrito de Columbia, así como, por un representante de los estados asociados de Puerto Rico y de las Islas Vírgenes de los Estados Unidos. Esta agencia tiene como finalidad promulgar el principio de unificación de la legislación entre los distintos miembros mediante el estudio y análisis de aquellas áreas del derecho donde se considere necesario.

Uniforme ha sido adoptada por cuarenta y siete de los cincuenta estados* que hacen parte de este país, así como por el Distrito de Columbia y los Estados Asociados de Puerto Rico y de las Islas Vírgenes Americanas.

Esta norma está compuesta de veintiún secciones, las cuales reflejan elementos y principios de la Ley Modelo de Comercio Electrónico elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, entre estos se encuentran el reconocimiento de equivalencia entre el documento electrónico y al documento con soporte en papel, la exigencia de la recuperación del documento electrónico de forma fidedigna y la firma electrónica. No obstante lo anterior, a partir de la lectura de la norma podemos predicar tres diferencias básicas respecto de la ley modelo.

La primera de estas diferencias se encuentra relacionada con la aplicación. Como lo mencionamos anteriormente la aplicación base de la Ley Modelo UNCITRAL es para el comercio electrónico entre particulares, cabe expresar que como lo aclaramos queda a merced de cada país efectuar la ampliación de sus efectos a otras áreas, por su parte la Ley Uniforme de Estados Unidos es aplicable tanto a las transacciones llevadas a cabo por particulares al igual que frente a las entidades gubernamentales.

De otro lado, se encuentra el tema de la firma notarial. La Ley Modelo UNCITRAL no desarrolla de forma precisa el tema, hace mención a la equivalencia funcional de la firma lo cual conlleva a que se revise si la firma electrónica puede cumplir las funciones que se busca para ese preciso documento con la firma notarial, por su parte la Ley Uniforme de Estados Unidos establece que un documento electrónico cumple con el requisito de la firma notarial cuando se acompaña con la firma electrónica de un notario.

Por último, y de mayor importancia para nuestro estudio es el tema de los documentos transferibles. El artículo octavo de la Ley Modelo UNCITRAL no hace una mención expresa de los documentos de titularidad y los títulos negociables, sin embargo los trata de forma tangencial dentro de la Guía que hace parte de la norma. Por el contrario, la Ley Uniforme de Estados Unidos efectúa su inclusión expresa dentro de la norma al desarrollarlo en la sección 16. Antes que nada es importante aclarar que en este país se presenta un sistema tripartito de regulación de lo que en Colombia denominamos como títulos valores. En tal sentido, encontramos aquellos títulos que sirven como instrumentos de pago representados en las letras de cambio, cheques y pagarés y su regulación se encuentra en el artículo tercero del Código Uniforme de Comercio bajo la denominación instrumentos negociables**. De otro lado se encuentran los

* Los Estados que no han adoptado la Ley son Washington, Illinois y Nueva York, sin embargo, cuentan con normas propias similares a la propuesta por la Comisión.

** Su traducción en inglés es “Negotiable Instruments”.

documentos de titularidad* donde hacen parte los certificados de depósito, el conocimiento de embarque, entre otros, regulados en el artículo séptimo del Código Uniforme de Comercio. Por último se encuentran los títulos de inversión**, donde hacen parte las acciones, bonos, entre otros, los cuales se encuentran regulados en el artículo octavo del mismo Código.

Habiendo efectuado esta aclaración procedamos a efectuar una revisión de la Sección 16 de la Ley Uniforme. La sección comienza con la expresión “documentos transferibles”*** y dice que son aquellos documentos electrónicos que: a) constituyan un pagaré bajo el Artículo 3 o documentos de titularidad bajo el artículo 7 del Código Uniforme de Comercio, b) que el creador ha aceptado expresamente que sea un documento electrónicamente transferible, c) que el sistema empleado para la transmisión sea lo suficientemente confiable para determinar que la persona fue quién transfirió el documento, para lo cual el sistema debe garantizar que ese documento sea único, identificable e inalterable y permita establecer cuando fue transferido el documento. Bajo estas características se establece que el receptor de este tipo de documentos electrónicos que demuestre mediante una prueba razonable que está en control del documento transferible el cual tiene la calidad de instrumento negociable o documento de titularidad goza de iguales derechos y defensas que un tenedor de un documento de estas características que se encuentre plasmado en un soporte de papel. Como es de conocimiento, para los títulos con soporte en papel para ser tenedor se requiere entrega, posesión y endoso, por el contrario, para estos documentos transferibles no es necesario que el tenedor cumpla con estos requisitos, sin embargo se deberá probar que este tenedor está en control del documento con ocasión la utilización de un sistema de transmisión que permita evidenciar de forma fiable que la persona que alega el control del documento corresponde a aquella a la cual el documento fue transferido. En tal sentido, el deudor se encuentra en plena facultad para solicitarle al tenedor la información necesaria que permita desprender dicha calidad, para así efectuar una cancelación que descargue el título.

Como se puede observar, la Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas adoptada por Estados Unidos recoge los principios de la Ley Modelo UNCITRAL, pero a su vez, como uno de los países más avanzados en el tema de tecnología y comercio electrónico efectúa la ampliación de la norma a lo que se denomina documentos transferibles.

* Su traducción en inglés es “Documents of Title”.

** Su traducción en inglés es “Securities”.

*** Su traducción en inglés es “transferable records”

2.3.3 La Unión Europea de Naciones – Directrices 2000/31/CE y 1999/93/CE.

La Unión Europea es un organismo que integran veintisiete países⁹² que hacen parte del continente europeo y representan las economías más fuertes de la región. Cabe expresar que este organismo cuenta que un órgano legislador denominado parlamento europeo, el cual se encarga de emitir una serie de directrices que deben ser adoptadas por cada país miembro. En materia relacionada con comercio electrónico el Parlamento Europea ha adoptado las directivas 2000/31/CE denominada “Directiva sobre el Comercio Electrónico” y la 1999/93/CE denominada “firma electrónica”.

En lo que respecta a la Directiva 2000/31/CE se adopta dentro de la concepción de evitar un exceso de reglamentación en lo que respecta a comercio electrónico. Bajo este postulado vemos que en su estructura la norma se compone de veinticuatro artículos distribuidos en cuatro capítulos denominados “Disposiciones Generales”, “Principios”, “Aplicación” y por último, “Disposiciones Finales”. La norma básicamente regula los siguientes asuntos como así lo expresa el artículo 1 numeral 2: (...) servicios de la sociedad de la información relativas al mercado interior, el establecimiento de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales, los contratos por vía electrónica, la responsabilidad de los intermediarios, los códigos de conducta, los acuerdos extrajudiciales para la solución de litigios, los recursos judiciales y la cooperación entre Estados miembros (...).

Por su parte, la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 1999 regula la firma electrónica. En la norma establece que dado los avances tecnológicos y el impacto que ha tenido el internet, y la posibilidad de la existencia de nuevos servicios y productos en donde se llegue a utilizar la firma electrónica, es necesario establecer un marco regulatorio comunitario. Con base en lo anteriormente expuesto, el Parlamento Europeo adopta la directiva mencionada la cual se compone de quince artículos. En ello se define que se entiende por firma electrónica, se efectúa su reconocimiento de sus efectos jurídicos, se establece una regulación a las entidades de certificación, entre otros.

No obstante lo anteriormente expuesto, es inquietante observar la Directriz 2004/563/CE, mediante la cual se reformó el reglamento interno de la Comisión Eurotom⁹³. En esta se observa como en once artículos la Comisión regula internamente el manejo, validez, firma y transferencia de los documentos electrónicos.

⁹² WIKIPEDIA. Unión Europea. [En línea] s.p.i. <Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Unión_Europea> [consulta: Mar. 2010].

⁹³ La Comunidad Europea de la Energía Atómica o (EURATOM) se crea en Roma con la firma del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, el 25 de marzo de 1957, se firma junto con el tratado que daba origen a la Comunidad Económica Europea (CEE). WIKIPEDIA. Comunidad Europea de la energía atómica. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Euratom>> [consulta: Mar. 2010].

En el artículo cuarto se establece lo siguiente: "(...) En los casos en que una disposición comunitaria o nacional aplicable exige el original firmado de un documento, un documento electrónico elaborado o recibido por la Comisión satisface esta exigencia si el documento en cuestión lleva una firma electrónica avanzada basada en un certificado cualificado y creada por un dispositivo garantizado de creación de firma o una firma electrónica con garantías equivalentes con respecto a las funcionalidades asignadas a una firma. (...)

En los casos en que una disposición comunitaria o nacional aplicable exige la elaboración por escrito de un documento, pero no el original firmado, un documento electrónico elaborado o recibido por la Comisión satisface esta exigencia si la persona de la que emana está debidamente identificada y si el documento se elabora en condiciones que garantizan la integridad de su contenido y de los metadatos que lo acompañan y se conserva en las condiciones fijadas en el artículo 7".

Luego de efectuar este breve análisis de las directrices de la Unión Europea podemos expresar que si bien desde el punto de vista de regulación interna de funcionamiento del organismo se reconoce la calidad de documento electrónico incluso bajo los principios establecidos por la Ley Modelo UNCITRAL, vemos que en sus directrices destinadas a los países miembros sus normas se quedan cortas en el tratamiento de esta nueva figura. Cabe señalar que se reconoce la existencia de los contratos electrónicos, sin embargo, nada se menciona respecto de actos o manifestaciones individuales. Teniendo en cuenta que la norma permite a los países miembros complementar dicha regulación, es importante analizar la situación en algunos estados para determinar el grado de regulación del documento electrónico

2.3.4 España – Ley 34 de 2002 y Ley 59 de 2003. En España el 11 de Julio de 2002 se expide la Ley 34 referente a los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Dentro de la exposición de motivos que se lleva a cabo de la norma se hace especial énfasis en que mediante la misma se efectúa la incorporación en el ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio.

En términos generales podemos evidenciar como la Ley 34 de 2002 plasma los preceptos de la directriz conllevando a que no sea desarrollado el documento electrónico o el mensaje de datos de forma directa como lo hace la Ley Modelo de UNCITRAL.

Cabe expresar que en su artículo veintitrés reconoce la existencia y validez del contrato celebrado por vía electrónica salvo en materias referentes al derecho de familia y sucesiones, aquellos en que se requiera una forma documental pública o la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles, o autoridades públicas⁹⁴.

De otro lado, el 17 de Septiembre de 1999 el Gobierno de España expidió el Real Decreto Ley 14, mediante el cual se adopta la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo que regula la firma electrónica. Dentro del decreto básicamente se siguen los parámetros establecidos por la mencionada directiva europea.

No obstante lo anterior, en este país mediante la Ley 59 del 19 de Diciembre de 2003 se efectúa la derogatoria del Real Decreto Ley 14 de 1999. Como se observa en la exposición de motivos de la Ley*, el objetivo del decreto obedecía a la necesidad de una implementación inmediata de la directa expedida sobre la firma electrónica por parte del parlamento europeo, sin embargo, existía un compromiso del gobierno de presentar un proyecto de ley mediante el cual se efectuara una mayor consulta pública y debate del mismo.

⁹⁴ Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica.
1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Los contratos electrónicos se registrarán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.
2. Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.
3. Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.
4. No será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones. Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se registrarán por su legislación específica. BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 34 de 2002 - Artículo 23. Bogotá. El autor, 2002.

* Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica: Exposición de Motivos: (...) El Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, fue aprobado con el objetivo de fomentar la rápida incorporación de las nuevas tecnologías de seguridad de las comunicaciones electrónicas en la actividad de las empresas, los ciudadanos y las Administraciones públicas. Tras su ratificación por el Congreso de los Diputados, se acordó la tramitación del Real Decreto Ley 14/1999 como proyecto de ley, con el fin de someterlo a una más amplia consulta pública y al posterior debate parlamentario para perfeccionar su texto. No obstante, esta iniciativa decayó al expirar el mandato de las Cámaras en marzo de 2000. Esta ley, por tanto, es el resultado del compromiso asumido en la VI Legislatura, actualizando a la vez el marco establecido en el Real Decreto Ley 14/1999 mediante la incorporación de las modificaciones que aconseja la experiencia acumulada desde su entrada en vigor tanto en nuestro país como en el ámbito internacional(...).

En términos generales, podemos considerar que la Ley en mención continúa con los postulados impartidos por la directiva y posteriormente materializados en el decreto.

Empero, teniendo en cuenta que esta ley a su vez buscaba una actualización del contenido de la misma se presentaron algunas adiciones respecto del texto que contenía el Real Decreto 14 de 1999. Dentro de otras, se incorporó el artículo tercero denominado firma electrónica y documentos firmados electrónicamente*.

Si bien se regula someramente, el legislador reconoce la existencia de los documentos electrónicos públicos y privados dándoles fuerza jurídica y validez siempre y cuando los mismos estén firmados electrónicamente.

* Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica: Artículo 3. Firma electrónica, y documentos firmados electrónicamente.

1. La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.

2. La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control.

3. Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

4. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

5. Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente.

6. El documento electrónico será soporte de:

a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.

b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.

c) Documentos privados.

7. Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable.

8. El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que por el prestador de servicios de certificación, que expide los certificados electrónicos, se cumplen todos los requisitos establecidos en la ley en cuanto a la garantía de los servicios que presta en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica, y en especial, las obligaciones de garantizar la confidencialidad del proceso así como la autenticidad, conservación e integridad de la información generada y la identidad de los firmantes. Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

9. No se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica.

10. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas.

2.3.5 Italia - Ley de 15 de marzo 1997, n. 59 - Decreto Presidencial de 10 de noviembre de 1997, n. 513. En Italia el documento electrónico basa su regulación en la Ley Número 59 del 15 de marzo de 1997, en su artículo quince numeral segundo⁹⁵. Dentro de dicha disposición se reconocen los efectos y validez jurídica de los documentos y contratos elaborados por el gobierno y por particulares mediante la utilización de la tecnología informática, para lo cual establece que su aplicación se efectuará de acuerdo con lo establecido en un decreto reglamentario.

Conforme lo anterior, el día 10 de Noviembre de 1997 se expide el Decreto número 513. Aun cuando para la fecha en que se profirió la regulación no se había expedido la Ley Modelo de UNCITRAL, podemos observar como en la misma se reflejaron los principios y normas que se ven materializados en la ley modelo. Dentro de estas se visualiza el artículo cuarto* que establece la equivalencia del documento electrónico con las forma escritas, en el artículo quinto** se reconoce su valor probatorio, en su artículo décimo*** regula la firma electrónica mediante la denominación de firma digital, en su artículo undécimo**** establece la validez de los contratos celebrados por medios informáticos, entre otros aspectos.

