

TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS – TÍTULO VALOR ELECTRÓNICO - MENSAJE DE DATOS - ACCIÓN CAMBIARIA

Concepto 2006033594-001 del 29 de agosto de 2006.

Síntesis: *Las condiciones del servicio de transferencia electrónica de fondos que ofrecen las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera están determinadas por lo pactado en el contrato por el principio de la autonomía de la voluntad. La prueba o el documento soporte de la realización de las transacciones dependerá de lo que se haya previsto en el acuerdo. Los principios de literalidad u autonomía en los títulos valores electrónicos. Un mensaje de datos podrá ser calificado como título valor si cumple los requisitos previstos por la Ley 527 de 1999 y las características de los títulos valores, advirtiendo que existen requisitos especiales en la legislación mercantil para títulos valores como el cheque, el pagaré, la letra de cambio y los bonos. La ley reconoce al tenedor de un título valor, como el cheque, que carezca de acción cambiaria por haber operado la caducidad o la prescripción de ésta, la posibilidad de adelantar la acción en contra de quien se haya enriquecido sin causa por su omisión y concede un término máximo de un año a partir de tal circunstancia para adelantar esa acción. Las transferencias electrónicas de fondos surten sus efectos únicamente cuando la orden de transferencia ha sido aceptada por el respectivo sistema, cumpliendo con procedimientos y controles de riesgos definidos por la entidad encargada de procesarlas.*

«(...) formula los siguientes interrogantes:

“1. ¿Cuál sería el soporte legal o documento que representa el título valor de una transferencia electrónica de fondos, realizada para extinguir una cuenta por pagar?”

“2. ¿Cuál sería el soporte legal para asimilar la prescripción y caducidad de naturaleza comercial sobre los derechos y obligaciones incorporados en una transferencia electrónica de fondos, a la prescripción y caducidad de un título valor material?”

“Lo anterior teniendo en cuenta, que el Código Civil Colombiano precisa dos (2) clases de prescripción, una para el título valor que ocurre (6) meses después de haberse girado y no cobrado o no retirado el mismo y la otra, que corresponde a la prescripción del derecho contenido en el título valor y que surte efectos después de un (1) año contado a partir de la prescripción del cheque.

“3. Según, la legislación comercial, en el caso de los cheques girados y no cobrados o no retirados por el beneficiario final el plazo establecido para considerarse como Acreedor Varios es de seis (6) meses a partir de la fecha de la expedición o giro del título valor (cheque).

“Consecuente con lo anterior, ¿Para el caso del pago por medio de una transferencia electrónica de fondos no exitosa, se aplicarían los mismos términos que para el pago mediante cheque para considerarse como Acreedor Vario, o cuales son los términos de Ley aplicables?”

“4. ¿A partir de qué momento comenzarían a correr los términos por el pago no exitoso mediante transferencia electrónica de fondos para considerar los recursos como Acreedores Varios?”

Sobre el particular debe indicarse, en primer término, que la Superintendencia Bancaria de Colombia se fusionó en la Superintendencia de Valores¹, cambiando ésta última su nominación a la de Superintendencia Financiera de Colombia, Organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al que le corresponde ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

De conformidad con el artículo 121 de la Constitución Política, las autoridades públicas sólo tienen competencia en relación con las materias a su cargo y con sujeción a las funciones a ellas asignadas y, en el caso de esta Superintendencia, se encuentran referidas únicamente a las entidades sometidas a su supervisión, instituciones que son las determinadas en el numeral 2 del artículo 2 del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – EOSF-, y el artículo 75, parágrafo 3, numerales 1 y 2 de la Ley 964 de 2005.

Bajo esta perspectiva, la respuesta a su consulta se desarrollará dentro del marco de la competencia legal que corresponde a este Organismo, siendo necesario para el efecto realizar los siguientes comentarios generales a partir de los cuales se absolverán los interrogantes formulados:

1. Por medio de la Ley 527 de 1999 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 otras disposiciones.

La exposición de motivos de dicha norma pone de presente que la misma obedeció a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico colombiano a los adelantos tecnológicos y avances en los sistemas de información, a falta de un régimen específico que regulara el intercambio electrónico de informaciones y otros medios conexos de comunicación de datos que comienzan a reemplazar a los tradicionales soportes documentales basados en el papel.

Sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C - 831 de 2001, alude a los antecedentes de la Ley en comento, de la siguiente manera:

¹ Decreto 4327 de 2005. Artículo 1°.

“La Ley 527 de 1999 es, pues, el resultado de una ardua labor de estudio de temas de derecho mercantil internacional en el seno de una Comisión Redactora de la que formaron parte tanto el sector privado como el público, bajo cuyo liderazgo se gestó a iniciativa del Ministerio de Justicia y con la participación de los Ministerios de Comercio Exterior, Transporte y Desarrollo.

“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.”

De manera específica, la Ley 527 de 1999² adoptó el criterio de los equivalentes funcionales basado en el análisis de los fundamentos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas, definiéndose requisitos como la fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación sobre papel.

Lo anterior, para dotar a los documentos electrónicos de niveles de seguridad y confiabilidad, 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 norma.

