

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto acostumbrado por el Magistrado Ponente y la Magistrada revisora, con quienes integro Sala, en esta oportunidad me aparto de la decisión mayoritaria puesto que considero que la sentencia apelada debió confirmarse en su integridad, porque tal como lo concluyó el A quo, la solidaridad entre los acreedores fue plasmada de forma expresa en los títulos valores objeto de cobro, cumpliendo la exigencia del artículo 1568 del Código Civil.

En el fallo se declaró probada la excepción de “Falta de identidad del acreedor”, entendiéndose que se enmarca en el numeral 12 del artículo 784 del Código de Comercio, cuando lo cierto es que los ambiguos argumentos que soportan el medio defensivo en verdad no cuestionan el contrato de mutuo que sirvió de base para la creación de los títulos valores. En su argumentación la parte demandada adujo que la garantía hipotecaria se había constituido únicamente a favor del señor Hernando González Hoyos, mientras que los pagarés aparecían a la orden de este y/o de John Jairo González Jaramillo, de manera que no había ligazón entre los títulos y la hipoteca, ni tampoco claridad respecto del acreedor, al no ser posible establecer la cantidad adeudada al ejecutante. Como se observa, no era el contrato de mutuo lo cuestionado sino los requisitos formales de los títulos ejecutivos, por lo tanto, la discusión debió suscitarse a través del recurso de reposición en contra del mandamiento de pago, conforme a la directriz fijada por el artículo 430 del Código General del Proceso.

De considerarse, tal como se hizo, que la formulada es de aquellas excepciones que procede contra la acción cambiaria, debió tenerse en cuenta que los nueve pagarés arrimados al proceso fueron otorgados por el señor Luis Bernardo Hernández Molina a la orden de Hernando González Hoyos y/o John Jairo González Jaramillo, sin que quedara en entredicho la capacidad y el consentimiento del suscriptor; por lo tanto, para interpretar la cláusula “y/o” incorporada por el propio deudor no debió acudir al artículo 1624 del Código Civil.

La aplicación de dicha regla de interpretación es residual, es decir que demanda un previo y juicioso ejercicio que arroje como resulta la inviabilidad de las otras pautas estatuidas por el legislador; labor que brilló por su ausencia en la providencia. Se suma que la cláusula no podía ser interpretada sin más en favor de quien la plasmó¹, esto es, el propio deudor, porque con ello se auspiciaría un aprovechamiento indebido de su conducta.

Ahora, según el artículo 626 del Código de Comercio, el suscriptor del título queda obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia; de ahí que deba entenderse que el señor Luis Bernardo Hernández Molina prometió incondicionalmente pagar unas sumas determinadas de dinero a Hernando González Hoyos y John Jairo González Jaramillo, o a Hernando González Hoyos, o a John Jairo González Jaramillo; en otras palabras, el ejercicio del derecho incorporado a través de la exhibición de los pagarés podía provenir de ambos acreedores al tiempo o de cada uno de ellos, por la totalidad del importe.

¹ En el proceso no se refutó la creación de los pagarés por el otorgante.

La cláusula incorporada por el deudor no sólo es de uso corriente en la creación de títulos valores, sino que, al incorporar dos conjunciones, una disyuntiva (y) y otra copulativa (o), lo que se concibe es que se puede elegir entre la adición de las dos opciones propuestas o solo una de ellas.

Sobre su uso, la Real Academia de la Lengua Española indica en el Diccionario Panhispánico de Dudas 2005, lo siguiente:

“Hoy es frecuente el empleo conjunto de las conjunciones copulativa y disyuntiva separadas por una barra oblicua, calco del inglés and/or, con la intención de hacer explícita la posibilidad de elegir entre la suma o la alternativa de dos opciones: Se necesitan traductores de inglés y/o francés. Se olvida que la conjunción o puede expresar en español ambos valores conjuntamente ($\rightarrow o^2$, 1). Se desaconseja, pues, el uso de esta fórmula, salvo que resulte imprescindible para evitar ambigüedades en contextos muy técnicos. Si la palabra que sigue comienza por o, debe escribirse y/u.”².

Respecto de la conjunción o expone:

“Conjunción coordinante que tiene valor disyuntivo cuando expresa alternativa entre dos opciones: ¿Prefieres ir al cine o al teatro? Otras veces expresa equivalencia: El colibrí o pájaro mosca es abundante en esta región. También se usa para coordinar los dos últimos elementos de una ejemplificación no exhaustiva, con un valor de adición semejante al de la conjunción y: Acudieron a la fiesta muchos famosos, como periodistas, actores o futbolistas; la conjunción o tiene por objeto señalar aquí que no se ha agotado la enumeración, que se han citado solo unos cuantos ejemplos de entre los varios posibles; sin este valor, no es admisible usar o en lugar de y: García Márquez o Vargas Llosa son dos de los más grandes representantes de la literatura en lengua española. A menudo la disyuntiva que plantea esta conjunción no es excluyente, sino que expresa conjuntamente adición y alternativa: En este cajón puedes guardar carpetas o cuadernos (es decir, una u otra cosa, o ambas a la vez). En la mayoría de los casos resulta, pues, innecesario hacer explícitos ambos valores mediante la combinación y/o ($\rightarrow y^2$, 3)”³.

Aunque la RAE aconseja no usar la mixtura, lo que queda claro es que la estipulación conlleva a que se puedan unir las dos alternativas o elegir entre una u otra; significa que la acción cambiaría bien podía ser ejercida por Hernando González Hoyos y John Jairo González Jaramillo, o por cualquiera de ellos, lógicamente, no para cobrar una cuota parte sino la totalidad del crédito.