2.3.6 Francia - Ley 2000-230 de 13 de marzo 2000 y Decreto 2001-272 de marzo 30 de 2001. De acuerdo con el informe de Naciones Unidas****, Francia es uno de los pocos países del continente europeo que ha adoptado la Ley Modelo

⁹⁵ (...) 2. Los documentos, datos y documentos elaborados por el gobierno y por particulares utilizando la tecnología informática o de los contratos de tecnología de información en la misma forma, así como su almacenamiento y la transmisión por medios electrónicos, son válidos y pertinentes para todos los fines de la ley. Los criterios y el procedimiento de aplicación del presente apartado se fijarán por la administración pública y los particulares, con reglamentos específicos que se publicará dentro de los ciento ochenta días desde la fecha de entrada en vigor de esta ley con arreglo al artículo 17, apartado 2, de Ley de 23 de agosto de 1988, n. 400. Los borradores de los reglamentos se envían a la Cámara de Diputados y el Senado para la adquisición de la opinión de las comisiones pertinentes. BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley de 15 de Marzo de 1997 No. 59 Artículo 15. Bogotá: El autor, 1997.

* Decreto Presidencial de 10 de noviembre de 1997, n. 513. 4 - Forma escrita 1. El equipo documento equipado con los requisitos del presente Reglamento cumple con el requisito legal de forma escrita (...).

** Decreto Presidencial de 10 de noviembre de 1997, n. 513. 5 - Valor probatorio de documento de información: 1. IT documentos firmados con firma digital en el sentido del artículo 10 tiene el valor de documento privado en virtud del artículo 2702 del Código Civil. 2. El equipo documento equipado con los requisitos de este Reglamento es el valor probatorio en virtud del artículo 2712 del Código Civil y cumple las obligaciones previstas en los artículos 2214 y siguientes del Código Civil y cualquier otra norma similar o reglamento.

*** Decreto Presidencial de 10 de noviembre de 1997, n. 513. 10 - Firma Digital (...) 2. La fijación o la asociación de la firma digital al documento proporcionado la información equivalente a la suscripción de los actos y documentos escritos en papel.

**** Decreto Presidencial de 10 de noviembre de 1997, n. 513. 11 - Los contratos celebrados por medios electrónicos o por medios electrónicos 1. Los contratos celebrados por medios electrónicos o informáticos a través de la utilización de firmas digitales en virtud de las disposiciones del presente Reglamento serán válidos y pertinentes para todos los fines de la ley (...).

***** Véase título 2.3.1.

de UNCITRAL. En este país podemos encontrar dos estructuras regulatorias, a saber la Ley 2000-230 del 13 de Marzo de 2000 y el Decreto 2001-272 de marzo 30 de 2001. El primero de estas, es decir la Ley 2000-230 se denomina la ley sobre la adaptación del derecho de la prueba a las tecnologías de la información y la firma electrónica.

La misma se encuentra compuesta de seis artículos que efectúan la modificación de unas disposiciones del Código Civil Francés, dentro de estas se adiciona los artículos 1316-1⁹⁶ y 1316-3⁹⁷ donde se establece la admisión del documento electrónico como medio de prueba, también se adiciona el artículo 1316-4⁹⁸ donde se establece la validez de la firma electrónica, entre otras disposiciones. Por su parte, el Decreto 2001-272 se centra en establecer un marco regulatorio para la firma electrónica, su certificación y efectos.

2.3.7 Argentina. En Argentina encontramos una estructura normativa constituida por la Ley No. 25.506 de 2001, el Decreto No. 2628 de 2002 y el Decreto No. 724 de 2006, las cuales se encargan de regular la firma digital. Frente al documento electrónico podemos expresar que se efectúa una ligera mención en estas normas.

Para tal efecto, el artículo sexto utiliza la expresión documento digital y lo define así: "Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura".

⁹⁶ - Escribir en forma electrónica, es admitido en las pruebas, así como escribir en un papel, siempre que pueda identificarse correctamente a la persona que la haya expedido y se elabora y se almacena en condiciones que garanticen integridad". BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 2000-230 del 13 de Marzo de 2000 Artículo 1 (...) "Art. 1316-1. Bogotá: El autor, 2000.

⁹⁷ Después del artículo 1316-2 del Código Civil, se inserta un Artículo 1316-3 de la siguiente manera: "Arte. 1316-3. - El escrito por vía electrónica tiene la misma fuerza probatoria que escribió el documento". Ibid., Artículo 3.

⁹⁸ Después del artículo 1316-3 del Código Civil, se inserta un Artículo 1316-4 de la siguiente manera: "Arte. 1316-4. - La firma necesaria para la perfección de un acto jurídico identifica a la persona que pone. Se manifiesta el consentimiento de las obligaciones de las partes en virtud de esta ley. Cuando se está unido por un funcionario público, que confiere autenticidad al acto. "Cuando es electrónica, que implica la utilización de un proceso fiable de identificación asegura su vínculo con el acto al que está unido. La fiabilidad de este método se presume mientras no se demuestre lo contrario, cuando la firma electrónica es creada, la identidad del firmante y garantiza la integridad del documento está garantizado en las condiciones fijadas por decreto en Consejo de Estado. Ibid., Artículo 4.

Adicionalmente desarrolla otros aspectos en los artículos octavo⁹⁹, undécimo¹⁰⁰ y décimo segundo¹⁰¹ relacionados con la integridad de la información, la originalidad de la misma y su conservación.

En consecuencia, podemos afirmar que en términos generales la regulación argentina es corta y básica en materia de documento electrónico a diferencia de otros países que son más extensos en el tratamiento legal de esta figura.

2.3.8 Chile – Ley 19.799 de 2002. El día 12 de Abril del año 2002 el Congreso Nacional de Chile promulga la Ley 19.799 denominada Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Dicha norma se encuentra compuesta por veinticinco artículos distribuidos en seis capítulos cuyos títulos son: Disposiciones Generales, Uso de Firmas Electrónicas por Órganos del Estado, De los Prestadores de Servicios de Certificación, De los Certificados de Firma Digital, De la Acreditación e Inspección de los Prestadores de Servicios de Certificación y Derechos y Obligaciones de los Usuarios de Firmas Digitales. De la lectura de la ley se infiere el acogimiento por parte de los legisladores chilenos a los principios y elementos establecidos por la Ley Modelo UNCITRAL. Aspecto que se puede observar en los artículos primero, tercero y quinto, en los cuales se reconoce la validez y eficacia legal y probatoria del documento electrónico frente a la exigencia de un soporte de papel. En el artículo tercero, se reconoce la celebración de contratos mediante el uso de este instrumento salvo cuando se requiere una solemnidad no posible de cumplirse a través del documento electrónico, cuando la ley exija la concurrencia personal de cada una de las partes, y en asuntos relacionados con el derecho de familia. Igualmente, vemos que el legislador equipara la firma digital a la manuscrita y procede luego a regular de forma amplia la firma digital.

Como se puede evidenciar, Chile cuenta con una regulación que toma los principios dictados por la UNCITRAL reconociendo el documento electrónico como un instrumento con connotaciones legales.

⁹⁹ Presunción de integridad. Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma. BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley No. 25.506 de 2001. Artículo 8. Bogotá: El autor, 2001.

¹⁰⁰ Original. Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación. Ibid., Artículo 8.

¹⁰¹ Conservación. La exigencia legal de conservar documentos, registros o datos, también queda satisfecha con la conservación de los correspondientes documentos digitales firmados digitalmente, según los procedimientos que determine la reglamentación, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y permitan determinar fehacientemente el origen, destino, fecha y hora de su generación, envío y/o recepción. Ibid., Artículo 12.

2.3.9 Colombia - Ley 527 de 1999. El estudio de la legislación colombiana relacionada con el documento electrónico se dividirá en tres aspectos, el primero de estos consistirá en un estudio de la Ley 527 de 1999, el segundo relacionada con las Sentencias C – 662 de 2000 y C – 831 de 2001, y el Decreto Reglamentario 1747 de 2000.

2.3.9.1 Ley 527 de 1999. La Ley 527 de 1999 tiene su origen en la Declaración Conjunta sobre Comercio Electrónico suscrita entre Estados Unidos de América y Colombia. En dicha declaración representantes de ambos países se comprometieron a fomentar y desarrollar el Comercio Electrónico estableciendo normas claras que permitieran la validez de la información y comunicación, evitando establecer y crear obstáculos a esta nueva forma de comercio. Para esto se expresó que se tomaría como base para la expedición de las normas la Ley Modelo de UNCITRAL.

La Ley 527 de 1999 fue titulada así: “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”. Desde el punto de vista estructural la norma es una Ley Ordinaria que se encuentra dividida en cuatro partes y contiene cuarenta y siete artículos, para lo cual procederemos analizar los de mayor relevancia. La primera parte se denomina como “Parte General” y la componen cinco artículos.

El artículo primero hace referencia a que su aplicación se da respecto de toda información en forma de mensaje de datos, salvo respecto de las obligaciones contraídas por el estado en virtud de convenios o tratados internacionales o en advertencias escritas que deban tener cierto tipo de productos.

El artículo segundo establece el significado de algunos términos importantes, entre estos mensaje de datos, comercio electrónico, firma digital, sin embargo podemos observar que de forma expresa no se define que se entiende por documento electrónico. Similar a lo que se presenta en la Ley Modelo de UNCITRAL, dentro de la definición que se brinda de mensaje de datos* permite desprender que la misma contiene también el documento electrónico.

El artículo tercero determina que para su interpretación se deberá tener su origen internacional, la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. Es importante mencionar lo novedoso de esta disposición, en razón a que obliga al intérprete a que en su estudio y aplicación

* ARTICULO 2o. DEFINICIONES. Para los efectos de la presente ley se entenderá por: a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

tenga en cuenta aspectos internacionales establecidos en las materias reguladas, pero adicionada con la necesidad de promover la uniformidad legislativa.

Los artículos quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, undécimo, duodécimo y décimo tercero reflejan los principios de la Ley Modelo de UNCITRAL donde se le otorga efectos, validez y fuerza obligacional a la información contenida en un mensaje de datos, ya que estos hacen mención a aspectos como el carácter escrito, la necesidad de un original, la fuerza probatoria y la firma electrónica y su integridad. Para tales efectos se establece que cuando una norma exija que la información conste por escrito, se podrá suplir con un documento electrónico siempre y cuando la información contenida en el instrumento pueda ser consultada posteriormente. En complemento se expresa que cuando se requiera que la información sea presentada y conservada en un documento original, ese requisito puede satisfacerse mediante un documento electrónico que garantice que la información consignada en este permaneció completa, íntegra e inalterada desde su formación hasta su recuperación para así permitir su exhibición, salvo los inherentes al proceso de comunicación, archivo o presentación. Por lo tanto, la conservación del mensaje de datos debe hacerse de forma tal que permita a su vez determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado y recibido o producido el documento. En lo que respecta a la firma se dispone que cuando una norma exija o establezca consecuencias por la ausencia de esta, ese requisito quede satisfecho cuando se utilice la firma electrónica, consistente en la utilización de un método confiable y apropiado que permita identificar al iniciador del mensaje y la aprobación de su contenido. Igualmente, se reitera su admisibilidad como medio de prueba documental que se rige por los artículos 251 al 292 del Código de Procedimiento Civil, para lo cual de acuerdo con las reglas de la sana crítica se debe tener en cuenta su confiabilidad en la generación, archivo y comunicación.

Los artículos décimo cuarto y décimo quinto reconocen efectos jurídicos a las manifestaciones de voluntad que se ejecuten mediante mensajes de datos e incluso como un instrumento para la formación de contratos. Disposiciones que a su vez materializan los conceptos brindados por la Ley Modelo de UNICTRAL.

Los artículos décimo sexto al décimo octavo desarrollan el tema de la firma electrónica. Como se ha expresado, la firma electrónica hace referencia a la utilización de un método que permita determinar el creador o iniciador de un mensaje de datos, así como, la aprobación de la información que contiene el documento. Para tales efectos, se entiende que un mensaje de dato proviene del iniciador cuando este lo envíe, o lo haga una persona en representación de este o mediante un sistema programado por el iniciador o en su nombre para que lo

* Es importante mencionar que por información contenido en el mensaje de datos se debe entender tanto la expresada en el mensaje, así como aquella que se incorpora al mismo mediante la remisión junto con el mensaje de datos. El legislador colombiano en el artículo 44 de la Ley 527 de 1999 así lo estableció.

opere automáticamente. Igualmente se presume que el mensaje ha sido enviado por el iniciador cuando este haya aplicado el procedimiento acordado por las partes para establecer que el iniciador es quién envió el mensaje o cuando el destinatario ha recibido un mensaje de un representante respecto del cual el iniciador le dio acceso al método acordado por las partes. En lo que respecta al contenido del mensaje la norma es estricta al establecer que el destinatario tiene derecho a considerar que existe correspondencia entre lo enviado y lo recibido cuando obrando con la debida diligencia y/o luego de haber aplicado el método acordado le permita atribuir o presumir que fue el iniciador o su representante quién envió el mensaje. Por lo tanto, si el destinatario sabía o hubiera sabido siendo diligente y/o aplicando el método acordado por las partes que existe o existía un error en la transmisión del mensaje, este no podrá o podía efectuar su aplicación.

Los artículos vigésimos al vigésimo segundo hacen referencia a ciertos aspectos del método que puedan llegar a convenir las partes para la configuración de la recepción del mensaje de datos por parte del destinatario. Para tales efectos, se hace mención al acuse de recibo y su regulación, así como, la presunción de la recepción del mensaje cuando el destinatario haya acusado el recibo de un mensaje. Por último los artículos vigésimo tercero al vigésimo quinto se relacionan con el tiempo y lugar de creación del mensaje, al igual que el de su recepción.

En su parte segunda, se regula el comercio electrónico en materia de transporte de mercancías mediante los artículos vigésimo sexto al vigésimo séptimo. Así las cosas, el legislador procedió a efectuar un listado no taxativo de actos relacionados con el contrato de transporte de mercancías que se pueden llevar a cabo mediante un documento electrónico o mensaje de datos.

A continuación en el inciso tercero del artículo vigésimo séptimo el legislador hace la siguiente expresión: "(...) Cuando se conceda algún derecho a una persona determinada y a ninguna otra, o ésta adquiera alguna obligación, y la ley requiera que, para que ese acto surta efecto, el derecho o la obligación hayan de transferirse a esa persona mediante el envío o utilización de un documento emitido en papel, ese requisito quedará satisfecho si el derecho o la obligación se transfiere mediante la utilización de uno o más mensajes de datos, siempre que se emplee un método confiable para garantizar la singularidad de ese mensaje o esos mensajes de datos. Para los fines del inciso tercero, el nivel de confiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se transfirió el derecho o la obligación y de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente (...)". Más adelante cuando estudiemos propiamente el tema del documento electrónico y su aplicabilidad a los títulos valores haremos especial referencia a esta norma. De otro lado, el legislador en estas disposiciones establece que cuando se utilice un mensaje de datos para la celebración de actos mencionados con el contrato de transporte, no es posible que simultáneamente el

uso de documentos en papel, salvo que se ponga fin al uso de mensajes de datos mediante una declaración que se lleve a cabo expresando esta situación.