En ese sentido, es importante referirse al contenido de la Ley 527 de 1999 para establecer qué se entiende por mensaje de datos, sus efectos jurídicos, así como su admisibilidad y la fuerza probatoria de los mismos.

Al respecto, el artículo 2º, literal a) de la citada Ley establece que se entenderá por Mensaje de datos: *“la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI)³, el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax”.*

² Esta Ley, según la exposición de motivos de la misma, tuvo como fundamento la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI – sobre comercio electrónico, la cual buscaba ofrecer un marco jurídico que permitiera un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de comercio electrónico, así como servir de referencia a los países en la modernización de ciertos aspectos de sus leyes y prácticas en las comunicaciones a través de medios computarizados y otras técnicas modernas.

³ El literal e) del mismo artículo 2 define el Intercambio Electrónico de Datos como *“La transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, que está estructurada bajo normas técnicas convenidas al efecto”.*

Conforme a su definición, la noción de mensaje de datos comprende también la información obtenida por medios análogos a los electrónicos que existan en el ámbito de las técnicas de comunicación modernas, entendiéndose que la norma no está exclusivamente destinada a conducir las prácticas modernas de comunicación, sino que pretende ser útil para involucrar todos los adelantos tecnológicos que se generen en un futuro.

El objetivo perseguido por la citada Ley, como se ha expuesto, es que el mensaje de datos como tal, reciba el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, otorgándole la misma eficacia jurídica, en tanto atienda con los requisitos allí exigidos.

La Corte Constitucional en la Sentencia referida, aludiendo también a la exposición de motivos de la Ley 527 de 1999, expresa que dentro de las características esenciales del mensaje de datos se encuentran las siguientes:

- Es 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.

El artículo 5 de la Ley en comento de manera expresa consagra que *“No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensajes de datos”*.

Igualmente la citada Ley en su artículo 6 previó que *“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”*.

En cuanto a su valor probatorio, el artículo 10 ibídem dispuso lo siguiente:

“Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”.

A su vez, el artículo 11 indica que para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios

reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas, para lo cual deberá observarse *“la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en 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”*.

Debe destacarse, como condición de particular importancia, la de la integridad de los mensajes de datos, que viene a satisfacerse con los sistemas de protección de la información como la Criptografía y las firmas digitales, al igual que la actividad de las Entidades de Certificación, encargadas de proteger la información en diversas etapas de la transacción, dentro del marco de la autonomía de la voluntad.

También la Ley en comento otorga validez y fuerza obligatoria a los contratos celebrados a través de mensajes de datos. El artículo 14 *ibídem* expresa que *“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”*.

“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”.

Se observa entonces que la Ley 527 de 1999 otorga a los mensajes de datos, así como a las relaciones que se traben en virtud de los mismos, un reconocimiento jurídico y una validez probatoria bajo ciertas condiciones y requisitos que garanticen su origen, integridad y confiabilidad.

Así, cualquier operación o relación jurídica que se surta en virtud de uno o varios mensajes de datos, tendrá los mismos efectos jurídicos de cualquier otra que haya sido originada a través de los tradicionales documentos sobre papel, con la particularidad de que el fundamento de las primeras lo constituirá la información contenida en forma de mensaje de datos, que de conformidad con el ya referido artículo 10 *ibídem*, tendrá plena admisibilidad y fuerza probatoria en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil.

Cabe señalar que las condiciones bajo las cuales se preste el servicio de transferencia electrónica de fondos que puedan ofrecer las entidades vigiladas por esta Superintendencia, como por ejemplo los bancos o las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor, está determinado por lo pactado por las partes al momento de celebrar el respectivo contrato, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad contenido en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales”*.

En ese sentido, la prueba o el documento soporte de la realización de las transacciones u operaciones correspondientes dependerá de lo que se haya previsto en el respectivo acuerdo. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que en caso de presentarse un

conflicto entre las partes con ocasión de la prestación del servicio y, específicamente respecto de la prueba en la realización de una transacción, no será competencia de esta Superintendencia entrar a juzgar dicha situación, como tampoco determinar responsabilidades, declarar derechos u ordenar el pago de daños o el resarcimiento de perjuicios causados en el desarrollo de la actividad contractual.

Por lo anterior, si el cliente considera que con el proceder de una de las entidades vigiladas que ofrece este servicio se le ha ocasionado algún perjuicio, deberá acudir ante las autoridades jurisdiccionales para que se determinen responsabilidades o indemnizaciones de ser procedente⁴.

2. De otra parte, debe precisarse que no siempre un mensaje de datos tendrá la calidad de título valor, pues ello dependerá de si el mismo cumple o no con las menciones y requisitos exigidos por la legislación mercantil para tipificarlas como tal, según pasa a explicarse.

A manera de ilustración se realizarán algunas referencias normativas y doctrinarias, así como algunos comentarios generales acerca de los títulos valores y de los considerados por la doctrina títulos valores virtuales o electrónicos, así como de sus principales características, en aras de brindar algunos elementos de juicio que permitan establecer si un determinado mensaje de datos puede connotar o no como título valor.

