

Señor
JUEZ SEGUNDO (2º) PROMISCO MUNICIPAL DE DE SAN MARCOS
E.S.D.

RADICADO	70708408900220210001200
TIPO DE PROCESO	EJECUTIVO
DEMANDANTE	BANCOLOMBIA
DEMANDADOS	RUIZ CONTRERAS SERVIO MOISES
ASUNTO	RECURSO DE REPOSICIÓN SUBSIDIARIO DE APELACIÓN

HENRY MAURICIO VIDAL MORENO mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.127.852 de Bogotá, abogado titulado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 111215 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado judicial del **FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A.**, subrogatario dentro del proceso de la referencia estando dentro del término legal me permito interponer recurso de reposición subsidiario de apelación contra el auto del 25 de agosto de 2022 donde el despacho se abstiene de dar trámite a la solicitud de acumulación de demanda originada en la subrogación realizada entre **BANCOLOMBIA** y el **FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A.**

PETICIÓN

Solicito, señor Juez, revocar el auto de fecha 25 de agosto de 2022, mediante el cual se abstiene de dar trámite a la solicitud de demanda ejecutiva originada en la subrogación realizada entre **BANCOLOMBIA** y el **FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A.**, por considerar que la decisión es contraria a la ley disponiendo que el **FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A.**, como subrogatario legal puede reclamar al deudor las sumas pagadas por esta a **BANCOLOMBIA**.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

1. El FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A., es una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia cuyo objeto social consiste en obrar de manera principal, pero no exclusiva como fiador o bajo cualquier otra de garante de toda clase de operaciones activas de las instituciones financieras con los usuarios de sus servicios.
2. El FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A., es un deudor solidario (fiador) de los créditos que garantiza y por tanto las garantías se pagan una vez el intermediario ha presentado demanda ejecutiva.
3. En virtud del pago de las garantías el FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A., se encuentra legitimado para recuperar estas sumas.

Tal como lo plasma el capítulo III artículo 240 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Financiero), Modificado por el artículo 48 de la Ley 795 de 2003.

Al actuar el FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A., como deudor solidario estamos frente a la figura de la FIANZA en los términos del Código Civil.

ART. 2361. —La fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.

...

ART. 2371. —Se puede afianzar sin orden y aun sin noticia, y contra la voluntad del principal deudor.

ART. 2395. —El fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada del deudor.

De acuerdo, al anexo No. 2 suscrito por los demandados y que aporte con este escrito se indica: “... Conozco (conocemos) las condiciones de la garantía que otorga el **FNG**, y por tanto, en caso que éste se vea en la obligación de pagar la garantía como consecuencia de mi (nuestro) incumplimiento de la obligación garantizada, el **FNG** tendrá derecho (en productos de garantía con recuperación de cartera) a recuperar las sumas pagadas y se subrogará en la calidad de acreedor por el valor pagado. Así mismo, reconozco (reconocemos) que el pago que llegare a realizar el **FNG** no extingue parcial, ni totalmente, mi (nuestra) obligación con el **INTERMEDIARIO**.”.

Conforme lo ha señalado la Jurisprudencia del Consejo de Estado¹ la sustitución o sucesión procesal es una figura prevista en la ley, por cuya virtud dentro del trámite de un proceso, una persona (natural o jurídica) ajena a la relación jurídica sustancial que se discute en dicho litigio pueda ocupar el lugar o posición procesal que ocupa otra, llamada parte o tercero, por haber devenido titular de los derechos sobre la cosa litigiosa. Así pues, la sucesión procesal consiste en que una persona que originalmente no detentaba la calidad de demandante o demandado, por alguna de las causales de transmisión de derechos, entra a detentarla. En consecuencia, dicha figura pretende, a la luz del principio de economía procesal, el aprovechamiento de la actividad procesal ya iniciada y adelantada, de tal manera que no sea necesario iniciar un nuevo proceso.

Con fundamento en los artículos 1579 y 2395 del Código Civil, el fiador es un garante personal no un deudor, aunque responde frente al acreedor hasta el monto respaldado, por lo que, al haber cancelado una suma de dinero al acreedor primario, puede ejercer la acción de

¹ Sentencia 2006-00188 de abril 3 de 2013. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. Rad: 2300123310002060018803. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Edgardo Gómez.

reembolso del pago, intereses e indemnizaciones a que hubiere lugar, empleando la figura como fundamento para recuperar lo afianzado.

El **FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A.**, es un sucesor procesal de **BANCOLOMBIA**, por cuanto se constituye en un nuevo acreedor por el monto pagado, esto es la suma de \$31.937.503.00, siendo poseedor de todos los derechos, acciones y privilegios del **BANCOLOMBIA**, siempre y cuando a éste se le cancele el total de la deuda contraída por el sujeto pasivo inicial, es decir RUIZ CONTRERAS SERVIO MOISES, modificándose entonces el sujeto material activo de la obligación, pero el jurídico de acreedor se mantiene en la figura de la subrogación.