La tercera parte hace referencia a la firma digital y su certificación. Antes que nada es necesario precisar que la firma digital es una especie de firma electrónica. La firma digital se encuentra definida en el artículo segundo literal c que establece lo siguiente: (...) Firma digital. Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación (...). El artículo vigésimo octavo establece que cuando un mensaje de datos contenga una firma digital se presume que el suscriptor del mensaje tenía la intención de acreditar su contenido y encontrarse vinculado a este, para lo cual deberá cumplirse con cinco requisitos, que el firmante sea la única persona que hace uso de esa firma digital, que pueda verificarse, que se encuentre bajo su control, que esté ligada al mensaje al punto tal de que si este se modifica la firma se torna invalida y por último que dicha firma cumpla con las reglamentaciones comprendidas en la ley. Así las cosas, podemos observar que en si la firma electrónica no goza de una presunción de legalidad, para lo cual, el destinatario tendrá el deber de obrar con diligencia y/o verificar el método utilizado para demostrar que el mensaje cuenta con dicha firma electrónica a diferencia de la especie denominada firma digital, dentro de la cual se goza de una presunción legal de la asociación entre la firma, el contenido y la vinculación del firmante con el mensaje. Cabe expresar que en los artículos vigésimo noveno al cuadragésimo tercero se regula lo referente a las entidades de certificación, contenidos de los certificados, deberes y responsabilidades de los suscriptores de la firma digital y funciones de la superintendencia de industria y comercio respecto de las entidades de certificación. Dentro de estos se establece que las entidades de certificación pueden ser personas jurídicas públicas o privadas de origen nacional o extranjero, y las cámaras de comercio, que en ambos casos obtengan autorización de la superintendencia de industria y comercio.

Conforme lo expuesto durante este análisis del contenido de la Ley 527 de 1999 podemos visualizar la continuidad que efectuó el legislador de nuestro país respecto de la Ley Modelo de UNCITRAL, aclarando que en Colombia se reguló de forma adicional la firma digital.

2.3.9.2 Sentencias C – 662 de 2000 y C – 831 de 2001. Respecto de la Ley 527 de 1999 se han presentado dos procesos de revisión de constitucionalidad de la norma. Para iniciar encontramos la Sentencia C – 662 del 8 de Junio de 2000* que es producto de una Acción Pública de Inconstitucionalidad instaurada por la Señora Olga Lucia Toro Pérez, mediante la cual solicitó a la Corte Constitucional

* Expediente No. D-2693 Magistrado Ponente Dr. FABIO MORÓN DÍAZ.

declarar la inexecutable de la totalidad de la Ley 527 de 1999 y en especial los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44 y 45 de dicha norma. Lo anterior bajo el argumento de que la norma infringió los artículos 131¹⁰², 152¹⁰³ y 153¹⁰⁴ de la Constitución Política, en razón a que permitió que unas entidades certificadoras den fe pública sobre una determinada situación algo que se encuentra reservado de manera exclusiva a la función notarial e igualmente la ley modificó el Código de Procedimiento Civil al conferir a los mensajes de datos la fuerza probatoria aspecto que deben tramitarse mediante una Ley Estatutaria. Para lo cual la Corte Constitucional efectuó su estudio en seis partes. La primera parte determinó su competencia para conocer del asunto.

En la segunda parte se llevó a cabo un análisis del contexto de la ley 527 de 1999, donde se hace referencia al reconocimiento de los progresos e innovaciones tecnológicas en el campo de ordenadores, telecomunicaciones y programas informáticos, y por lo tanto, a la expedita necesidad de actualizar el régimen jurídico nacional e internacional para que esté acorde a esta nueva realidad. Así las cosas, la Corte Constitucional haciendo referencia a la necesidad regulatoria expone: “(...) Como ya quedó expuesto, obedeció a la necesidad de que existiese en la legislación colombiana un régimen jurídico consonante con las nuevas realidades en que se desarrollan las comunicaciones y el comercio, de modo que las herramientas jurídicas y técnicas dieran un fundamento sólido y seguro a las relaciones y transacciones que se llevan a cabo por vía electrónica y telemática, al hacer confiable, seguro y válido el intercambio electrónico de informaciones”. Igualmente, se expresó que la misma ley desde la exposición de motivos hace mención a que se basa en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico, para lo cual se da tratamiento equivalente a los usuarios de

¹⁰² Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia. El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso. Corresponde al Gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 131. Bogotá: Legis, 2007.

¹⁰³ Artículo 152 de la Constitución Política de Colombia. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;
- e) Estados de excepción.

¹⁰⁴ La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la executable del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 153. Bogotá: Legis, 2007.

documentación con soporte de papel y a los usuarios de información con soporte informático. La tercera parte consistió en un estudio de la estructura normativa, donde la Corte Constitucional procede a destacar cuatro temas que son desarrollados por la norma.

El primero de estos corresponde a los mensajes electrónicos de datos en donde se resalta el carácter de piedra angular de las transacciones electrónicas y su vez este órgano judicial reitera lo expuesto en la ley reconociendo que a los mensajes de datos debe dársele la misma eficacia jurídica y tratamiento que los documentos consignados en papel. A su vez, trae a colación algunas características de los mensajes de datos y expresa: “Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encontramos que es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse; es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades públicas y los Tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios; afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse”. Por último hace referencia al criterio de equivalencia funcional que se encuentra previsto en la Ley Modelo de UNCITRAL y resalta la Corte Constitucional que este elemento ha sido adoptado por la Ley, para lo cual dispone: “Se adoptó el criterio flexible de "equivalente funcional", que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel. En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley”.

En la segunda y tercera parte, se hace referencia a la firma digital como mecanismo a través del cual se garantiza que un mensaje de datos procede de una persona determinada, y permite asociar el contenido del mensaje a su firmante, así como, a las entidades de certificación de dichas firmas. Sin embargo, en este punto es importante mencionar que la Corte Constitucional no hace referencia o distinción alguna de la firma electrónica.

En la cuarta parte se trata el tema del alcance probatorio del mensaje de datos, para lo cual tomando como base lo expuesto en los artículos décimo y undécimo de la Ley 527 de 1999, el juez de conocimiento ratifica que los documentos electrónicos gozan de fuerza probatoria. Lo anterior conforme a la siguiente expresión utilizada por la Corte Constitucional: “Al hacer referencia a la definición de documentos del Código de Procedimiento Civil, le otorga al mensaje de datos la calidad de prueba, permitiendo coordinar el sistema telemático con el sistema

manual o documentario, encontrándose en igualdad de condiciones en un litigio o discusión jurídica, teniendo en cuenta para su valoración algunos criterios como: confiabilidad, integridad de la información e identificación del autor. Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la confiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad de la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente (artículo 11)".

Más adelante el órgano judicial en la sentencia lleva a cabo algunas consideraciones complementarias de gran importancia, como veremos a continuación:

Primero hace referencia a la función de certificación de la firma digital como instrumento de confianza jurídica que efectúan las entidades de certificación, para lo cual se expresa lo siguiente: "(...) como quiera que se desprende inequívocamente del componente tecnológico que es característico de los datos electrónicos, es lo cierto que participa de un importante componente de la tradicional función fedante, pues al igual que ella, involucra la protección a la confianza que la comunidad deposita en el empleo de los medios electrónicos de comunicación así como en su valor probatorio, que es lo realmente relevante para el derecho, pues, ciertamente es el marco jurídico el que crea el elemento de confianza (...) Y, a su turno, la confianza es la variable crítica para incentivar el desarrollo progresivo de las vías electrónicas de comunicación conocidas como correo electrónico y comercio electrónico, pues es el elemento que permite acreditarlos como un medio seguro, confiable y, de consiguiente, apto para facilitar las relaciones entre los coasociados.

En efecto, ya quedó expuesto, el servicio de certificación a cargo de las entidades certificadoras propende por proporcionar seguridad jurídica a las transacciones comerciales por vía informática, actuando la entidad de certificación como tercero de absoluta confianza, para lo cual la ley le atribuye importantes prerrogativas de certificación técnica, entendiéndose por tal, la que versa, no sobre el contenido mismo del mensaje de datos, sino sobre las características técnicas en las que este fue emitido y sobre la comprobación de la identidad, tanto de la persona que lo ha generado, como la de quien lo ha recibido".

En segundo lugar, trae a colación la igualdad de fuerza jurídica entre el documento electrónico y el documento con soporte en papel, no obstante hace la siguiente afirmación: "A diferencia de los documentos en papel, los mensajes de datos deben ser certificados técnicamente para que satisfagan los equivalentes funcionales de un documento tradicional o en papel y, es allí en donde las entidades de certificación juegan un papel importante.

Las entidades de certificación certifican técnicamente que un mensaje de datos cumple con los elementos esenciales para considerarlo como tal, a saber la confidencialidad, la autenticidad, la integridad y la no repudiación de la información, lo que, en últimas permite inequívocamente tenerlo como auténtico.

La confidencialidad connota aquellos requisitos técnicos mínimos necesarios para garantizar la privacidad de la información. La autenticidad es la certificación técnica que identifica a la persona iniciadora o receptora de un mensaje de datos.

La integridad es el cumplimiento de los procedimientos técnicos necesarios que garanticen que la información enviada por el iniciador de un mensaje es la misma del que lo recibió. Y, la no repudiación es el procedimiento técnico que garantiza que el iniciador de un mensaje no puede desconocer el envío de determinada información”.

El órgano judicial luego de efectuar análisis de los seis aspectos a los que anteriormente ya se hizo mención al igual que de las consideraciones complementarias, entra a revisar la constitucionalidad de las Ley 527 de 1999, para lo cual establece que conforme los artículos 2º., 210 y 365 de la Carta Política, el legislador está constitucionalmente habilitado para conferir transitoriamente el ejercicio de funciones públicas a los particulares por lo tanto, perfectamente podía conferir esta función a las entidades certificadoras sin constituir una infracción del artículo 31 de la Constitución Nacional.

Por su parte en lo que respecta a modificación a las normas del Código de Procedimiento Civil, la Corte reitera que cuando una ley pretenda afectar la estructura de la administración de justicia, o de sentar principios sustanciales o generales sobre la materia, debe adelantarse mediante una Ley Estatutaria, situación que no se presenta en el caso en concreto y por lo tanto no genera una infracción de los artículo 152 y 153 de la Constitución Política. Finalmente concluye la constitucionalidad total y sin condiciones de la Ley 527 de 1999.

De otro lado, se presenta la Sentencia C – 831 del 8 de Agosto de 2001* la cual es producto de una Acción Pública de Inconstitucionalidad instaurada por el Señor Daniel Peña Valenzuela, mediante la cual solicitó a la Corte Constitucional declarar la inexecutable del artículo 6** de Ley 527 de 1999.

* Expediente No. D-3371 Magistrado Ponente Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

** Ley 527 de 1999 ARTICULO 6o. ESCRITO. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

Lo anterior bajo el argumento de que la norma infringe los artículos 28¹⁰⁵ y 152¹⁰⁶ de la Constitución Política, en razón a que permite que a una persona se le pueda molestar, reducir a prisión, arrestar, detener y registrar su domicilio con un documento electrónico no cumpliendo con la exigencia de que debe ser por escrito, aspecto que a su vez debía tramitarse mediante una Ley Estatutaria. Para lo cual la Corte Constitucional efectuó los siguientes análisis.

Primero, se establece que el ámbito de aplicación de la ley no se ciñe al comercio electrónico debido a que el propio artículo primero hace referencia a los mensajes de datos en forma general y en ningún momento lo circunscribe a una actividad netamente mercantil.

En segundo lugar procedió a traer a colación el artículo 95 de la Ley 270 de 1996 que corresponden a la “Ley Estatutaria de Administración de Justicia” que establece la posibilidad de que los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales puedan utilizar medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones y que los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

En tercer lugar se reitera la incorporación por parte de la Ley 527 de 1999 referente al criterio de equivalencia funcional el cual conforme la Corte Constitucional debe interpretarse de acuerdo con los lineamientos establecidos en la Guía de la Ley Modelo de UNCITRAL. Así las cosas, aplicando este criterio este órgano expresa en la sentencia: “(...) los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos pertinentes en cuanto a su autenticidad, integridad y rastreabilidad y que son estos aspectos los que deben tomarse en cuenta para el análisis de las disposiciones respectivas”.

¹⁰⁵ Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 28. Bogotá: Legis, 2007.

¹⁰⁶ Artículo 152 de la Constitución Política de Colombia. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;
- e) Estados de excepción.

Luego de efectuar las precisiones mencionadas, el juez de conocimiento procede a llevar a cabo el estudio de la infracción constitucional. Para esto establece que es perfectamente viable expresar que el artículo 6 de la ley 527 de 1999 de forma indirecta incide en uno de los requisitos establecidos en el artículo 28 de la Constitución Nacional, sin embargo considera la Corte que la exigencia de un documento escrito para privar la libertad de una persona y demás supuestos que expresa la disposición constitucional es un requisito de otros que se deben suplir, como es la orden de una autoridad competente conforme los motivos establecidos en la ley y según las formalidades previstas en estas.

No obstante el requisito del escrito al que hace referencia el artículo 28 de la Constitución según la Corte no se limita al escrito sobre papel, para lo cual puede darse mediante un mensaje de datos siempre y cuando pueda garantizarse la confiabilidad, integridad, la identificación de la función jurisdiccional y demás requisitos establecidos en las normas penales.

Y por último, hace referencia a que no existe una infracción del artículo 152 de la Constitución Nacional bajo los mismos argumentos planteados en la Sentencia C – 622 de 2000. En consecuencia procede a declarar exequible el artículo sexto de la ley 527 de 1999.

2.3.9.3 Decreto Reglamentario 1747 de 2000. El 11 de Septiembre de 2000 se expide el Decreto Reglamentario 1747 mediante el cual se reglamentó de forma parcial la ley 527 de 1999 en razón a que sólo se hizo referencia a las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales.

Dentro de otros aspectos, se hace referencia a la existencia de dos tipos de entidades de certificación, las cerradas* y las abiertas** determina los requisitos que deben cumplir cada una de estas en materia de acreditación, prácticas, patrimonio, garantías e infraestructura, a su vez, determina sus deberes y responsabilidades.

* Artículo 1°. Definiciones. Para efectos del presente decreto se entenderá por: (...) 8. Entidad de certificación cerrada: entidad que ofrece servicios propios de las entidades de certificación sólo para el intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor, sin exigir remuneración por ello.

** Artículo 1°. Definiciones. Para efectos del presente decreto se entenderá por: (...) 9. Entidad de certificación abierta: la que ofrece servicios propios de las entidades de certificación, tales que: a) Su uso no se limita al intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor, o b) Recibe remuneración por éstos.

Cabe expresar que frente a los mensajes de datos se encuentra el artículo quince¹⁰⁷ que establece que cuando un suscriptor firme digitalmente un mensaje de datos con su clave privada y lo acompañe con su certificado digital dicho mensaje adquiere el atributo jurídico consagrado en el artículo veintiocho¹⁰⁸ de la Ley 527 de 1999.