Al respecto, se considera pertinente acudir al artículo 619 del Código de Comercio, que define los títulos valores como “(...) *documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación, y de tradición o representativos de mercancías*”.

- En primera instancia, la norma indica que el título valor es un documento, y en ese sentido, ha de considerarse que el soporte de un título valor virtual o electrónico será el Mensaje de Datos, que de acuerdo con su definición legal ya referida, contiene la información generada, enviada, recibida, almacenada, comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos, Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

Sobre el particular, tratadistas como Ricardo León Carvajal y Martha Cecilia Giraldo⁵ han señalado lo siguiente:

“Las bases de datos, archivos, centros de procesos, registros automatizados, registros electrónicos y mensajes operados electrónicamente a través de claves técnicas, son el soporte esencial para la existencia del título valor electrónico;

⁴ Sobre el particular puede consultarse la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Sustanciador, Miguel Lleras Pizarro, del 9 de Octubre de 1974, Expediente 2945, que señala lo siguiente: “...el Superintendente no puede ordenar ni directa ni indirectamente que tal perjuicio sea reparado, ni siquiera puede estimar si hubo o no perjuicio o si cumplió bien o mal la obligación del contrato porque tan extensiva interpretación de sus facultades de vigilancia transformaría su función de administrativa en jurisdiccional”.

⁵ LEON CARVAJAL, Ricardo; GIRALDO, Martha Cecilia, “Título Valor Electrónico”, Señal Editora, Primera Edición, 1999, página 29.

sistemas electrónicos que permiten incorporar el derecho, constituyendo una unidad, ‘un matrimonio indisoluble’, al igual que papel y derecho incorporado constituyen un Título Valor (tradicional)...”.

- En segundo lugar, y siguiendo la definición del artículo 619 del Código de Comercio, las características esenciales predicables de los títulos valores, son las siguientes:

a) La incorporación, que consiste en la necesaria fusión del derecho con el título, es decir, las obligaciones de quien suscriba un título valor se materializan en el cuerpo mismo del título y en virtud de tal se traba entre el documento y el derecho una relación inescindible, indisoluble y permanente que implica que éste no tendrá existencia sin aquél, de suerte que quien tiene el título, tiene el derecho.

Para los efectos del título valor electrónico, ha de entenderse, como se expuso, que el documento es el mensaje de datos, y por consiguiente se predica entre éste último y el derecho que en el se incorpora una conexión íntima e indisoluble, derecho que puede ser de contenido crediticio, corporativo o de participación, y de tradición o representativo de mercancías.

Es pertinente señalar que el derecho incorporado al título no es el que nace de la relación originaria (compraventa, mutuo, depósito), pues se trata de un derecho correlativo a la obligación que nace de la creación y de la puesta en circulación del título⁶.

b) La legitimación por su parte es consecuencia de la incorporación y hace referencia a la potestad que la ley confiere al tenedor que posee el título, según su propia ley de circulación, para hacer efectivos los derechos del mismo y disponer de ellos. El artículo 647 del Código de Comercio la define de la siguiente manera: “*Se considerará tenedor legítimo del título quien lo posea conforme a su ley de circulación*”.

La legitimación puede adquirir una doble connotación: activa, que determina el derecho del tenedor de reclamar lo consignado en el título, y pasiva, que implica la obligación o facultad del deudor de no pagar sino a quien exhiba el documento que se está poseyendo de acuerdo a las reglas propias de su circulación.⁷

En cuanto al título valor electrónico, el tenedor del mismo tiene la facultad para ejercer el derecho consignado en él o para transmitirlo de acuerdo con su ley de circulación. Al respecto, el tratadista Héctor Alegría⁸ manifiesta sobre este tema lo siguiente:

“Desde un punto de vista exclusivamente académico estimamos que los ‘títulos desmaterializados’ circulan mediante lo que podríamos llamar ‘transmisión informática’. Esta nueva modalidad consiste en la registración por medios

⁶ TRUJILLO CALLE, Bernardo, “De los Títulos Valores”, Tomo I, Parte General. Editorial Leyer. 2000, Página 39.

⁷ Ibidem. Página 45.

⁸ ALEGRIA, Héctor., “La desmaterialización de los títulos valores” Revista de Derecho Comercial y de las obligaciones. Buenos Aires: Depalma, 1988, Pág. 914.

propios de la informática (ley de circulación), de la cual surge la legitimación del titular registrado para el ejercicio de los derechos respectivos”.

Respecto de la Ley de circulación de los títulos valores electrónicos debe señalarse que no es común la entrega material del mismo, de manera que se transferirá a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de registros electrónicos o de cualquier otro medio similar de computadora a computadora. En ese sentido, la doctrina⁹ ha señalado lo siguiente:

“Lo que conlleva a la circulación o transferencia del título valor electrónico continuará siendo semejante a la del título valor tradicional, toda vez que incluso es endosable, pues mientras el contenido de un mensaje de datos o del registro electrónico sea completo y esté inalterado, los complementos que se inserten en él, no afectan su condición de original, ya que esas adiciones se tomarían como escritos complementarios anexos al documento electrónico...”