El artículo 68 del Código General del Proceso establece “El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.”. En este caso la aceptación se da con el anexo número 2.

El legislador aceptó la transferencia de los derechos que forman parte de una disputa judicial, como puede ser la compraventa, la permuta, una cesión de derechos personales, la cesión de contrato etc. De igual forma, es posible que este cambio de parte se justifique por la transferencia de derechos que se producen, por el solo ministerio de la ley, al perfeccionarse o realizarse una serie de actos jurídicos de la más variada naturaleza. Dentro de este grupo, el caso más frecuente puede provenir, entre otros de la subrogación de un tercero por el pago de la obligación, ya sea de manera parcial o total, que se cobra dentro de un proceso ejecutivo.

4. Para mayor claridad del concepto que nos ocupa me permito indicar: “Naturaleza jurídica de la subrogación. Diferencias con la novación, la cesión de créditos y el pago efectivo. “El pago con subrogación es una institución que presenta mucha semejanza con varias otras instituciones del derecho: la novación y la cesión de créditos. Pero no es posible confundirla ni con una ni con otra.

En la novación hay cambio de acreedor y en el pago con subrogación hay cambio de la persona del acreedor, los efectos que ese cambio produce en la novación y en la subrogación, son diametralmente opuestos, porque mientras en la novación ese cambio extingue la obligación, en el pago con subrogación no la extingue. De ahí se sigue que en la novación el reemplazo de la obligación antigua por el cambio de acreedor extingue la obligación primitiva; en cambio, en el pago con subrogación el crédito no se extingue, sino que permanece la obligación misma; sólo ha variado la persona material del acreedor, y el subrogado puede entrar a ejercer todos los derechos y privilegios del acreedor.

Más semejanzas tiene la subrogación con la cesión de derechos, porque en ambas instituciones hay cambio de acreedor y el crédito subsiste, queda vivo; en la cesión de derechos, como en la subrogación el crédito pasa de manos del cedente a manos del cesionario, cuyos derechos no son otros que los que el cedente tenía. Sin embargo, no pueden confundirse estas dos instituciones, porque la cesión de créditos es el resultado de

un contrato que será venta o permuta u otro contrato que tiene precisamente por objeto transferir el crédito al cesionario, por lo que éste no hace otra cosa que ejercitar los derechos que al cedente correspondían. La cesión de créditos es un acto de especulación, es un negocio en que el cedente obtiene el pago del crédito antes de que venza; el cesionario paga menos de lo que en realidad vale el crédito, por lo que después va a recibir más de lo que pagó.

En cambio, en la subrogación no hay un fin de especulación: la subrogación es simplemente un acto jurídico destinado para extinguir una obligación, y el acreedor que recibe el pago no lo hace con el fin de lucro, sino que lo hace para extinguir su crédito; y por eso es por lo que la subrogación sólo extingue el crédito con respecto a él. El tercero que viene a subrogarse lo hace inspirado casi siempre en un fin de beneficencia, en un fin moral.

De la diferente naturaleza que hay entre la cesión de créditos y la subrogación, se desprenden las diferencias fundamentales que podemos anotar entre ambas instituciones.

1. En primer lugar, la cesión de derechos nace de un contrato, sea donación, permuta o venta; del acuerdo de voluntades entre el deudor y el acreedor; en cambio, en la subrogación, salvo la convencional, no hay acuerdo de voluntades; y aún más, puede hacerse contra la voluntad del acreedor.
2. En la cesión de derechos, el cesionario tiene los derechos que el cedente le haya cedido en virtud de la cesión; en tanto que, en el pago con subrogación, la persona que entra a ocupar el lugar del acreedor podrá intentar no solamente los derechos y acciones que competan a éste, sino además los del mandato, o de la agencia oficiosa, o del mutuo, según sea la relación jurídica que lo ligue con el deudor.
3. En la cesión de derechos a título oneroso, como que es una verdadera compraventa, el cedente se hace responsable de la evicción, que en este caso se traduce en que el cedente debe responder del crédito que se debe, y si el crédito no existe debe indemnizar al cesionario en los casos que la ley señala; tratándose de una subrogación, como que no es una venta, no pesa sobre el acreedor la obligación de sanear la evicción: se trata únicamente de un pago en que el acreedor no contrae tal obligación.
4. La cesión de créditos como que es un acto de especulación autoriza al cesionario para exigir la totalidad del crédito, aunque él haya pagado menos del crédito que exige; el pago con subrogación en cambio, no es un acto de especulación, y por eso, el individuo que ha subrogado en los derechos del acreedor mediante el pago de una cantidad inferior al total del crédito que se subroga, sólo puede reclamar del deudor, la cantidad que efectivamente pagó al acreedor, de donde se infiere que el menor valor que el subrogado haya podido pagar al subrogante, no le aprovecha a él, sólo aprovecha al deudor que en vez de tener que extinguir la obligación en su totalidad, debe pagar la cantidad que efectivamente el subrogado pagó al subrogante

5. En seguida, la cesión de créditos no se perfecciona respecto de terceros y del deudor, sino mediante el cumplimiento de ciertas formalidades especiales; la subrogación, salvo la convencional y salvo la legal del numeral 6º del artículo 1610 —léase art. 1688 para el caso colombiano— no requiere formalidades de ninguna especie; basta el sólo hecho del pago para que se produzcan sus efectos respecto de todo el mundo.