2.4 CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Luego de llevar a cabo un análisis del documento electrónico podemos efectuar las siguientes consideraciones: encuentran escritos en un lenguaje no comprensible por el ser humano y requiere para su lectura un sistema computacional. Sin embargo, esta situación en nada afecta su calidad de documento, aspecto en que es reiterativa la Ley Modelo de UNCITRAL, así como, nuestra Corte Constitucional al efectuar el estudio respectivo de la Ley 527 de 1999. Para tal efecto podemos mencionar algunas expresiones contenidas en la Guía de la Ley Modelo de UNCITRAL, a saber: “6. Los objetivos de la Ley Modelo, entre los que figuran el de permitir o facilitar el empleo del comercio electrónico y el de conceder igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre un soporte informático que a los usuarios de la documentación consignada sobre papel(...)”¹⁰⁹, “Cabe señalar que, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel(...)”¹¹⁰. De otro lado, la Corte Constitucional en

¹⁰⁷ Uso del certificado digital. Cuando quiera que un suscriptor firme digitalmente un mensaje de datos con su clave privada, y la respalde mediante un certificado digital, se darán por satisfechos los atributos exigidos para una firma digital en el parágrafo del artículo 28 de la Ley 527 de 1999, sí:

1. El certificado fue emitido por una entidad de certificación abierta autorizada para ello por la Superintendencia de Industria y Comercio.
2. Dicha firma se puede verificar con la clave pública que se encuentra en el certificado con relación a firmas digitales, emitido por la entidad de certificación.
3. La firma fue emitida dentro del tiempo de validez del certificado, sin que éste haya sido revocado.
4. El mensaje de datos firmado se encuentra dentro de los usos aceptados en la DPC, de acuerdo al tipo de certificado.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1747 de 2000 - Artículo 15. Bogotá: El autor, 2000.

¹⁰⁸ Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo.

PARAGRAFO. El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquella incorpora los siguientes atributos:

1. Es única a la persona que la usa.
2. Es susceptible de ser verificada.
3. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.
4. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.
5. Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional.

BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 527 de 1999 Artículo 28. Atributos jurídicos de una firma digital. Bogotá: El autor, 1999.

¹⁰⁹ UNCITRAL. Texto Guía Ley Modelo de Uncitral. Bogotá: El autor, s.f. p. 17.

¹¹⁰ Ibid., p. 21.

su Sentencia C – 662 del 8 de Junio de 2000 utiliza las siguientes expresiones: “(...) El mensaje de datos como tal debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe dársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento. (...) Así mismo, cuando el contenido de un mensaje de datos sea completo y esté alterado, pero exista algún anexo inserto, éste no afectará su condición de "original".

Esas condiciones se considerarían escritos complementarios o serían asimiladas al sobre utilizado para enviar ese documento "original". (...) En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley”.

Su composición se deriva de tres etapas, a saber, creación, almacenamiento y recuperación. Ahora bien, desde el punto de vista de la creación podemos considerar dos tipos de documentos electrónicos, es decir, el documento puramente electrónico representado en aquel mediante el cual la computadora a través de medios informáticos efectúa de forma simultánea con la creación del documento la traducción de la información contenida en lenguaje humano al lenguaje binario. De otro lado se encuentra el documento electrónico derivado representado en aquellos documentos que se encuentran en un formato no electrónico pero que haciendo uso de un medio informático su lleva a cabo digitalización traduciendo la información contenida en lenguaje humano al lenguaje binario. Si bien existen diferencias notarias entre el documento con soporte en papel y el documento electrónico ambos tiene la misma capacidad para efectuar la representación de las declaraciones o manifestaciones de su creadores.

Debido al constante incremento en la utilización del documento electrónico como instrumento para llevar a cabo distintos actos privados y públicos una gran cantidad de países ha adaptado su ordenamiento jurídico para brindar cierta seguridad a esta nueva figura. Colombia no es una excepción, nuestro país cuenta con una normativa avanzada en la materia y que brinda una protección legal a los documentos, actos, contratos y demás transacciones que se llevan a cabo utilizando el documento electrónico.

La generalidad de las legislaciones adopta el criterio de equivalencia funcional para concluir que si bien existen diferencias entre el documento electrónico y el documento con soporte en papel, cuando el primero pueda cumplir las mismas funciones que el segundo, gozará de plena fuerza y legitimidad jurídica.

Cabe expresar que aun cuando algunas legislaciones puedan tener mayores exigencias para que un documento electrónico posea fuerza jurídica son homogéneas en establecer que mínimamente se deberá cumplir con los siguientes: a) ser accesible para su posterior revisión, consulta y/o reproducción en iguales condiciones y contenidos al documento inicialmente generado, b) la aplicación de un método de verificación que permita identificar quién es el creador del documento y la aprobación de este sobre el contenido insertado en el mismo, considerando que ambos requisitos deban estar basados en mecanismos que permitan la fidelidad, rastreabilidad e inalterabilidad del documento. Conforme lo expuesto, cuando el documento electrónico cumpla estos requisitos garantiza su seguridad jurídica y probatoria.

En conclusión, complementando lo expuesto anteriormente cabe afirmar que el documento electrónico hoy en día es utilizado en todo tipo de actividades ya sea de tipo mercantil, civil e incluso públicas, lo cual ha llevado a que le sea otorgado un cierto reconocimiento jurídico por parte de una gran cantidad de países entre estos Colombia.

3. EL TITULO VALOR ELECTRÓNICO

Teniendo en cuenta que se ha determinado la importancia del documento en la teoría general de los títulos valores, al igual que un estudio del documento electrónico y su regulación a nivel nacional y de derecho comparado, ahora estableceremos si es posible predicar la existencia de títulos valores representados en documentos electrónicos conforme lo dispuesto en el ordenamiento jurídico colombiano. Para esto tomaremos como base el capítulo primero de esta obra donde se efectuó el estudio de los aspectos generales de los títulos valores y la importancia del documento en este bien, comenzaremos confrontando la figura del documento electrónico debidamente estudiada en el capítulo segundo con el artículo 619 del Código de Comercio y luego frente a su naturaleza jurídica, la función del documento, principios rectores, después frente a cada una de las especies principales de títulos valores, frente a los procedimientos relacionados en este mismo acápite y finalmente para concluir si este instrumento tiene cabida en esta importante institución.

3.1 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO RESPECTO DEL ARTÍCULO 619 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Nuestro legislador dentro de la definición de título valor contenida en el artículo 619 del Código de Comercio simplemente utilizó la expresión “documentos”. Es decir, como se desprende de dicha disposición en ningún momento se calificó el tipo de documento en que debían estar incorporado el derecho para así constituir un título valor. Cabe expresar que como lo mencionamos en el capítulo anterior los documento electrónicos constituyen una especie del genero documento, motivo por el cual podríamos afirmar que si cabría la utilización de este medio representativo, sin embargo encontramos posiciones como la de la doctrinante Clara Inés Otálora donde se expresa lo siguiente: “(...) La definición que trae la Ley 527 de 1999 en su artículo 2 a) MENSAJE DE DATOS; en ningún momento se le puede dar la categoría de documento, puesto que el documento al que hace referencia el artículo 251 del C.P.C. es muy claro y una cosa es el mensaje de datos y otra muy distinta es un documento(...)”¹¹¹. Posición que rechazamos, pues si bien es cierto que el legislador en su definición de mensaje de datos contenida en la Ley 527 de 1999 no utilizó la expresión documento electrónico, nuestra Corte Constitucional fue más que clara al reiterar la posición generalizada a nivel nacional e internacional interpretando que el documento electrónico constituye un documento, e incluso un documento distinto a aquel soportado en un papel.

¹¹¹ OTÁLORA, Clara Inés. Inexistencia del Título Valor Electrónico. Bogotá: Profesional, 2007. p. 114.

Ante este aspecto que evidenciamos debemos exaltar la buena gestión del creador de la norma cambiaria debido a que al no haber restringido esta institución podemos en principio afirmar que el documento electrónico al constituir una de las especies del documento podría ser una de las formas como se pueda incorporar el derecho, para luego constituir este bien mercantil. No obstante lo anterior, es necesario resaltar la necesidad de continuar con el análisis frente a los demás aspectos para así establecer una conclusión final de la materia objeto de estudio.

3.2 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO RESPECTO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TÍTULOS VALORES

Dentro del estudio de la naturaleza jurídica de los títulos valores se estableció que el derecho y el documento constituían elementos indispensables para su existencia. Por motivos plenamente lógicos en este punto nos restringiremos al análisis de la incidencia del documento electrónico dentro del elemento documental que hace parte de los títulos valores. En el numeral 1.3.2. relacionado con el estudio del documento afirmamos lo siguiente: “En consecuencia, aplicando lo expuesto en materia de títulos valores, en principio podemos expresar que “el documento” entendiendo por este un escrito, constituye una cosa corporal de carácter mueble que puede ser público o privado, revestido con la calidad mercantil, pues cumple tanto los requisitos de ser perceptible por los sentidos táctil y sensitivo, corporeidad, al igual que el mismo puede tener origen en el actuar de un funcionario público o un ente privado”.

De otro lado, en el numeral 2.2. efectuamos una distinción entre el documento común y el documento electrónico que nos permitió concluir lo siguiente: “En tal sentido podemos concluir que existen diferencias notorias desde el punto de vista del lenguaje utilizado, desde el punto de vista de la materialidad y en la representación entre el documento común y el documento electrónico, sin embargo, no podemos desconocer que el documento electrónico tiene la misma capacidad del documento común para efectuar la representación de las declaraciones o manifestaciones de su creador”. Afirmación que como posteriormente se determinó, cuenta con el debido soporte legal en nuestro país en razón a lo previsto en la Ley 527 de 1999.

En consecuencia, si bien en este punto de nuestro estudio no contamos con los argumentos suficientes que nos permitan afirmar que pueden existir o no títulos valores electrónicos de todas formas podemos expresar que dentro de la naturaleza jurídica de los títulos valores implica la existencia de un documento al cual como se observó anteriormente le otorgamos la calidad de ser corporal, no obstante con fundamento en lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 evidenciamos como también pueden existir documentos incorporales que aun cuando no son perceptibles por el sentido del tacto, al cumplir con ciertos requisitos pueden gozar de la categoría de documento, con sus respectivos beneficios de tipo legal. Ahora

bien, es importante resaltar que no encontramos inicialmente razones que nos permitan establecer que la situación del documento incorporal conlleve a la pérdida de la calidad de bien mercantil que ostentan los títulos valores. Sin embargo, esto será objeto de mayor análisis cuando se estudie la incidencia de la figura del documento electrónico dentro del principio rector de la incorporación, dado que como se expresó anteriormente desde el punto de vista jurídico el momento en que el derecho se agrega al documento para constituir un título valor contiene una alta importancia pues es el momento donde el derecho deja de ser un acto jurídico para convertirse en bien mercantil.

3.3 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO RESPECTO DE LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LOS TÍTULOS VALORES

Es notoria la importancia que han adquirido los documentos electrónicos en las actividades comerciales como en muchas otras tantas. El derecho comercial desde sus cimientos ha estado fundado en el concepto de la celeridad, en brindar herramientas legales que le permitan a los comerciantes llevar a cabo sus actos mercantiles de forma ágil, veloz y segura, y una de estas son los títulos valores.

Desde sus orígenes los títulos valore han cumplido esos tres aspectos que enmarcan el derecho comercial, pero hoy en día nos encontramos en un mundo donde la tecnología computacional y las formas de telecomunicaciones crecen e impactan en todas sus formas nuestra vida cotidiana. Por lo tanto, vemos como en su esencia el documento electrónico está marcado por la velocidad, agilidad y efectividad.

Es por eso que los títulos valores no pueden ser ajenos a esta realidad, pues el documento electrónico da cumplimiento y no contraría las bases propias de la función económica derecho mercantil y en especial el de la institución de los títulos valores.

3.4 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO FRENTE A LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LOS TÍTULOS VALORES

En el capítulo primero determinamos los distintos principios que rigen a los títulos valores para lo cual analizamos la incorporación, la literalidad, la legitimación y la autonomía, al igual que su incidencia en la regulación cambiaria. Ahora bien, revisaremos con el documento electrónico puede incidir en cada uno de estas notas esenciales.

3.4.1 Incorporación. Para llevar a cabo este análisis debemos iniciar trayendo a colación que de acuerdo con lo establecido en los artículos 15¹¹² y 14¹¹³ de la Ley 527 de 1999 un documento electrónico puede contener una manifestación de voluntad tendiente a producir efectos jurídicos, e incluso podemos resaltar que a través de medios electrónicos se puede llevar a cabo la formación de un acuerdo contractual. Por lo tanto, conforme lo dispuesto en estas disposiciones es claro que un documento electrónico puede constituir un medio para celebrar actos jurídicos.

Por su parte, como ya lo dijimos conforme al principio de incorporación el derecho se agrega al documento para constituir un título valor generando una conexión, íntima, permanente e indisoluble entre el derecho y el documento, relación donde prima el documento frente al derecho incorporado. A su vez, esta incorporación única y exclusivamente se da en el documento original. Situación que incide en distintas disposiciones de nuestra regulación cambiaria, entre estas los artículos 619, 624, 628, 629, 802, 803 del C. de Co.

Ahora bien, al unir estos aspectos, es decir lo expuesto en los artículos 15 y 14 de la Ley 527 de 1999, así como, el artículo 619 del Código de Comercio donde simplemente se hace uso de la expresión “documento”, podemos evidenciar que el derecho puede plasmarse en un medio electrónico que generará un documento electrónico que tendrá reconocimiento jurídico si cumple con su requisitos propios de este medio, a saber, ser accesible para su posterior revisión, consulta y/o reproducción en iguales condiciones y contenidos al documento inicialmente generado, que sea susceptible de la aplicación de un método de verificación que permita identificar quién es el creador del documento y la aprobación de este sobre al contenido insertado en el mismo, al igual que fidelidad, rastreabilidad e inalterabilidad del documento.

Así las cosas, si bien es posible que se incorpore el derecho al documento electrónico en este punto debemos estudiarlo desde la perspectiva de los efectos jurídicos que representa el principio de incorporación.

Lo primero que debemos expresar es que al poseer un carácter electrónico es posible la reproducción del documento electrónico a un documento con soporte en papel en igual condiciones al que se encuentra almacenado y tantas veces como sea necesario, situación que entraría a contradecir el postulado de incorporación

¹¹² Reconocimiento de los mensajes de datos por las partes. En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos. BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 527 de 1999 - artículo 15. Bogotá: El autor, 1999.

¹¹³ Formación y validez de los contratos. En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos. Ibid., Artículo 14.

que pregona que el reconocimiento cambiario se da única y exclusivamente en el documento original. Es pertinente aclarar que si bien es posible la reproducción de un título valor soportado en papel, existen medios tecnológicos que permiten determinar su carácter de copia. Este hecho que se podría presentar en los títulos valores electrónicos genera inseguridad como incertidumbre jurídica frente a quién es el tenedor del título original, implicando que el deudor desconozca si al momento de cumplir su obligación está descargando efectivamente el título, al igual que para su tenedor quién no tendrá certeza de si el documento que posee es o no un título valor.