“(...) la transferencia del título valor electrónico o a la orden, y de acuerdo con su ley de circulación, requiere del endoso electrónico y de la entrega electrónica (remisión y recibo del mensaje de datos o del registro electrónico). El título valor electrónico nominativo, requiere del endoso electrónico, de la entrega electrónica y del registro en el libro del obligado. El título valor electrónico al portador, continuará circulando con la mera entrega electrónica del mismo al nuevo tenedor endosatario, pero a diferencia del título valor tradicional, cada nuevo tenedor queda identificado a través del registro electrónico de transferencia del mismo”.

c) La literalidad hace relación al derecho y la consecuente obligación que aparecen consignadas en el título de manera literal. Así, el tenedor legítimo de un título sólo podrá exigir que se le satisfaga el derecho en él consignado en los términos en que ha quedado escrito en el documento, y el obligado no podrá cumplir una obligación diferente a la prevista en el mismo documento. En tal sentido, el artículo 626 ibídem, determina que *“El suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia”.*

Respecto del título valor electrónico, el tenedor legítimo del mismo podrá exigir el cumplimiento del derecho contenido en el respectivo mensaje de datos y el obligado deberá atender la obligación que se haya previsto en el mismo.

Los citados doctrinantes Ricardo León y Cecilia Giraldo sobre el principio de literalidad en los títulos valores electrónicos han manifestado lo siguiente:

“Es por ello, que los derechos y obligaciones contenidas en el título valor electrónico o informático, se miden por la extensión y profundidad en que han sido consignados a través de mensajes de datos electrónicos (declaración de

⁹ LEON CARVAJAL Ricardo, GIRALDO Maria Cecilia, Ob. Cit Páginas 50 y 51.

voluntad) hacia el documento electrónico o informático. Es precisamente el tenor literal del mensaje electrónico y del registro electrónico lo que nos lleva a la conclusión, que el título valor electrónico vale por lo que dice textualmente el mensaje electrónico y en cuanto lo dice conforme a unas pautas trazadas por la ley”.

d) La autonomía por su parte indica que el derecho de cada titular del título valor es independiente del derecho que tenía o podía tener quien transmitió el respectivo título. Así, todo poseedor o endosatario del título, lo es en forma originaria en virtud de un derecho que ha sido transferido, absolutamente desligado del negocio subyacente y de las relaciones que pudieron existir entre todos los propietarios anteriores¹⁰.

En tal sentido, el artículo 627 de la legislación mercantil dispone que *“Todo suscriptor de un título valor se obligará autónomamente. Las circunstancias que invaliden la obligación de alguno o algunos de los signatarios, no afectarán las obligaciones de los demás”.*

Sobre la autonomía en los títulos valores electrónicos la doctrina¹¹ ha indicado lo siguiente:

“Consiste en la independencia del derecho que surge para cada tenedor respecto de lo que hubiere ocurrido en la relación o negocio causal subyacente, o en las transferencias electrónicas anteriores a su adquisición, lo que conlleva a que el último tenedor adquiera un derecho purificado de cualquier vicio que hubiere podido existir en su vida anterior. Es así como el tratadista Gilberto Peña Castrillón¹² en su exposición Hacia una nueva concepción del Título Valor durante el VI Encuentro Latinoamericano de Expertos en Seguridad Bancaria, destaca la importancia y vigoriza el principio de la Autonomía al expresar:

‘En este punto la novedad es el evidente fortalecimiento de la autonomía, esto es, de la independencia del derecho de cada nuevo adquirente de un título valor remodelado electrónicamente, porque ahora cada nueva negociación acarrea una verdadera creación del título valor, terreno en que resultaron inesperadamente útiles los títulos al portador como sucedió en España, circunstancia que independiza totalmente el derecho que surge para cada nuevo adquirente, respecto de lo que hubiera podido ocurrir en las negociaciones precedentes. Por lo anterior, el efecto práctico de toda esta experiencia cambiaría de porte electrónico es la incuestionable salvaguardia y fortalecimiento del principio de la autonomía que constituye, precisamente, la finalidad de la lucha por los títulos valores’.”.

¹⁰ TRUJILLO CALLE, Bernardo, Ob. Cit. Página 57.

¹¹ LEON CARVAJAL, Ricardo; GIRALDO, Martha Cecilia, Ob. Cit. Págs 37 y 38.

¹² PEÑA CASTRILLON, Gilberto. “Hacia una nueva concepción del título valor”. Ponencias VI Encuentro Latinoamericano de expertos en Seguridad Bancaria. (1991. Bogotá).

Finalmente, se considera relevante aludir a los requisitos generales que debe contener todo título valor en los términos del artículo 621 del Código de Comercio, cuyo tenor es el siguiente:

“Además de lo dispuesto para cada título valor en particular, los títulos valores deberán llenar los requisitos siguientes:

- ‘1. La mención del derecho que en el título se incorpora, y*
- 2. La firma de quien lo crea’*

La firma podrá sustituirse, bajo la responsabilidad del creador del título, por un signo o contraseña que pueda ser mecánicamente impuesto”.