No se olvide que “[L]os términos técnicos o usuales que se empleen en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles, o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano. ... El sentido o significado de que trata este artículo es el jurídico que tenga el término o locución en el respectivo idioma, o el técnico que le dé la ciencia o arte a que pertenezca o finalmente el sentido natural y obvio

² <https://www.rae.es/dpd/y>

³ <https://www.rae.es/dpd/o>

del idioma a que corresponda.” (art. 823 C.Co.); premisa que se complementa con el artículo 1620⁴ del Código Civil, según el cual, “[E]l sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”, para discurrir que, si bien en el fallo se concedió un efecto parcial a la cláusula, en tanto se optó por considerar que los acreedores eran conjuntos y así continuar la ejecución sólo por el 50% de la deuda en favor del ejecutante, tal proceder puede acarrear en perjuicio del otro acreedor la eventual prescripción de la acción cambiaria, a pesar que debieron ser tenidos como beneficiarios alternativos, al ser este último raciocinio el que mejor cuadra con la naturaleza del contrato de mutuo y de los títulos ejecutivos (art. 1621 CC.), si se considera que los pagarés fueron otorgados a la orden de Hernando González Hoyos y/o John Jairo González Jaramillo, que la hipoteca se constituyó en favor del primero, y que al segundo se hicieron algunos pagos de intereses; de donde puede inferirse razonablemente que el deudor consideraba a ambos sus acreedores.

Acerca del uso simultaneo de las conjunciones, el autor Bernardo Trujillo Calle sostiene: *“La forma de una solidaridad activa, conjunta y alternativa a la vez, pone en duda, incluso, la negociabilidad del título. Tal vez podría aceptarse, en defensa de la circulación y de los derechos de terceros, la prevalencia de la forma alternativa, siguiendo al efecto la doctrina que elige la fórmula que le da vida al título contra la que lo mata, cuando hay duda acerca de la legalidad entre una y otra. A este respecto es muy interesante la opinión adversa de MARIO BAUCHE GARCADIIEGO⁵.*

En la segunda parte de esta obra decimos, además, que sacrificando la forma conjunta en aras de la alternativa, se facilita la circulación y hace menos dudosa la titularidad al legitimar al tenedor con mayor seguridad, pues al ejercerse el derecho cambiario por parte de uno de ellos, "se excluye el de los demás", como lo explican atinadamente D. SUPINO y J. DE SEMO. Además, como la conjunción (y) desempeña allí una función de atribuir derechos conjuntos, mancomunados y por lo mismo divisibles, y la (o), los atribuye solidarios, es evidente que, siguiendo los principios generales del derecho cambiario sobre la solidaridad por pasiva, es más conforme con esos principios que también en la solidaridad por activa predomine ella sobre la mancomunidad o conjunción.

Nos parece que la solución no es fácil, ciertamente, y habrá que mirar también al aspecto de la emisión en el sentido de que si el creador del título, supongamos un pagaré, lo ha entregado a los dos o más beneficiarios conjuntos y a la vez alternativos con el propósito de hacerlos dueños conjuntamente, por el solo hecho de apropiarse del documento alguno de ellos, su posesión irregular no lo legitima frente al otorgante que conoce la relación subyacente, si bien respecto a terceros que lo han adquirido por el solo endoso de quien lo poseía, hay plena legitimación por el lado activo y al pagarlo éstos, se da también la plena legitimación por el lado pasivo, con efectos liberatorios.”⁶

⁴ Aplicable por disposición del art. 822 del Código de Comercio, que reza: *“Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones del derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. ...”*

⁵ BAUCHE GARCADIIEGO, MARIO, Operaciones bancarias, Edit. Porrúa, 1974, pág. 63.

⁶ TRUJILLO CALLE, BERNARDO, De los Títulos Valores, Tomo I, 6ª edición, Editorial El Foro de la Justicia, Bogotá 1985, págs. 213 y 214.

En el proceso no se demostró que el ejecutante se hubiere apropiado de forma irregular de los pagarés, mereciendo entonces ser considerado su tenedor legítimo; con mayor razón si se tiene en cuenta que es el padre del otro beneficiario y que según informó, los dineros mutuados provenían de la familia; de manera que, reunidos en los instrumentos cambiarios los requisitos esenciales comunes y especiales de los artículos 621 y 709 del Código de Comercio y presumida su autenticidad (art. 244 inc. 4 CGP), resultaba superfluo ahondar en la cantidad dada en préstamo por Hernando González Hoyos o por John Jairo González Jaramillo, porque lo cierto es que Luis Bernardo Hernández Molina prometió pagar a ambos acreedores o a cualquiera de ellos; y ostentando Hernando González Hoyos una garantía real a su favor, era apenas obvio que fuera él quien iniciara el corbo compulsivo.

Por lo discurrido, estimo que la interpretación que debió aplicarse es la aquí planteada, de cara al contenido de los instrumentos cambiarios creados por el deudor. En los anteriores términos dejo expuestos los argumentos de mi disidencia.

SOFY SORAYA MOSQUERA MOTOA
Magistrada

Firmado Por:

SOFY SORAYA MOSQUERA MOTOA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 4 SALA CIVIL-FAMILIA TRIBUNAL SUPERIOR MANIZALES

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

754030861418d8d801bf44ee1285aa9a92156310de008103df97491d8ebd79a8

Documento generado en 23/09/2020 10:42:47 a.m.