En segundo lugar, el artículo 624 del C. de Co. determina que para el ejercicio del derecho consignado se requiere la exhibición del título valor y si este es pagado, debe ser entregado a su pagador. Es de ver, que al poderse reproducir el documento electrónico a un documento con soporte de papel, el instrumento negociable creado por este medio permitiría cumplir con el deber del tenedor de exhibirlo y entregarlo. Sin embargo como hicimos alusión en el párrafo anterior, el problema jurídico se centraría en que el deudor requiere de un medio que le dé certeza de que ese título valor es una única reproducción del original y no se presentará ningún otro tenedor argumentando poseer el título valor.

En tercer lugar, respecto del artículo 628 del C. de Co. que establece que al circular un título valor se transfiere tanto el derecho principal como los accesorios, haremos alusión a este tema en el desarrollo del principio de legitimación. Frente al artículo 629 del C. de Co. referente a que todo gravamen o afectación sobre el derecho incorporado debe comprender el título lo revisaremos cuando se analice el principio de literalidad.

En cuarto lugar, frente a la necesidad de adelantar un proceso de reposición, cancelación o reivindicación del título valor cuando este es extraviado, hurtado, robado o destruido, podemos pregonar que este proceso en principio no sería necesario al estar el título valor en un documento electrónico ya que este sería posible reproducirlo en iguales condiciones al estar consignado en este formato. Téngase en cuenta que al no estar así previsto en la ley, si bien sería posible desde el punto de vista material, jurídicamente no, salvo si se efectúa una modificación normativa que así lo permitiese. Si revisamos el inciso segundo del artículo 804 del C. de Co. vemos como para el certificado de depósito o bono de prenda se permite la entrega de un duplicado, previa comprobación del hecho por parte de la hoy Superintendencia Financiera, al igual que la entrega de una caución. Así las cosas, podemos observar cierta dificultad en la aplicación del principio de incorporación para la figura de los títulos valores electrónicos, sin embargo, luego de un estudio íntegro de la figura podremos expresar nuestras consideraciones finales.

3.4.2 Literalidad. En el capítulo primero establecimos que mediante el principio de literalidad se limitaba el alcance de los derechos y obligaciones a lo contenido en los títulos valores brindando una absoluta certeza frente a lo incorporado en el mismo, y sólo puede ser desvirtuado haciendo uso de las distintas excepciones contempladas en el artículo 784 del C. de Co. e incluso el legislador previó que un título valor podría ser alterado y lo reguló en el artículo 631 del C. de Co. También es necesario recordar nuevamente que un documento electrónico tiene plena validez y fuerza jurídica cuando cumple dentro de otros requisitos con los de ser accesible para su posterior revisión, consulta y/o reproducción en iguales condiciones y contenidos al documento inicialmente generado, al igual que fidelidad, rastreabilidad e inalterabilidad. Incluso como también lo dijimos los documentos electrónicos pueden contener declaraciones de voluntad conforme lo previsto en los artículo 15 y 14 de la Ley 527 de 1999. Así las cosas, es viable predicar que un documento electrónico perfectamente puede contener el alcance de los derechos y obligaciones propias de un título valor, ya que este tiene la capacidad de representar lo que establezca su creador, empero, es adecuado revisarlo desde la perspectiva de las distintas emanaciones de este principio. En primero lugar, el artículo 626 del C.de Co. establece que el suscriptor de un título valor quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, aspecto que en nada contraría la figura del documento electrónico, en razón a que como se expuso este tipo de documentos pueden perfectamente representar lo declarado por el creador.

En segundo lugar, el artículo 628 del C. de Co. establece que al circular un título se transfiere tanto el derecho principal como todos los accesorios incorporados en el mismo. Al ser el documento electrónico un documento con capacidad de representar la voluntad del creador, en nada obsta para que no se pueda incorporar adicional a la obligación principal otras cláusulas accesorias como la del pago de intereses remuneratorios, cláusula aceleratoria, entre otras,

En tercer lugar, el artículo 630 del C. de Co. establece que toda afectación o gravamen que recaiga sobre el derecho incorporado no genera ningún efecto salvo que se materialice en el título valor. Si bien en los instrumentos soportados en papel estos comportamientos o hechos generalmente se materializan con la aprehensión del documento mismo, vemos que para efectos de llevarse a cabo en un título valor electrónico sería necesario efectuar su reproducción a un medio con soporte de papel, debido a que no sería posible efectuar estas acciones en su forma electrónica.

En cuarto lugar, conocemos que el artículo 621 del C. de Co. consagra los dos requisitos generales de este bien mercantil. En lo que respecta a la mención del derecho perfectamente el documento electrónico puede incorporar un derecho de crédito, de participación o representativo de mercancías, ya que el medio utilizado para esto es la declaración en el documento mismo aspecto que bien puede darse en el documento electrónico. El segundo requisito guarda relación con la firma del

creador, que de conformidad con lo expuesto en el artículo 826 del C. de Co. se entiende por firma la expresión del nombre del suscriptor o de alguno de los elementos que la integren o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal. El artículo 7 de la Ley 527 de 1999 amplía la definición consagrada en el artículo 826 del C. de Co., al concederle la categoría de firma a un documento electrónico cuando mediante la utilización de un método confiable y apropiado pueda identificarse el creador del mismo, lo cual es denominado por la doctrina como firma electrónica. Incluso, esta misma ley en su artículo 28¹¹⁴ consagra la firma digital que constituye una modalidad más especializada de la firma electrónica y en el párrafo único de esta disposición de forma expresa el legislador le otorga la misma calidad de una firma manuscrita. En consecuencia por medio de la firma electrónica puede en un documento electrónico expresarse la firma del creador cumpliendo así con la exigencia normativa. En quinto lugar, si bien el legislador cambiario con el fin de resguardar la eficacia de un título valor estableció unos efectos jurídicos en caso de presentarse la alteración del mismo¹¹⁵ es pertinente expresar que un título valor electrónico al estar soportado en un documento electrónico debe ser inmodificable. Así las cosas, podemos afirmar que en este aspecto el documento electrónico podría llegar a tener una regulación más estricta a aquel en soporte de papel, pues al modificarse el archivo inmediatamente perdería su calidad de documento electrónico y consiguientemente la de título valor.

3.4.3 Legitimación. Como ya se precisó en la primera parte de esta obra, la legitimación hace relación a la persona que tiene la capacidad jurídica para ejercer el derecho incorporado en el instrumento negociable, siendo este el que ha adquirido el título conforme a la ley de circulación. Ahora bien, como se expresó dentro del análisis del documento electrónico respecto al principio de literalidad esta herramienta al constituir un documento se encuentra en capacidad de la reflejar declaración de voluntad y por lo tanto, puede expresarse en este si el título circulará a la orden, al portador o como nominativo, empero, en esta parte revisaremos si desde el punto de vista material es posible dar cumplimiento a estas modalidades de circulación a través de la utilización del documento electrónico. Para esto, es menester evocar que un documento electrónico al encontrarse en forma digital carece de materialidad lo que implica que físicamente

¹¹⁴ Atributos Jurídicos de una firma digital. Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo. PARAGRAFO. El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquella incorpora los siguientes atributos:

1. Es única a la persona que la usa.
2. Es susceptible de ser verificada.
3. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.
4. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.
5. Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional. Ibid., Artículo 28.

¹¹⁵ CODIGO DE COMERCIO. Artículo 631. Bogotá: Legis, 2008.

no puede ser perceptible por el sentido del tacto, a diferencia del medio dentro del cual se encuentra almacenado que sí reviste de una corporeidad. Habiendo efectuado esta precisión analicemos que sucede en cada una de las formas de circulación.

Aquellos instrumentos que contienen la cláusula “a la orden” requieren para su circulación cambiaría el endoso* y la entrega del título valor. El endoso es un acto que puede llevarse a cabo en el título mismo o en un documento adherido a este, para tal efecto, al ser un documento electrónico inmodificable en principio vemos que no sería posible efectuar dicha declaración en el título mismo, para lo cual debe llevarse a cabo en otro documento. Sin embargo, esta situación nos lleva a la problemática de cómo puede entonces ese documento donde consta el endoso acompañarse al título. Si bien para su respuesta sería necesario un estudio técnico de los sistemas de computación, en principio, uno pensaría que podría darse que el documento permita que otros se le agreguen sin que conlleve una modificación del original a través de vínculos que se le puedan insertar o incluso insertando el documento donde consta el título en otro documento donde se efectúa el endoso. Empero, aquí estaríamos permitiendo que sea el documento digital del endoso el que incorpora el título, y no el título valor el que incorpora en el endoso como debe ser. En cierta parte el artículo 44 de la Ley 579 de 1999¹¹⁶ permite que existan documentos que si bien no están contenidos en el archivo, por remisión, se entiendan incorporados al mismo. Situación, que nos permite tener cierto sustento jurídico a las opciones de las cuales hicimos mención anteriormente. De otro lado, surge también un cuestionamiento jurídico frente a si es posible o no efectuar la entrega del título valor en soporte electrónico. El artículo 754 del Código Civil Colombiano¹¹⁷ establece los medios a través de los

* En su estudio preliminar definimos el endoso como una manifestación unilateral de carácter incondicional y accesoria que efectúa una parte denominada endosante quién es tenedor de un título valor a la orden o nominativo a través de la cual transfiere mediante la entrega el derecho incorporado a un nuevo tenedor denominado endosatario que recibe un derecho literal y autónomo. Es decir, el endoso contiene dos aspectos, por un lado la declaración y de otro lado, la entrega.

¹¹⁶ Incorporación por Remisión. Salvo acuerdo en contrario entre las partes, cuando en un mensaje de datos se haga remisión total o parcial a directrices, normas, estándares, acuerdos, cláusulas, condiciones o términos fácilmente accesibles con la intención de incorporarlos como parte del contenido o hacerlos vinculantes jurídicamente, se presume que esos términos están incorporados por remisión a ese mensaje de datos. Entre las partes y conforme a la ley, esos términos serán jurídicamente válidos como si hubieran sido incorporados en su totalidad en el mensaje de datos. CODIGO DE COMERCIO. Artículo 44. Bogotá: Legis, 2008.

¹¹⁷ La tradición de una cosa corporal mueble deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio, y figurando esta transferencia por uno de los medios siguientes:

- 1o.) Permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente.
- 2o.) Mostrándosela.
- 3o.) Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa.
- 4o.) Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido.
- 5o.) Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario o a cualquier otro título no traslativo de dominio; y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc. CODIGO CIVIL COLOMBIANO Artículo 754. Bogotá: Legis, 2008.

cuales se efectúa la tradición de las cosas muebles las cuales se materializan en la entrega real o simbólica de la cosa. Los títulos valores bajo la óptica general implican la entrega real de la cosa representada en permitir al nuevo tenedor la aprehensión material de una cosa presente. Situación que no da lugar en los documentos electrónicos, ya que estos al no estar materializados no es posible efectuar su aprehensión como tal. Empero, resaltamos que dado los avances tecnológicos se podría pensar en la utilización del mensaje de datos u otro mecanismo similar que permita efectuar la entrega del título valor a través del sistema computacional, medios que igualmente constituirían una entrega en razón a lo contenido en el Artículo 754 del Código Civil Colombiano que permite la entrega mostrando la cosa o encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido.

En lo que respecta a los títulos valores nominativos donde para su circulación cambiaria se requiere endoso, entrega del título y su registro en el libro del creador se presenta una situación similar a la de los títulos con circulación a la orden frente a la forma cómo puede llevarse a cabo el endoso y la entrega. En lo que respecta a la inscripción en el libro de registro del creador, si bien no existe mayor inconveniente la problemática se radica en que al no poder efectuar el endoso y la entrega, mal podría registrarse el título.

Por último encontramos los títulos valores que circulan al portador y respecto de los cuales su tenencia legítima se obtiene mediante la recepción del documento sin necesidad de efectuar endoso, igualmente se presenta la misma discusión respecto de cómo se llevaría a cabo la entrega.

3.4.4 Autonomía. Al inicio de este estudio concluimos la autonomía se refleja desde dos puntos de vista, el activo, donde el legítimo tenedor posee un derecho original e independiente, desligado de los negocios jurídicos que hayan celebrado los anteriores tenedores con el deudor cambiario, y desde un punto de vista pasivo, donde se presenta una independencia de las obligaciones de cada uno de los obligados cambiarios. La autonomía propiamente no guarda relación con la forma del título valor, por lo tanto, en nada afectaría o incidiría a este principio el que el instrumento se encuentre soportado en un documento informático.

3.5 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO FRENTE A LOS PRINCIPALES TÍTULOS VALORES

En este punto analizaremos la incidencia del documento electrónico frente a las principales especies nominadas de los títulos valores.

3.5.1 Letra de Cambio. La Letra de Cambio es un título valor donde no se exige un documento especial para su soporte lo cual en principio nos permitiría aseverar que el documento electrónico tendría cabida para esta especie de

instrumento, no obstante debemos analizar ciertos aspectos de la naturaleza misma de este instrumento.

A saber, teniendo en cuenta que la letra de cambio es un título valor a base de orden lo cual exige de un acto que se denomina aceptación* donde el girado manifiesta su voluntad de aceptar la orden y obligarse directamente al pago del título valor, se presenta algo similar a lo que sucede con el endoso, es decir no encontramos una forma propia y clara que nos permite determinar cómo podría llevarse a cabo el acto de aceptación del instrumento soportado en un archivo digital. Lo anterior en razón a que al ser el título inmaterial, su tenedor no podría exhibirlo propiamente al girado dentro del acto de presentación, lo cual puede resolverse si antes de este acto su tenedor debe reproducirlo a un documento con soporte de papel, pero donde se aplicarían los comentarios expuestos en los principios de incorporación y literalidad. De otro lado, como se expresó al mantenerse en el medio informático, al igual que el endoso podría pensarse en una aceptación a través de un documento digital por separado que se vinculara a aquel donde se encuentra el título valor. Situación distinta se predica frente a las letras de cambio con vencimiento a la vista, pues al no ser necesaria la presentación para aceptación del girado vemos que no incidiría la observación que efectuó anteriormente.

En lo que respecta a la firma no habría mayor inconveniente indistinta del tipo de vencimiento de la letra de cambio, aclarando que sí existe mayor seguridad jurídica si se utiliza una firma digital. Por su parte, en lo que respecta a la presentación para el pago de la letra de cambio, al igual que el resto de los títulos valores, se aplican las menciones que se efectuaron acerca de la incidencia del documento digital respecto del artículo 624 del Código de Comercio tratado dentro del principio de incorporación.

Por último, en caso de que una letra de cambio exija el protesto de la misma por rechazo en su aceptación o por falta de pago, vemos que al ser necesario que este acto se lleve a cabo en el título mismo o en hoja adherida a este, se presentaría una situación igual o muy similar a la del endoso y de la aceptación.

3.5.2 Pagaré. El Pagaré es un instrumento negociable que no requiere un documento especial y a diferencia de la letra de cambio goza de una estructura bipartita a base de promesa, por lo tanto, no se genera la necesidad de presentar el título para su aceptación. Ahora bien, hechas estas anotaciones simplemente nos quedaría mencionar que para poder afirmar la aplicación del documento electrónico a esta especie sería necesario resolver las inquietudes señaladas dentro de los principios rectores, sin embargo, como se expresó no encontramos un aspecto propio e inherente al instrumento que dificulte su aplicación.