Al respecto, se destaca que el numeral 1 de la norma transcrita hace alusión a una de las características esenciales de los títulos valores que es la incorporación, según la cual, como se expuso, entre el documento (para el caso de los títulos valores electrónicos se entenderá que es el mensaje de datos) y el derecho existe una conexión inescindible e indisoluble.

El numeral 2 por su parte, hace referencia a la firma de quien lo crea, y en ese sentido resulta pertinente acudir a lo dispuesto por la Ley 527 de 1999 en cuanto a la firma en los mensajes de datos. Precisamente, el artículo 7 señala lo siguiente:

“FIRMA. Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

“a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;

“b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

“Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma”.

También el artículo 28 *ibídem* respecto de las firmas digitales indica:

“ARTICULO 28. ATRIBUTOS JURIDICOS 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 aquélla 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”.*

De manera que para determinar la existencia de la firma en un mensaje de datos, habrá de tenerse en cuenta el contenido de los artículos transcritos.

En punto al contenido del artículo 621 del Código de Comercio, la entonces Superintendencia Bancaria, en Oficio OJ – 055 de marzo 5 de 1982, manifestó que cualquier documento que llene los requisitos esenciales de que trata el artículo 621 del Código de Comercio puede calificarse como título valor, en los siguientes términos:

“(…) en nuestro actual sistema positivo, tiene la calificación de tal, cualquier documento que llene los requisitos esenciales contemplados por el artículo 621 del Código de Comercio. La discusión doctrinaria que existe en torno a los títulos valores, radica en si únicamente lo son los consagrados en la ley, o si por el contrario, la costumbre y los particulares pueden crear un título valor sin calificarlo expresamente como tal, y es precisamente el caso de los certificados de depósito a término, de los certificados de ahorro de valor constante y otros muchos que conforman hoy en día el mercado financiero institucional. Todos ellos, aunque no son calificados como títulos valores expresamente, lo son por cumplir con los requisitos generales contenidos en el citado artículo 621 del Código de Comercio y los especiales que en un momento dado se exijan para ellos”.

Teniendo en cuenta lo anterior, un mensaje de datos podrá ser calificado como título valor, en la medida en que además de los requisitos previstos por la Ley 527 de 1999 para ser considerado como mensaje de datos, cumpla con las características propias de los títulos valores y con los requisitos generales previstos por el artículo 621 del Código de Comercio.

No obstante lo expuesto, cabe advertir que existen ciertos elementos y requisitos especiales previstos por la legislación mercantil para determinados títulos valores como el cheque (Artículo 712), el pagaré (Artículo 709), la letra de cambio (Artículo 671), los bonos (Artículo 752), entre otros, que determinan el cumplimiento de los requisitos generales indicados en el aludido artículo 621 y los especiales previstos para cada uno de ellos.

Para el caso específico del cheque (motivo de su consulta), debe indicarse en cuanto a su creación y forma, que de conformidad con lo expresado por el artículo 712 del Código de Comercio *“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”.

Sobre dicha formalidad, la Circular Básica Jurídica proferida por la entonces Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, en el Título III pág 6¹³ señala lo siguiente:

“Las prácticas adoptadas por los bancos deben consultar las previsiones de seguridad y prudencia que garanticen los derechos no solo de los cuentacorrentistas sino en general de los tenedores de los cheques, por tal razón, estos títulos únicamente pueden ser librados en formularios elaborados o autorizados por los bancos. En tal virtud, los formularios de cheques serán impresos por los bancos bajo su responsabilidad y contendrán necesariamente el nombre del banco librado y una numeración consecutiva que permita identificarlos plenamente.

Cuando, excepcionalmente, los bancos autoricen a su clientela para elaborar formularios especiales de cheques, se suscribirá un documento en que consten claramente las obligaciones que se generan para el cuentacorrentista, los requisitos y factores de seguridad que deberán llenar los instrumentos y particularmente, la necesidad de incluir la impresión del nombre del librado y del número de identificación de los cheques”.

Para este efecto, se le señalará a cada cliente numeraciones consecutivas y particulares que deberán estar impresas en los cheques, de manera que permitan identificarlos, sin lugar a duda como correspondientes a los instrumentos especiales, cuya elaboración ha sido autorizada al mismo.

En ningún caso se autorizarán chequeras especiales que, al carecer de los requisitos mencionados, permitan librar cheques a cargo de distintos banco al arbitrio del titular de las cuentas corrientes.

Cuando el banco utilice para el procesamiento de sus cheques caracteres magnéticos que identifiquen tanto al banco como al cliente o a cualquiera de ellos, dichos caracteres serán necesariamente impresos por el banco, aún cuando medie contrato para elaboración de chequeras especiales”.

A su vez, el artículo 713 del Código de Comercio contiene los requisitos que debe atender el cheque, cuyo tenor es de la siguiente manera:

“El cheque deberá contener, además de los dispuesto por el artículo 621:

¹³ Esta norma puede ser consultada en la página web de esta Superintendencia www.superfinanciera.gov.co en el icono Normativa, Normas Destacadas.