6. Otra diferencia es que si la cesión de créditos es parcial no hay entre el cedente y el cesionario diferencia alguna por lo que respecta a la concurrencia en presencia del deudor, de tal manera que el cedente y el cesionario parcial quedan en igualdad de condiciones para pagarse cada uno en la parte de crédito que les corresponda; ni el cedente goza de preferencia, ni tampoco la goza el cesionario, de modo que en un concurso, el cedente y el cesionario formarían una sola entidad y concurrirían conjuntamente al pago de sus créditos; en cambio, no sucede lo mismo en el pago con subrogación en que, si ésta es parcial, el acreedor subrogante goza de preferencia para el pago del sueldo del crédito en que no se ha operado la subrogación, y el subrogado parcial no entraría a pagarse del crédito que le corresponde, sino después que el primitivo acreedor se haya pagado del suyo. El inciso final del artículo 1612 —léase 1670 para el caso colombiano— dice expresamente que, si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito.

7. Finalmente, en la cesión de créditos sólo se traspasan al cesionario los derechos, acciones, privilegios, prendas o hipotecas, del acreedor cedente, pero no las acciones personales de este; en tanto que en el pago con subrogación se traspasa el crédito mismo con todos sus privilegios y garantías, con todas sus calidades, y, por consiguiente, aun las acciones personales del acreedor.

Presenta también diferencias de pago con subrogación con el pago simple, es decir, con el pago que no va seguido de ninguna otra consecuencia.

El pago liso y llano extingue la obligación con respecto a todo el mundo; y si bien el tercero que paga puede en algunos casos tener una acción en contra del deudor, como en el caso del artículo 1573, por ejemplo, esa acción emana de otra relación jurídica que se ha formado, cual es el cuasicontrato de agencia oficiosa; pero no emana del crédito primitivo que se ha extinguido por el pago del tercero. En el pago con subrogación, si bien la obligación se ha extinguido con respecto al acreedor, queda, sin embargo, subsistente con respecto al deudor y con respecto al subrogado que ha pagado al acreedor"².

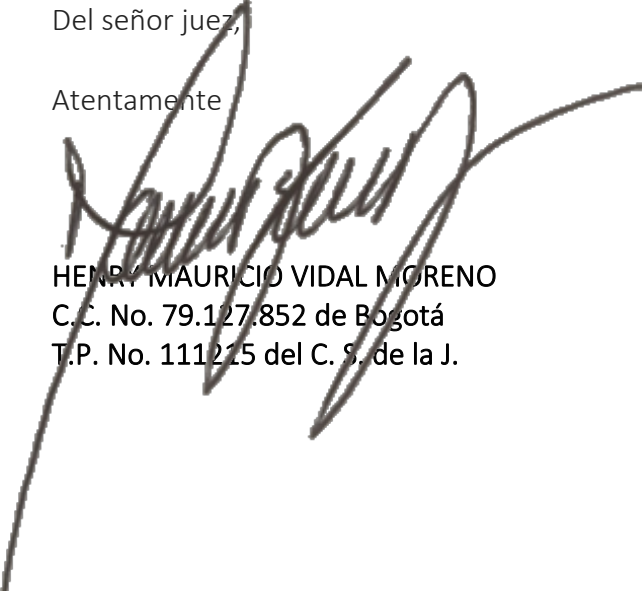
² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Teoría de las Obligaciones. Editorial Jurídica Ediar, Conosur Ltda., págs. 382 a 384

5. Los títulos valores “son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora”¹. Como puede vislumbrarse de la definición dada, los títulos valores, a su vez, son títulos ejecutivos. Por esta razón, para lograr su cobro judicial debe ejercerse la acción cambiaria, es decir, iniciarse un proceso ejecutivo³.

Así las cosas, en el trámite del proceso ejecutivo por el ejercicio de una acción cambiaria, una vez notificado el mandamiento de pago, el demandado puede oponer las excepciones consagradas taxativamente en el artículo 784 del Decreto 410 de 1971 -por medio del cual se expide el Código de Comercio colombiano, en adelante Ccom-. Una de ellas, contemplada en el numeral cuarto del artículo en comento, es la excepción fundada en la omisión de los requisitos que el título debe contener y que la ley no suple expresamente⁴.

Del señor juez,

Atentamente



HENRY MAURICIO VIDAL MORENO
C.C. No. 79.127.852 de Bogotá
T.P. No. 111215 del C. S. de la J.

³ Artículo 793 Código de Comercio Colombiano [Código]. (2016). Editorial Legis.

⁴ El fundamento de esta excepción es la literalidad que debe cumplir todo título valor. Es decir, si este no cumple los requisitos que por ley debe cumplir -y esta misma no los suple-, no existe título valor alguno.