* Es importante resaltar que la aceptación no se presenta en las letras de cambio con vencimiento a la vista.

3.5.3 El Cheque y sus especies. La regulación aplicable al cheque comienza con el artículo 712 del C. de Co. que expresa: “El cheque sólo puede ser expedido en formularios impresos de cheques o chequeras y a cargo de un banco. El título que en forma de cheque se expida en contravención a este artículo no producirá efectos de título valor”.

Como bien se desprende de esta norma, a diferencia de los demás instrumentos para el cheque se exige la existencia de un documento de soporte con la característica especial de ser un formulario impreso que deviene de una entidad bancaria. Igualmente, dentro de la Circular Básica Jurídica o Circular Externa 007 de 1996 expedida por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera se establece que con el fin de cumplir con las debidas condiciones de seguridad y prudencia, los cheques sólo pueden ser librados en formularios elaborados o autorizados por el banco.

Conforme lo anterior, vemos que los formularios puede devenir de un impresión directa del banco o de un cliente de este debidamente autorizado y previa firma de un documento especial donde se brinden las debidas condiciones de seguridad. A su vez, podemos resaltar la existencia de un acuerdo interbancario sobre normas y estándares para la elaboración de cheques donde se establecen unas condiciones generales sobre el papel a utilizar, tinta, diseño, entre otros aspectos¹¹⁸.

En tal sentido, de forma inmediata debemos desechar la posibilidad de cheques soportados en un documento electrónico ya que este título valor exige que el mismo deba estar impreso según el artículo 712 del C. de Co. Sin embargo, si bien el título valor como tal no puede estar soportado digitalmente vemos que dentro del proceso de pago de estos instrumentos a través de la cámara de compensación se utilizan medios electrónicos.

* Véase Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria numeral 2.8.

¹¹⁸ ASOBANCARIA Acuerdo interbancario normas y estándares para la elaboración de cheques. [En línea] Bogotá: El autor, s.f. <Disponible en: http://www.asobancaria.com/upload/docs/docPub2857_3.pdf> [consulta: Abr. 2010].

En efecto, podemos encontrar el Sistema de Compensación Electrónica de Cheques del Banco de la República cuya sigla es “CEDEC”, mediante el cual se efectúa el cobro electrónico en Cámara de Compensación de estos instrumentos¹¹⁹.

3.5.4 Factura Cambiaria. Cuando se efectuó al estudio de la factura cambiaria se expresó la existencia en el comercio de otros documentos como la factura fiscal y la factura simple que si bien podían denominarse también como factura no constituyen títulos valores. El artículo 616-1 del Estatuto Tributario el cual fue adicionado por el artículo 37 de la Ley 223 de 1995 establece un listado de documentos que equivalen a una factura de venta y por lo tanto, constituyen una factura fiscal, dentro de estos se menciona la factura electrónica. La factura electrónica se encuentra regulada por el Decreto 1929 de 2007 mediante el cual se reglamentó el artículo 616-1 del Estatuto Tributario y por la Resolución 14465 de 2007 emitida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Dichas normas en su contenido definen que se entiende por factura electrónica, establecen sus requisitos de contenido y aplicación, principios que la rigen, efectos y demás.

¹¹⁹ ”La compensación de cheques es un servicio prestado a nivel nacional en forma única por el Banco de la República a través del CEDEC y Cámaras de Compensación, que son los recintos donde se realiza el intercambio físico de los documentos. Pueden participar de este servicio los bancos comerciales, así como el propio Banco de la República quien además administra el proceso.

Para la consolidación nacional de la información de los documentos presentados al cobro y en devolución en las plazas donde el Banco de la República administra este servicio en forma directa o a través de otra entidad participante, se utilizan tres mecanismos a saber:

1. En ocho de las principales ciudades del país, Bogotá, Medellín, Manizales, Pereira, Cali, Barranquilla, Bucaramanga y Cartagena (cerca del 90 por ciento del valor y el volumen total del canje a nivel nacional) opera desde agosto de 1999 el sistema de compensación electrónica de cheques CEDEC, que es una aplicación automatizada para la presentación electrónica de los cheques en el cual se graba y transmite electrónicamente al Banco de la República la información correspondiente a cada uno de los documentos presentados al cobro en la respectiva ciudad (tecnología MICR). El intercambio físico de los documentos se realiza en las cámaras de compensación del Banco de la República, pero el cálculo de las posiciones netas se efectúa con base en los registros electrónicos transmitidos por cada entidad al sistema. De igual forma, se procesan electrónicamente a través del CEDEC las devoluciones correspondientes al primer canje de las citadas ciudades.

2. En las demás ciudades donde no opera el CEDEC y el Banco de la República participa y administra este servicio, las entidades participantes se hacen presentes en las respectivas cámaras de compensación con los documentos físicos y con planillas individuales del canje al cobro, las cuales son grabadas por funcionarios del Banco de la República en el módulo de cámara del sistema de Cuentas de Depósito - CUD que calcula las posiciones multilaterales netas para cada plaza, centralizando y consolidando la información en la ciudad de Bogotá. Igual procedimiento se sigue para la compensación y liquidación de las respectivas devoluciones.

3. En otras ciudades del país donde no tiene presencia el Banco de la República opera el mencionado mecanismo de compensación delegada, mediante el cual la entidad autorizada designada realiza el proceso de cálculo de los resultados netos de la compensación en la respectiva plaza y los transmite a la sucursal del Banco de la República designada como coordinadora, para que proceda a incluirlos en el sistema nacional de compensación”. BANCO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sistema financiero. [En línea] Bogotá: El autor, 2009. <Disponible en: http://www.banrep.gov.co/sistema-financiero/sip_ch_defini.htm> [consulta: Abr. 2010].

Conforme a lo expuesto, el artículo primero del Decreto 1929 de 2007 define la factura electrónica así: “Es el documento que soporta transacciones de venta de bienes y/o servicios, que para efectos fiscales debe ser expedida, entregada, aceptada y conservada por y en medios y formatos electrónicos, a través de un proceso de facturación que utilice procedimientos y tecnología de información, en forma directa o a través de terceros, que garantice su autenticidad e integridad desde su expedición y durante todo el tiempo de su conservación, de conformidad con lo establecido en este decreto, incluidos los documentos que la afectan como son las notas crédito.” Más adelante, en el artículo tercero de esta misma norma donde se establecen los requisitos de contenido se expresa que la factura electrónica mínimo debe contener las exigencias fiscales del artículo 617 del Estatuto Tributario, no obstante luego la norma consagra lo siguiente: “Lo anterior sin perjuicio de los requisitos y condiciones que conforme con el Código de Comercio en concordancia con la Ley 527 de 1999, debe cumplir dicha factura para su expedición”.

Conforme lo anterior, podemos evidenciar que estas estructuras normativas abren la puerta para la existencia de una factura cambiaria electrónica la cual para su validez jurídica deberá cumplir no sólo las exigencias contenidas en los artículos 772 al 779 del Código de Comercio, sino también lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, artículo 616-1 del Estatuto Tributario, el Decreto Reglamentario 1929 de 2007 y la Resolución 14465 de 2007 emitida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

De otro lado, se debe resaltar que efectuando un análisis de la norma para que puedan emitirse facturas electrónicas, las partes, es decir, el comprador y el vendedor, o el prestador del servicio y el beneficiario de este, deberán previamente suscribir un documento donde establezcan su aceptación a que se emita de esta forma la factura mediante la cual se lleve a cabo el cobro del precio o de la contraprestación que tiene origen en el negocio causal, pero a su vez, la forma como se llevará a cabo la entrega, presentación, aceptación y exhibición del documento, entre otros aspectos*.

Por lo tanto, si bien reiteramos que para este título valor puede encontrarse soportado en un documento electrónico previamente las partes objeto de la relación causal en consonancia con la ley deberán establecer la forma como se llevará a cabo algunos aspectos cambiarios como son la presentación para aceptación y exhibición del título valor. No obstante, vemos que la normas mencionadas no hacen mención a cómo podría circular la factura cambiaria electrónica.

* Véase artículo 5 y 7 del Decreto Reglamentario 1929 de 2007.

3.5.5 Certificado de Depósito a Término. Respecto del Certificado de Depósito a Término podemos considerar que al igual que los títulos valores en general no se exige la incorporación del derecho en un documento determinado, lo cual permite afirmar que el formato electrónico tendría cabida para esta especie. No obstante lo anterior, vemos que la discusión se centraría en lo ya expuesto frente a los principios de literalidad y legitimación, con la salvedad de que al ser nominativo en su circulación permitirá tener cierto control respecto del carácter único del título valor. Ahora bien, en lo que respecta a los certificados de depósito a término como valores nos referiremos más adelante en este estudio.

3.5.6 Bono. En este punto revisaremos el documento electrónico aplicable al bono de emisión privada, debido a que el bono de emisión en el mercado de capitales será analizado dentro acápite de valores, el cual se estudiará más adelante. Ahora bien, el artículo 27 del Decreto 1026 de 1990^{*} establece los requisitos especiales del bono, pues como ya en su momento se expresó, a todo título valor se les aplica el artículo 621 del Código de Comercio que contiene los requisitos generales de todos estos bienes mercantiles. En tal sentido, la disposición contenida en el decreto no exige un formulario especial para la representar a este título valor, lo cual nos permite expresar que el derecho puede incorporarse en un documento electrónico. No obstante, en el caso de bonos convertibles en acciones existe un aspecto a resaltar, es decir, al título se le adhieren unos cupones que representan el número de acciones que podrán ser suscritas o el mecanismo para establecer este número, el precio de suscripción de las mismas o los criterios para determinarlo, el momento a partir del cual se podrá ejercer el derecho de suscripción y el plazo para tal efecto, entre otros aspectos^{**}. Así las cosas, vemos que para estos títulos se presenta una situación similar al endoso electrónico, donde no existe una mecanismo claro que permita la adhesión de forma electrónica al título mismo. Igualmente, a este título se aplicaría lo mencionado frente a su forma de circulación sin eximir por obvias razones que al ser un título nominativo en todo caso requerirá la inscripción en el libro del emisor. También se

* Decreto 1026 de 1990 Artículo 27. Los títulos de los bonos contendrán por lo menos las siguientes enunciaciones: 1. La palabra "bono", la fecha de su expedición y la indicación de si es nominativo, a la orden o al portador. Los bonos convertibles en acciones serán nominativos. 2 El nombre de la sociedad emisora y su domicilio. 3. El capital autorizado, suscrito y pagado, la reserva legal de la sociedad y los otros factores que de conformidad con los artículos 2. y 3. del presente decreto, constituyan la base para determinar el monto de la emisión. 4. La serie, número y valor nominal. 5. El rendimiento del bono que podrá estar determinado por una tasa de interés, un descuento de colocación, una prima o cualquier otro mecanismo idóneo. Igualmente parte del rendimiento del bono podrá estar determinado en función de las utilidades de la sociedad emisora. 6. El monto de la emisión, la forma, lugar y plazos de amortización del capital y de pago de los intereses. 7. El número de cupones que lleve adheridos. 8. Las garantías que se otorgaron y su valor. 9. La firma del representante legal de la sociedad o de la persona autorizada para el efecto. 10. Si los bonos son convertibles en acciones y las condiciones para ello. 11. La advertencia prevista por el artículo 16 del presente decreto y por el artículo 15 del Decreto 1167 de 1980. 12. Las demás indicaciones que, en concepto de la Comisión Nacional de Valores sean convenientes.

** Véase los artículos 27, 58, entre otros del Decreto 1026 de 1990.

aplicaría lo afirmado anteriormente respecto de la presentación para el pago del título valor.

3.5.7 Las Acciones. Las acciones se encuentran soportadas en títulos que deberán cumplir con los requisitos de los artículos 621 y 399, 400, 401 y 402 del Código de Comercio. Como se observa en estas disposiciones no se exige su representación en un formulario especial, lo cual nos permite afirmar su capacidad de representación de forma digital. Cabe expresar que al estar incorporado en un documento electrónico se presentarían las mismas situaciones expresadas dentro de los principios rectores de los títulos valores. Por su parte, frente a las acciones como valores que hacen parte del mercado de capitales nos referiremos más adelante.

3.5.8 Certificado de Depósito y Bono de Prenda. Como se aclaró, el certificado de depósito y el bono de prenda constituyen dos títulos valores independientes que se enlazan respecto de su origen. Igualmente se determinó que el certificado de depósito es emitido exclusivamente por un Almacén General de Depósito en razón de un contrato de depósito, y el bono de prenda, es emitido por el tenedor del certificado de depósito conforme a un formulario que le es entregado por el almacén general. Desde el punto de vista documental para ninguno de estos títulos se exige la incorporación en un documento especial, aun cuando si bien el bono de prenda debe expedirse utilizando el formulario entregado por el Almacén General, nada obsta para que este pueda constar en un archivo electrónico. Aclaramos que se utiliza la expresión archivo electrónico dado a que al ser susceptible de modificación, en razón a que es el tenedor del certificado quién lo expide, este procederá a completarlo y emitirlo. Luego de completarlo y tornarlo inmodificable el archivo como tal adquiere la calidad de documento electrónico. Ahora bien, si bien no el tipo de soporte documental no reviste inconveniente alguno, vemos que al igual que los otros títulos la problemática jurídica se encuentra en la forma de circulación.

3.5.9 Carta de Porte y Conocimiento de Embarque. A diferencia del resto de los títulos valores, dentro de la Ley Modelo de UNCITRAL y el artículo 27 de Ley 527 de 1999 se efectúa un tratamiento de estos títulos valores. Para tales efectos, la normativa de nuestro país en la disposición citada comienza haciendo referencia a que si un acto relacionado con el contrato de transporte requiere estar soportado en papel, esta exigencia puede reemplazarse mediante un documento electrónico. Más adelante hace referencia a que si para efectos de concederle de forma exclusiva a una persona un derecho o se adquiriera una obligación relacionado con los bienes objeto del transporte o incluso el transporte mismo, y para esto se requiere ya sea el envío o la utilización de un documento con soporte de papel, dicho requisito puede suplirse mediante el uso de mensajes de datos que permitan garantizar la singularidad de ese mensaje. Finaliza haciendo referencia a que si se está haciendo uso del instrumento electrónico no será válido cualquier documento en soporte de papel que se emita sobre el transporte o los bienes transportados,

salvo que dentro del documento soportado físicamente se declare la sustitución del medio a utilizar.

Así las cosas, vemos que la carta de porte y el conocimiento de embarque perfectamente pueden estar soportados en un documento electrónico e incluso como se desprende de la disposición anunciada anteriormente, es posible efectuar su circulación mediante mensajes de datos siempre y cuando se efectúe a través de un sistema que garantice la singularidad del documento que se envía, sistema que desconocemos si existe o no.