1. *La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero;*
2. *El nombre del banco librado, y*
3. *La indicación de ser pagadero a la orden o al portador”.*

La Jurisprudencia¹⁴ ha expresado que “*Los cheques comunes y corrientes son aquellas especies de títulos valores de contenido crediticio en dinero, expedidos en formularios impresos de cheques o chequeras y a cargo de un banco (art. 712 C. de Co.), de acuerdo a la provisión de fondos y autorización correspondiente (art. 714 ibídem), que sólo pueden ser pagaderos ‘a la orden o al portador’ (art. 713, num, 3 ibídem), los que son libremente negociables ‘conforme a su ley de circulación’ (arts. 630 y 647 ibídem), de acuerdo a uno (arts. 651 y ss. C. de Co.) u otro carácter (arts. 668 y ss. ibídem)”.*

El cheque, en estricto sentido, ha sido considerado como un medio de pago y como una forma de disponer de una suma de dinero que tiene el girador en el banco librado, y en esa medida debe contar con ciertas seguridades en aras de proteger no sólo a los cuentacorrientistas, sino también a los tenedores de los cheques, motivo por el cual, éstos títulos valores sólo pueden ser creados en los formularios del mismo banco¹⁵.

En ese sentido, cabe advertir que un mensaje de datos en tanto no cumple con los requisitos previstos de manera especial para el cheque, como el señalado expresamente respecto de su creación y forma como la de “ser expedido en formularios impresos de cheques o chequeras”, no podrá ser considerado como tal, ni adquirir dicha connotación para que se entienda que sobre éstos surten los mismos efectos jurídicos previstos para el cheque.

Si bien la formalidad del escrito se entiende cumplida mediante el mensaje de datos según lo prevé el artículo 6 de la Ley 527 de 1999, para que un documento pueda ser considerado como cheque no es suficiente con que se atienda dicha formalidad, pues existen unos requisitos especiales como es el de la creación y forma de dicho título valor que no pueden ser obviados so pena de que no produzcan los efectos para ellos previstos, de conformidad con lo previsto por el artículo 620 del Código de Comercio.

Así las cosas, es de precisar que determinados fenómenos jurídicos como lo son la caducidad y la prescripción de la acción cambiaria derivada del cheque no pueden ser aplicados a otros documentos diferentes a éstos, incluidos los mensajes de datos.

3. Ahora bien, respecto de la caducidad y prescripción de la acción cambiaria derivada del cheque aludidas en su escrito en los numerales 2 y 3, se estiman pertinentes las siguientes precisiones:

¹⁴ Sentencia del 15 de febrero de 1991 de la Corte Suprema de Justicia, Casación Civil. M. P. Pedro Lafont Pianetta.

¹⁵ PEÑA NOSSA, Lisandro, RUIZ RUEDA, Jaime, “Curso de Títulos Valores”, Editorial Librería del Profesional, 1986, pág. 174).

Los términos previstos por el artículo 718 del Código de Comercio para la presentación del cheque, determinan la ocurrencia de la caducidad y de la prescripción de la acción cambiaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 729 y 730 *ibídem*.

En efecto, el referido artículo 718 señala los plazos máximos de presentación del cheque de la siguiente manera:

"Los cheques deberán presentarse para su pago:

- 1. Dentro de los quince días a partir de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición;*
- 2. Dentro de un mes, si fueren pagaderos en el mismo país de su expedición, pero en lugar distinto al de ésta;*
- 3. Dentro de tres meses, si fueren expedidos en un país latinoamericano y pagaderos en algún otro país de América Latina, y*
- 4. Dentro de cuatro meses, si fueren expedidos en algún país latinoamericano para ser pagados fuera de América Latina".*

De acuerdo con lo señalado en el artículo 729 de la ley mercantil, la consecuencia por la inoportuna presentación del cheque dentro de los plazos establecidos en el artículo arriba transcrito, es la caducidad de la acción cambiaria¹⁶. Con ello se busca sancionar al tenedor del cheque y, por ende titular de la acción, por la no oportuna presentación del título valor para su pago.

En efecto, los requisitos para que opere la caducidad de la acción cambiaria contra el librador y sus avalistas se establecen en los siguientes términos:

"ART. 729. La acción cambiaria contra el librador y sus avalistas caduca por no haber sido presentado y protestado el cheque en tiempo, si durante todo el plazo de presentación el librador tuvo fondos suficientes en poder del librado y, por causa no imputable al librador, el cheque dejó de pagarse.

"La acción cambiaria contra los demás signatarios caduca por la simple falta de presentación o protesto oportunos".

De manera que la caducidad de la acción cambiaria contra el librador y sus avalistas, supone de una parte, que el cheque no haya sido protestado y presentado en tiempo y, de otra, que durante todo el plazo de presentación el librador tuvo fondos suficientes en poder

¹⁶ La acción cambiaria es "(...) *la promovida por el tenedor del título-valor que esté legitimado para exigir su cobro al obligado y obligados ante la imposibilidad de reclamar el pago extrajudicialmente*". (Rengifo Ramiro, *La letra de cambio y el cheque*, 1ª edición; Comisión pequeño foro. Edijus, 1974, Pág.82). Se podría decir que se trata de una acción ejecutiva especial, ya que sus alcances, las condiciones dentro de las cuales puede promoverse, los medios con que cuenta el demandado para enervarla, etc. son reguladas por el Código de Comercio.

del librado y por causa no imputable a éste dejó de pagarse. En cuanto respecta a la caducidad de la acción contra los demás signatarios del cheque, el mismo artículo sólo exige la falta de presentación o de protesto oportunos.