3.5.10 Valores. Como bien se pudo observar en el primer capítulo, claramente en estos bienes se puede presentar el fenómeno de la eliminación del soporte físico donde se encuentra representado el título para convertirlo en registros electrónicos mediante el sistema de anotación en cuenta. A este fenómeno como ya se mencionó se le aplica la denominación de desmaterialización, pues se elimina el soporte en papel para pasar a un documento electrónico. Ahora bien, analizando este título valor en particular vemos que el derecho se encuentra incorporado en un documento electrónico soportado a través de registros electrónicos. Entonces, al ser un título que se encuentra inmovilizado, bajo la custodia y administración del Depósito Centralizado de Valores no existe a cargo del titular la posibilidad de reproducción del título, pues este simplemente cuenta con un certificado resguardando así al principio de incorporación. En lo que respecta al principio de literalidad, al encontrarse en custodia y administración del depósito centralizado todas las transferencias, gravámenes*, y demás actos relacionados con estos valores deben llevarse a cabo a través del custodio del valor, quién se encarga dentro del sistema de anotación en cuenta a representar los actos que se lleven a cabo sobre el título valor.

Por último frente a la legitimación, si bien el título puede circular ya sea a la orden, al portador o nominativo en todos estos casos es necesario efectuar su negociación mediante orden de transferencia acompañada del certificado** informando al depósito centralizado quien se encarga de efectuar las anotaciones respectivas frente al cambio de titularidad y la entrega del nuevo certificado, lo cual en cierta parte nos permite afirmar que realmente no existen valores al portador cuando estos se encuentren custodiados por estas entidades. Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto en los artículos 3.9.2.2. y 3.9.2.3 de la Resolución 1200 de 2005 para que una persona se entienda como legítima tenedora requiere exhibir ante el deudor cambio el certificado único expedido por el Depósito Centralizado de Valores, y en los títulos nominativos además de este documento el registro respectivo en los libros del emisor.

* Véase la Ley 27 de 1990 artículo 23, 24 y 25.

** Véase el Decreto 437 de 1992 artículo 17.

Por último en caso tal sé que se solicite el retiro de los valores depositados, el Depósito Centralizado de Valores le solicitará al emisor la sustitución de los títulos depositados, quedando así soportados en papel*.

3.6 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO FRENTE A LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA

Cuando nos referimos a la obligación cambiaria hacemos mención al vínculo jurídico que existe entre el legítimo tenedor y los obligados cambiarios, representado en el derecho y por lo tanto, la correlativa obligación incorporada en el título valor. En tal sentido, a partir del título valor se debe desprender con suma claridad dicha obligación, materializando con certeza tanto el derecho como el sujeto pasivo y el sujeto activo de la misma, aspectos íntimamente ligados con los principios rectores de incorporación, literalidad, autonomía y legitimación. Dentro del estudio del documento electrónico se hizo mención a los artículos 14 y 15 de la Ley 527 de 1999. En estas disposiciones el legislador le reconoce efectos jurídicos a las manifestaciones de voluntad contenidas en un documento electrónico, siempre y cuando a través de la aplicación de un método de verificación se pueda identificar el creador del documento y la aprobación de este sobre al contenido insertado en el mismo. En tal suerte, a partir de los artículos mencionados es predicable la existencia de obligaciones jurídicas contenidas en los documentos electrónicos e incluso el propio legislador reconoce también la validez de los contratos formados a través de la utilización de este formato. Por lo tanto, sin duda los documentos digitales pueden resguardar la existencia de vínculos jurídicos, sin embargo, en lo que respecta al tema cambiario este se encuentra ligado a que si a través del formato digital se da cumplimiento a los principios rectores, los cuales ya fueron analizados y surgieron inquietudes tales como la certeza frente a la existencia de un único título valor, la forma de efectuar la aceptación, el endoso, entre otros aspectos que serán precisados más adelante, para así concluir la existencia o no de los títulos valores electrónicos.

3.7 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO FRENTE A LOS PROCEDIMIENTOS CAMBIARIOS Y EXTRACAMBIARIOS

Como se pudo establecer dentro de la teoría general aplicable a los títulos valores existen una serie de procedimientos de tipo cambiario y extracambiario. Cabe resaltar que todos estos encuentran su base probatoria en el título valor e incluso en el caso de la acción cambiaria es el único medio para el ejercicio de la misma tanto judicial como extrajudicialmente. A su vez, se hizo mención a la función probatoria del título valor como instrumento necesario para la exigencia del derecho incorporado. Estos aspectos en nada se ven contrariados por parte de

* Véase Ley 27 de 1990 artículo 21.

los documentos electrónicos, pues a partir de los artículos 10 y 11 de la Ley 527 de 1999, se ratifica que los medios digitales gozan de fuerza probatoria. Recordemos la siguiente expresión de la Corte Constitucional en la Sentencia C – 662 de 2000*: "Al hacer referencia a la definición de documentos del Código de Procedimiento Civil, le otorga al mensaje de datos la calidad de prueba, permitiendo coordinar el sistema telemático con el sistema manual o documentario, encontrándose en igualdad de condiciones en un litigio o discusión jurídica, teniendo en cuenta para su valoración algunos criterios como: confiabilidad, integridad de la información e identificación del autor.

Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la confiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad de la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente (artículo 11)".

No obstante lo expuesto, es indispensable traer a colación la falta de claridad respecto del mecanismo establecido para la exhibición del título electrónico al momento de ejercitar el derecho, al igual que respecto del aporte del mismo como instrumento para el ejercicio de la acción* o como medio de prueba dentro de un proceso judicial, pues como sabemos este documento se encuentran de forma intangible.

Dentro del proceso de un documento electrónico existe la etapa de recuperación que puede conllevar a su representación a través de un soporte en papel o continuar en un formato digital.

Empero en ambos casos, se requerirá de soportes probatorios complementarios necesarios para garantizar la validez del documento en formato electrónico probando que este es accesible para su posterior revisión, consulta y/o reproducción en iguales condiciones y contenidos al documento inicialmente generado, la existencia de un método de verificación que permite identificar quién es el creador del documento y la aprobación de este sobre al contenido insertado en el mismo, lo anterior, para efectos de garantizar la fidelidad, rastreabilidad e inalterabilidad del documento.

* Véase título 2.3.11.2 Sentencias C – 662 de 2000 y 831 de 2001.

* Recordemos que de acuerdo con el artículo 488 del C.P.C. para el ejercicio de la Acción Ejecutiva se requiere el aporte del título ejecutivo representado en el título valor.

De todas formas vemos que esta situación no afectaría la existencia del título valor, ya que se reconoce la existencia de títulos valores incompletos*, así como, títulos ejecutivos compuestos**.

3.8 CONSIDERACIONES FINALES

Dentro del capítulo segundo de forma reiterada hicimos mención al criterio de la equivalencia funcional que enmarca a los documentos electrónicos como instrumento para reemplazar al documento soportado en papel. Recordemos que este criterio hace referencia a que un documento electrónico puede llegar a reemplazar la exigencia legal de un documento soportado en papel cuando el primero se encuentra en capacidad de alcanzar las mismas funciones que tiene el segundo. Hemos analizado el documento electrónico frente a cada uno de los aspectos más destacados de los títulos valores, donde se ha podido evidenciar los aspectos que se mencionan a continuación.

Frente al principio de incorporación pudimos evidenciar como la facultad de reproducción de un documento electrónico puede llegar a incidir en la calidad única que tiene un título valor. Por lo tanto, ante esta situación es necesario contar con una regulación más específica buscando que los títulos valores electrónicos se desarrollen a través de un sistema o una entidad que permita garantizar la existencia del título valor único, afianzando así que si bien pueden presentarse reproducciones, estas carezcan de efectos cambiarios al poderse identificar mediante un instrumento idóneo su calidad de copia.

Ahora bien, en lo referente a la posibilidad de expedir una reproducción del título valor electrónico en los casos del artículo 803 del C. de Co., sería adecuado contar con una disposición relacionada con la materia que así lo permitiese, incluso podría ser extender la aplicación del inciso segundo del artículo 804 del C. de Co. a aquellos títulos valores electrónicos, el cual hoy en día determina que

* Como lo expone el tratadista Bernardo Trujillo Calle: “(...) Los primeros como la letra, el pagaré, el cheque, llevan dentro de sus cuatro ángulos cuanto elemento literal necesario y suficiente precisa para conocer su alcance y dimensión. Incompletos serán aquellos en que el título deba remitirse a otros documentos aliunde y a contratos y relaciones extraños para lograr su total comprensión, como cuando en la acción de la sociedad anónima hay que ir a la escritura de constitución o a las actas de asamblea de accionistas para conocer los derechos incorporados o las obligaciones inscritas.

** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Expediente 28596: “(...) Ahora bien, cuando se habla de título ejecutivo, entendido como aquél que contiene una obligación clara, expresa y exigible, se puede estar haciendo alusión a un solo documento o a varios en el evento en que el mismo sea complejo, como sucede, por regla general, cuando se ejecutan obligaciones derivadas de contratos estatales, en cuyo caso tal título ejecutivo suele estar constituido por el contrato y otros documentos como la póliza de seguro y el acto administrativo que declaró el siniestro (artículo 68 # 4 del C.C.A.); en estos casos, la obligación a cargo del ejecutado debe surgir directamente de la sola lectura de los documentos que constituyen el título ejecutivo complejo, sin necesidad de realizar mayores lucubraciones al respecto”.

para el certificado de depósito o bono de prenda se autoriza la entrega de un duplicado, previa comprobación del hecho por parte de la hoy Superintendencia Financiera, al igual que la entrega de una caución.

En lo que respecta al principio de literalidad vemos que el documento electrónico puede dar cumplimiento a este principio rector. Sin embargo, consideramos que en lo relacionado con las afectaciones o gravámenes que recaigan sobre el derecho incorporado en el título valor consagrado en el artículo 629 del C. de Co. pueden presentarse inconvenientes en la forma de aplicación de estas medidas por su estado digital. Vemos que esta situación puede ser resuelta utilizando el mecanismo establecido para los valores que se encuentran depositados en los Depósitos Centralizados de Valores, donde a través del sistema de anotación en cuenta se permite aplicar debidamente esta disposición legal. De otro lado, dada la incertidumbre que puede generar la utilización de la firma electrónica respecto del método a utilizar y carga de la prueba requerida, consideramos que para efectos de brindar una mayor seguridad jurídica, para los títulos valores electrónicos debería restringirse de forma exclusiva a la firma digital. También es necesario mencionar que es importante establecer la aplicación del artículo 631 del C. de Co. que regula los efectos jurídicos en caso de una alteración del título valor, en razón a que uno de los requisitos de esencia del documento electrónico es su inmodificabilidad, por lo tanto, si se llegare a modificar carecería de fuerza jurídica como documento, incidiendo así en que el título valor perdería tal denominación.

Dentro del principio de legitimación pudimos observar la problemática jurídica en lo que respecta al endoso y a la entrega, aspectos de suma importancia en la circulación de los títulos valores. Salvo que se efectúe la reproducción del documento electrónico a un documento con soporte de papel, no encontramos un medio claro que permita obviar el conflicto que se presenta frente a estos dos aspectos.

En cuanto a las especies más importantes de los títulos valores evidenciamos que en la letra de cambio existe una problemática jurídica respecto de los actos de presentación para la aceptación, para el pago y para el protesto. Por su parte, en lo que respecta al pagaré, a los bonos de emisión privada, al certificado de depósito a término y las acciones, identificamos que salvo los aspectos mencionados dentro de los principios rectores no existe ningún otro punto donde se presente conflicto. Aspecto que no podemos afirmar del cheque y sus especies, ya que en razón a la necesidad de formularios especiales impresos no es posible la utilización de un documento digital para la incorporación del derecho.

En cambio, frente a la factura cambiaria se goza de cierto avance en lo que respecta al documento electrónico con ocasión al Decreto 1929 de 2007 y la Resolución 14465 de 2007, sin embargo, no podemos aseverar de que exista claridad de aspectos como la circulación que impiden una estructura cambiaria en

debida forma. A diferencia de los demás títulos, vemos como la carta de porte y el conocimiento de embarque pueden perfectamente estar materializados y circulares mediante mensajes de datos siempre y cuando existe un sistema que permita garantizar la singularidad del mismo. En lo que relacionado con los valores vemos que cuentan con un desarrollo legislativo que ha permitido la aplicación de la figura del documento electrónico cuando se presenta ya sea una emisión desmaterializada o cuando no obstante estar materializada la emisión se procede al depósito de los títulos en un depósito centralizado de valores donde se procede a su inmovilización y representación mediante el sistema de anotación en cuenta.

Ahora en lo relacionado con la obligación cambiaria, podemos afirmar que el formato digital goza de capacidad y reconocimiento legal para representar declaraciones o manifestaciones de voluntad, e incluso al extremo de la reconocer la existencia de contratos celebrados por medio de un intercambio electrónico de voluntades. Por lo tanto, con excepción de los aspectos resaltados anteriormente propiamente frente a la obligación cambiaria no existiría impedimento para que pueda representarse mediante un documento electrónico.

En lo atinente a los procedimientos cambiarios y extracambiarios pudimos evidenciar que los documentos electrónicos por su esencia requieren elementos probatorios adicionales que permitan demostrar su fidelidad, rastreabilidad e inalterabilidad. Así las cosas, para predicar la existencia de los títulos electrónicos primero debe probarse el cumplimiento de los requisitos de esencia del documento electrónico para luego así poder afirmar la validez del título mismo. Sin embargo, este aspecto puede enmarcarse dentro de lo que se denomina un título valor compuesto.

A partir de lo expuesto es necesario ahora determinar si el criterio de equivalencia funcional aplicable a los documentos electrónicos tiene cabida frente a las funciones constitutiva, dispositiva y probatoria que tiene el documento dentro de la institución de los títulos valores.

Así las cosas, revisemos la función constitutiva. Como antes se observó, el documento electrónico goza de capacidad y reconocimiento legal para representar declaraciones y manifestaciones de voluntad. Esta función implica que el derecho se incorpore al documento siendo este su único medio de ejercicio y representación. Podemos expresar que el documento electrónico tiene capacidad para cumplir con la función de representación, pues como así concluimos en su momento el archivo electrónico cuando se garantiza su fidelidad, rastreabilidad e inalterabilidad adquiere la calidad de documento electrónico, y por lo tanto, de fuerza, validez y capacidad legal para representar declaraciones y actos jurídicos. Incluso pudimos evidenciar como en la carta de porte, el conocimiento de embarque, la factura cambiaria y en los valores, ya se cuenta con un reconocimiento jurídico expreso para la utilización de este medio digital. No

obstante, a excepción de los valores que hacen parte del sistema de anotación en cuenta nuestro ordenamiento no goza de una disposición legal asociada con esta herramienta que permita garantizar la no reproducción infinita de ese título valor electrónico afectando así su carácter único.

Por su parte, la función dispositiva según lo analizado anteriormente hace referencia a la facultad que tiene su tenedor para efectuar su enajenación. Como pudimos establecer, a excepción de los valores que hacen parte del sistema de anotación en cuenta, o la carta de porte y el conocimiento de embarque, donde se permite su circulación a través de mensajes de datos, para el resto de los títulos valores no existe un medio claro que establezca la forma de dar cumplimiento con las modalidades de circulación.