Se observa entonces que para efectos de la caducidad de la acción cambiaria, el titular de la misma pierde la posibilidad legal de hacer efectivo judicialmente el derecho que incorpora el título valor. No puede olvidarse que: “Con la caducidad de la acción cambiaria se sanciona la falta de actividad del titular de la acción, al no presentar el cheque para su pago”¹⁷.

Sin embargo, dispone el artículo 721 que a pesar de no llevarse a cabo la presentación del título valor dentro del plazo fijado en el artículo 718 para ello *“el librado deberá pagarlo si tiene fondos suficientes del librador o hacer la oferta de pago parcial, siempre que se presente dentro de los seis (6) meses que sigan a su fecha”*.

Lo anterior significa que aunque no se presente el cheque para su pago dentro de los plazos que trae el artículo 718 tantas veces citado, el banco librado continuará obligado a pagar su importe durante el término de seis meses a partir de la fecha de su expedición siempre que el tenedor lo presente para su pago antes de que transcurra dicho plazo.

De otro lado, respecto de la prescripción de la acción cambiaria, debe indicarse que ha sido entendida como un modo de extinguir las acciones o derechos ajenos, por no haberlos ejercido durante cierto lapso de tiempo.

Sobre el particular, el artículo 730 *ibídem* señala lo siguiente:

“Las acciones cambiarias derivadas del cheque prescriben: las del último tenedor, en seis meses, contados desde la presentación; las de los endosantes y avalistas en el mismo término, contado desde el día siguiente a aquel en que paguen el cheque”.

En tal virtud, la prescripción de la acción cambiaria para este título valor opera trascurridos seis meses contados a partir de la presentación dentro de los plazos que trae el artículo 718, ya que, tal como lo expresó la entonces Superintendencia Bancaria¹⁸ y lo señala la doctrina nacional, no puede contarse dicha prescripción a partir del plazo establecido en el artículo 721 *“pues por definición del propio texto, la que se haga conforme al 721 es inoportuna”*¹⁹.

¹⁷ Oficio Superintendencia Bancaria OJ- 077 de 1980.

¹⁸ Al respecto la Superintendencia manifestó: *“...la redacción del artículo 730 se presta a confusión, por cuanto se ha estimado que la presentación debe hacerse de conformidad con los plazos del 721. Como ya quedó explicado, la presentación debe efectuarse dentro de los términos del artículo 718, puesto que el artículo 721 establece una obligación del banco que no debe tomarse como referencia para determinar la caducidad y la prescripción de la acción cambiaria derivada del cheque”*. Oficio OJ-077 del 25 de noviembre de 1980.

¹⁹ TRUJILLO CALLE, Bernardo, Ob. Cit., pág. 461.

No obstante, en el caso del cheque, habiendo operado la prescripción o caducidad de la acción cambiaria, la ley otorga al acreedor la posibilidad de adelantar la acción de enriquecimiento sin causa. Al respecto, señala el artículo 882 del Estatuto Mercantil que *“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”*.

En tal virtud, la ley reconoce al tenedor de un título valor (aquí cheque) que carezca de acción cambiaria por haber operado la caducidad o la prescripción de ésta, la posibilidad de adelantar la acción en contra de quien se haya enriquecido sin causa por su omisión. No obstante, la ley concede un término máximo de un año a partir de tal circunstancia para adelantar dicha acción, transcurrido el cual opera la prescripción de la misma.

A este respecto, señala la doctrina que: *“el acreedor en esas circunstancias (tiene prescrita o caducada su acción cambiaria; le quedó extinguida su acción causal), tiene como único y último recurso la actio de in rem verso cambiaria, acción que debe ejercer dentro del año siguiente al acaecimiento de la caducidad o la prescripción, que está encaminada a perseguir al obligado cambiario que se hubiere lucrado con la pérdida de sus acciones cambiarias (...)”*²⁰.

4. De otra parte, acerca de las transferencias electrónicas de fondos a las que se refiere también en su petición, debe precisarse que estas surten sus efectos únicamente cuando la orden de transferencia ha sido aceptada por el respectivo sistema, esto es cuando ha cumplido con ciertos procedimientos y controles de riesgos definidos por la entidad encargada de procesarla.

En esa medida, si la orden de transferencia electrónica de fondos no es aceptada por el sistema por no cumplir con algunos de los procedimientos o requisitos previstos por la respectiva entidad para considerarla como tal, ésta simplemente no surte efecto alguno, es decir, no existe a efectos de determinar el cumplimiento o no de la pretendida operación²¹. En ese orden de ideas, es preciso señalar que de una transferencia electrónica de fondos sólo puede predicarse su existencia o inexistencia, dependiendo de si se dan o no los requisitos y procedimientos previstos para ser aceptadas o rechazadas.

5. Habiéndose efectuado las anteriores consideraciones generales, se procede a absolver las inquietudes particulares formuladas en el orden propuesto en su petición, de la siguiente manera:

²⁰ PEÑA CASTRILLON, Gilberto, “Algunas falacias interpretativas de los títulos valores”. Editorial Temis, Bogotá, 1985, pág. 53

²¹ El Decreto 1400 de 2005 establece para el caso de los Sistemas de Pago de Bajo Valor definiciones como la de “Orden de Transferencia o Recaudo”, la de “Orden de Transferencia o Recaudo Aceptada”, así como la obligación de prever en el respectivo Reglamento “Los requisitos y los casos en los cuales las órdenes de transferencia o recaudo enviadas al Sistema de Pago de Bajo Valor se consideran aceptadas”. Dicha norma puede ser consultada en la página Web de esta Superintendencia www.superfinanciera.gov.co en el icono Normativa, normas destacadas.

“1. ¿Cuál sería el soporte legal o documento que representa el título valor de una transferencia electrónica de fondos, realizada para extinguir una cuenta por pagar?”

Al respecto, debe considerarse que el soporte legal de una transferencia electrónica de fondos realizada para extinguir una cuenta por pagar, lo constituirá el mensaje de datos a través del cual se ha surtido la respectiva operación, el cual, en los términos de la Ley 527 de 1999, tiene plena validez y eficacia probatoria.

Cabe advertir que no siempre un mensaje de datos configura un título valor, pues ello dependerá, como se expuso, de que se de cumplimiento a los requisitos legales previstos para los títulos valores²².

En el caso de la transferencia electrónica de fondos es de precisar que el soporte de la misma (el mensaje de datos respectivo) sólo constituye prueba del cumplimiento efectivo de la respectiva operación. Lo anterior, teniendo en cuenta que se entiende que existe una transferencia electrónica de fondos solamente cuando la correspondiente orden ha sido aceptada por el sistema, esto es, cuando ha cumplido con ciertos requisitos y controles de riesgo previamente establecidos, que determinan que será llevada hasta su cumplimiento²³.

Bajo esta perspectiva, la prueba o el soporte de la transferencia electrónica de fondos no puede considerarse como título valor, en la medida en que no es un documento que legitima el ejercicio del derecho literal y autónomo que en el se incorpora, en los términos del artículo 619 del Código de Comercio que define los títulos valores.

“2. ¿Cuál sería el soporte legal para asimilar la prescripción y caducidad de naturaleza comercial sobre los derechos y obligaciones incorporados en una transferencia electrónica de fondos, a la prescripción y caducidad de un título valor material?”

Lo anterior teniendo en cuenta, que el Código Civil Colombiano precisa dos (2) clases de prescripción, una para el título valor que ocurre (6) meses después de haberse girado y no cobrado o no retirado el mismo y la otra, que corresponde a la prescripción del derecho contenido en el título valor y que surte efectos después de un (1) año contado a partir de la prescripción del cheque”.

Teniendo en cuenta que en tanto el soporte o prueba de una transferencia electrónica de fondos (mensaje de datos) no constituye un título valor en los términos de la legislación mercantil por las razones antes indicadas, al mensaje de datos que prueba la realización de la respectiva operación no le resultan aplicables las consecuencias y efectos jurídicos que

²² En el evento en que un mensaje de datos cumpla con los requisitos exigidos por la legislación mercantil para ser considerado como título valor, del mismo se derivarán las consecuencias y efectos jurídicos propios de los títulos valores como lo son la caducidad o la prescripción de la acción cambiaria.

²³ Como se expuso en el numeral 4 del presente documento, una orden de transferencia que haya sido rechazada, se entiende inexistente y no surte efecto jurídico alguno. Por ello no es posible señalar que sobre una orden de transferencia rechazada está pendiente su cumplimiento.

se derivan exclusivamente de la naturaleza de los títulos valores, como lo pueden ser la caducidad o prescripción.

“3. Según, la legislación comercial, en el caso de los cheques girados y no cobrados o no retirados por el beneficiario final el plazo establecido para considerarse como Acreedor Varios (sic) es de seis (6) meses a partir de la fecha de la expedición o giro del título valor (cheque).

Consecuente con lo anterior, ¿Para el caso del pago por medio de una transferencia electrónica de fondos no exitosa, se aplicarían los mismos términos que para el pago mediante cheque para considerarse como Acreedor Vario, o cuales son los términos de Ley aplicables?”.

“4. ¿A partir de qué momento comenzarían a correr los términos por el pago no exitoso mediante transferencia electrónica de fondos para considerar los recursos como Acreedores Varios?”

Acerca de los numerales 3 y 4 debe indicarse, de conformidad con lo que se ha expresado a lo largo de este documento, que cuando una orden de transferencia electrónica de fondos es rechazada, ello determina su inexistencia, motivo por el cual ésta no puede ser tenida en cuenta para los efectos jurídicos indicados en su escrito.

(...).»