Por último, frente a la función probatoria con claridad pudimos visualizar que el documento electrónico goza de una capacidad legal para servir como medio de prueba y representación de los actos jurídicos que este contiene. No obstante, es necesario expresar que para dar cumplimiento a esta función, el documento electrónico haría parte de la denominación de título valor compuesto.

4. CONCLUSIONES

A partir del estudio de la teoría general de los títulos valores pudimos evidenciar la importancia del documento como elemento mismo de la naturaleza de los títulos valores, incluso, observamos cómo el documento a su vez incide tanto en la forma como en la estructura de estos instrumentos negociables. A su vez determinamos en qué consistía el documento electrónico, su naturaleza, elementos, regulación, entre otros aspectos que permitieron establecer su fuerza, validez y reconocimiento jurídico.

Por su parte, al efectuar el análisis de esta especie documental frente a la institución de los títulos valores establecimos como esta ya se encuentra permeada por los documentos electrónicos, pero a su vez encontramos algunos aspectos inherentes a la institución que teniendo en cuenta la forma como se encuentran regulados en nuestra legislación hacen que existan ciertos vacíos que dificultan la utilización de esta clase de documentos. Debemos expresar que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico producto de disposiciones legales expresas se ha reconocido la existencia de títulos valores electrónicos en la carta de porte, el conocimiento de embarque, la factura electrónica y los valores depositados en un depósito centralizado de valores. No obstante lo anterior, desde la esencia de los títulos valores podemos expresar que gracias al criterio de equivalencia funcional el documento electrónico se encuentra en capacidad jurídica para ser utilizado como instrumento para la creación de títulos valores. Cabe aclarar que si bien cuenta con capacidad jurídica, en la actualidad no es posible predicar su eficacia absoluta dado los inconvenientes que evidenciamos en su carácter único, en su circulación, en la aplicación de los gravámenes, en la utilización de la firma electrónica, en la aceptación de la letra de cambio, entre otros aspectos.

En consecuencia, si bien es posible afirmar la existencia de los títulos valores electrónicos en el ordenamiento jurídico de Colombiano para su aplicabilidad absoluta a la totalidad de las especies es necesario contar con una regulación expresa en la materia que aclare aquellos vacíos que actualmente existen.

BIBLIOGRAFÍA

ARGENTINA

- Ley No. 25.506 de 2001
- Decreto No. 2628 de 2002
- Decreto No. 724 de 2006

CHILE

- Ley 19.799 de 2002

COLOMBIA.

- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero
- Estatuto Tributario
- Decreto 1026 de 1990
- Decreto 437 de 1992
- Decreto 633 de 1993
- Decreto 436 de 1996
- Decreto Reglamentario 1747 de 2000
- Decreto Reglamentario 1929 de 2007
- Corte Constitucional - Sentencia C – 662 de 2000
- Corte Constitucional - Sentencia C – 831 de 2001
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernandez Enriquez – 21 de Febrero de 2002. Radicación No. 41001-23-31-000-2000-2175-01(19270) Actor: Bancafé Demandado: Municipio De Pitalito Y Otros Referencia: Recurso De Reposición.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Expediente 28596.
- Resolución 400 de 1995
- Resolución 1200 de 1995
- Circular Reglamentaria Externa DfV – 56 del 14 de Enero de 2010 del Banco de la República de Colombia.
- Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996) de la Superintendencia Financiera
- Superintendencia Financiera de Colombia Concepto No. 2000016046-1 de Junio 14 de 2000.
- Superintendencia Financiera de Colombia Concepto No. 2006033594-001 de Agosto 29 de 2006.
- Superintendencia Financiera de Colombia Concepto No. 2008031278-001 de Junio 7 de 2008.

- Superintendencia de Sociedades de Colombia Concepto No. 220-41812 de Agosto 27 de 2004.
- Superintendencia Financiera Concepto 2009051328-002 de Septiembre 2 de 2009.
- Superintendencia de Economía Solidaria Concepto No. SES-OJ-1615-2000 de Noviembre 24 de 2000.
- Superintendencia de Sociedades Concepto No. 220-58429 de Noviembre 21 de 2002
- Instructivo sobre Emisión Privada de Bonos emitido por la Superintendencia de Sociedades.
- Acuerdo Interbancario Normas y Estándares para la Elaboración de Cheques

ESPAÑA

- Ley 34 de 2.002
- Ley 59 de 2.003.
- Real Decreto Ley 14 del 17 de Septiembre de 1999

ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA

- Uniform Electronic Transactions Act
- UCC Uniform Commercial Code

FRANCIA

- Ley 2000-230 de 13 de marzo 2000
- Decreto 2001-272 de marzo 30 de 2001
- Decreto Presidencial de 10 de noviembre de 1997, n. 513 Francia
- Código Civil Francés

ITALIA

- Ley de 15 de marzo 1997, n. 59
- Decreto Presidencial de 10 de noviembre de 1997, n. 513

UNIÓN EUROPEA DE NACIONES:

- Directriz 2000/31/CE
- Directriz 1999/93/CE
- Directriz 2004/563/CE
- Directiva 2000/31/CE - Directiva sobre el Comercio Electrónico
- Directiva 1999/93/CE - Directiva sobre la Firma Electrónica

ALEGSA. Computadora personal. [En línea] Argentina: El autor, 2010. <Disponible en: <http://www.alegsa.com.ar/Dic/aplicacion.php>> [consulta: Mar. 2010].

----- . Diccionario de informática. [En línea] Argentina: El autor, 2010. <Disponible en: <http://www.alegsa.com.ar/Dic/aplicacion.php>> [consulta: Mar. 2010].

ANGELIFRE Historia del computador. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://www.angelfire.com/co/Lbit/Pcs/pc1.htm>> [consulta: Abr. 2010].

ASOBANCARIA Acuerdo interbancario normas y estándares para la elaboración de cheques. [En línea] Bogotá: El autor, s.f. <Disponible en: http://www.asobancaria.com/upload/docs/docPub2857_3.pdf> [consulta: Abr. 2010].

BAENA MARTÍNEZ, Catherine Mariette. La desmaterialización de los Títulos Valores. Bogotá: Ibañez, 2008.

BANCO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sistema financiero. [En línea] Bogotá: El autor, 2009. <Disponible en: http://www.banrep.gov.co/sistema-financiero/sip_ch_defini.htm> [consulta: Abr. 2010].

BECERRA LEÓN, Henry Alberto. Derecho Comercial de los Títulos Valores. 4. ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006.

BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. El Código de Comercio Colombiano Historia y Proyecciones. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/640/6.pdf>> [consulta: Abr. 2010].

BIBLIOTECA JURIDICA VIRTUAL [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org>> [consulta: Abr. 2010].

BIBLIOTECA LUIS ANGEL ARANGO. [En línea] Bogotá: El autor, 2010. <Disponible en: <http://www.lablaa.org>> [consulta: May. 2010].

BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1328 de 2009. Art. 35. Bogotá: El autor, 2009.

----- . Ley 34 de 2002 - Artículo 23. Bogotá. El autor, 2002.

----- . Ley 527 de 1999 Artículo 28. Atributos jurídicos de una firma digital. Bogotá: El autor, 1999.

----- . Ley 964 de 2005 Artículo 12. Bogotá: El autor, 2005.

----- . Ley de 15 de Marzo de 1997 No. 59 Artículo 15. Bogotá: El autor, 1997.

----- . Ley No. 25.506 de 2001. Bogotá: El autor, 2001.

CAMARGO MELENDEZ, Piedad y VELEZ VARGAS, Jorge. El título valor electrónico, Instrumento negociable de la nueva era. Bogotá, 2002. Tesis (Abogado). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

CARMEN MARCOS, Mari. Los Archivos en la Era Digital. [En línea] s.p.i. <Disponible en: http://www.elprofesionaldelainformacion.com/contenidos/1999/junio/los_archivos_en_la_era_digital.html> [consulta: Abr. 2010].

CIDIP/RES. 6/02 CE00222 Normas Interamericanas Uniformes Sobre Documentos y Firmas Electrónicas. s.f.: El autor, 2002.

CODIGO CIVIL COLOMBIANO Artículo 754. Bogotá: Legis, 2008.

CODIGO DE COMERCIO. Bogotá: Legis, 2008.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL. Situación actual. 1996 Ley de la CNUDMI sobre comercio electrónico. [En línea] s.l.: El autor, 2010. <Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html> [consulta: Mar. 2010].

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá: Legis, 2007.

CORDOBA GARCES, Juan Pablo. Guía Colombiana del Mercado de Valores. [En línea] s.p.i. <Disponible en: http://www.valoresbancolombia.com/valoresBancolombia/formatosPDF/GuiaMercadoValores_Mayo2009.pdf> [consulta: Feb. 2010].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de junio de 2002. Exp. 7360. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Bogotá: El autor, 2002.

DECEVAL. Emisiones desmaterializadas. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://www.deceval.com/servicios.html#4>> [consulta: Feb. 2010].

EDINET. Pasos para hacer EDI. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://www.edinet.com/sabia.asp>> [consulta: Mar. 2010].

ELTIEMPO.COM Viva. Visión de valores. [En línea] Bogotá. El autor, 2010. <Disponible en: http://www.eltiempo.com/participacion/blogs/default/un_articulo.php?id_blog=4173970&id_recurdd=450011990> [consulta: Feb. 2010].

GABRIEL, Henry D. The United States Uniform Electronic Transaction Act: Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law and Electronic Commerce. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-4-gabriel-e.pdf>> [consulta: Mar. 2010].

GERENCIE.COM Cheque. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://www.gerencia.com/cheque.html>> [consulta: Mar. 2010].

INTERNATIONAL COUNCIL ON ARCHIVES. Resource centre, [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://www.ica.org/en/downloads?page=0%2C0&filter4=ICA+STUDY+>> [consulta: Feb. 2010].

MENZONA LUNA, Amilcar Adolfo. Desmaterialización de Valores Mobiliarios: Algunas Reflexiones a Propósito de la Inclusión de este Término en La Ley de Títulos Valores. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/desmaterializacin-de-valores.html>> [consulta: Feb. 2010].

NACIONES UNIDAS. Guía para la Incorporación al derecho interno de la Ley Modelo CNUDMI sobre Comercio Electrónico. s.l.: El autor, 1998.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. [En línea] s.l.: OEA, 2010. <Disponible en: <http://www.oas.org/es>> [consulta: Mar. 2010].

OTÁLORA, Clara Inés. Inexistencia del Título Valor Electrónico. Bogotá: Profesional, 2007.

PEÑA NOSSA, Lisandro. Curso de Títulos Valores. 2. ed. Bogotá: Librería del Profesional, 1986.

PINOCHET OLAVE, Ruperto. El Documento Electrónico y la Prueba Literal. En: Revista IUS ET PRAXIS. Chile. Vol. 8, No. 002, (2002); p. 377-412.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1747 de 2000 - Artículo 15. Bogotá: El autor, 2000.

----- . Decreto 633 de 1993 Artículo 33. Bogotá: El autor, 1993.

RAMOS PADILLA, Cesar. Teoría General de los Títulos Valores. [En línea] s.p.i. p. 2.. <Disponible en: http://boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulos/Titulos_Valores.doc> [consulta: Ene. 2010].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Autonomía. [En línea] España: El autor, 2010. <Disponible en: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=autonomía> [consulta: Ene. 2010]:

----- Constitutivo. [En línea] España: El autor, 2010. <Disponible en: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=constitutiva> [consulta: Feb. 2010].

----- Incorporar. [En línea] España: El autor, 2010. <Disponible en: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=incorporar> [consulta: Ene. 2010].

----- Presentación. [En línea] España: El autor, 2010. <Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/>> [consulta: Ene. 2010].

RENGIFO, Ramiro. Títulos Valores. 12. Ed. Medellín: Señal Editora, 2008.
REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Bogotá: Temis, 2000.

RINCON CARDENAS, Erik. Título Valor Electrónico – Aplicación de la Firma Digital. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://web.certicamara.com/media/32253/titulovalor.pdf>> [consulta: Ene. 2010].

RIOS RUIZ, Wilson Rafael. Factura Electrónica – Los Títulos Valores en la Era de la Desmaterialización. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1309>> [consulta: Feb. 2010].

----- La Factura Electrónica Desmaterialización de los Títulos Valores. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://gecti.uniandes.edu.co/docs/Factura%20elect%20y%20desmaterializaci%F3n%20Rios%20may%202006.pdf>> [consulta: Feb. 2010]

SANTOS MOLANO, Enrique. La misión Kemmerer. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2005/mision.htm>> [consulta: Ene. 2010].

SARMIENTO S., Julio A. Mercado Financiero en Colombia. [En línea] Bogotá: Universidad Javeriana, s.f. <Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/cursad/modulo.finanzas>> [consulta: Feb. 2010]

SEPULVEDA SERLIANI, Alejandro. Derecho sucesorio. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://forodelderecho.blogcindario.com>> [consulta: Abr. 2010].

SMITH, Margaret. Facilitating Electronic Commerce through the Development of Laws to Recognize Electronic Documents and Transactions. [En línea] s.p.i.

<Disponible en: <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/prb0012-e.htm>> [consulta: Ene. 2010].

TRUJILLO CALLE, Bernardo. De los Títulos Valores. 10. ed. Tomo 1 Parte General. Bogotá: Leyer, 1999.

UNCITRAL. Texto Guía Ley Modelo de Uncitral. Bogotá: El autor, s.f.

UNIFORMA LAW COMMISSION. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://www.nccusl.org>> [consulta: May. 2010].

UNIVERSIDAD PRIVADA SAN JUAN BAUTISA. Boletín faculta de Derecho. [En línea] Peru: El autor, 2010. <Disponible en: <http://boletinderecho.upsjb.edu.pe>> [consulta: Abr. 2010].

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo 2 Derechos Reales. 3. ed. Bogotá: Temis, 1967.

VIVANTE, Cesar. Derecho mercantil. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <Http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/02/00209-derecho-mercantil-cesar-vivante.html>> [consulta: Feb. 2010].

WIKIPEDIA. Comercio electrónico. [En línea] s.p.i. <Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Comercio_electr%C3%B3nico> [consulta: Mar. 2010].

----- . Comunidad Europea de la energía atómica. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Euratom>> [consulta: Mar. 2010].

----- . Documento electrónico. [En línea] s.p.i. <Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Documento_electronico> [consulta: Feb. 2010].

----- . Internet. [En línea] s.p.i. <Disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Internet>> [consulta: Mar. 2010].

----- . Mercados capitales. [En línea] s.p.i. <Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Mercado_de_capitales> [consulta: Feb. 2010].

----- . Sistema binario. [En línea] s.p.i. <Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Sistema_binario> [consulta: Feb. 2010].

----- . Sistema financiero. [En línea] s.p.i. <Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Sistema_financiero> [consulta: Feb. 2010].

----- . Unión Europea. [En línea] s.p.i. <Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%B3n_Europea> [consulta: Mar. 2010].