

## LETRA DE CAMBIO Y PAGARÉ INTERNACIONALES. POR FIN UNA REGLAMENTACIÓN UNIFORME

José María ABASCAL ZAMORA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Análisis particular del proyecto*. III. *Otras cuestiones de interés*.

### I. INTRODUCCIÓN

1. El Proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,\*\* fue aprobado por esta Comisión durante su vigésimo periodo

\* Profesor de la Universidad Iberoamericana de México.

\*\* a) El Proyecto de Convención fue elaborado por la Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, según sus siglas en español es CNUDMI, pero prefiero utilizar UNCITRAL, que corresponde a sus siglas en inglés, por ajustarse mejor a la morfología del castellano.

b) La historia resumida del proyecto es la siguiente: Partiendo de un informe preliminar del UNIDROIT, estudios y consultas con gobiernos, instituciones bancarias y comerciales internacionales que hizo la Secretaría de la UNCITRAL, el Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales celebró once sesiones entre 1973 y 1981, elaborando un proyecto de Convención (proyecto de 1982). La UNCITRAL, en su decimosexto periodo de sesiones acordó enviar el proyecto, junto con un comentario, a todos los gobiernos y organizaciones internacionales interesados, para que formularan observaciones. El comentario fue preparado por los profesores Aharon Barak y Willem Vis. Ese proyecto y comentario aparecen en el *Anuario de la UNCITRAL* correspondiente a 1982 (vol. XIII).

La UNCITRAL examinó el proyecto y observaciones recibidas en su decimoséptima sesión (1984) y decidió remitirlo al Grupo de Trabajo nuevamente, para el estudio y solución de las cuestiones controvertidas y algunos otros problemas. El Grupo de Trabajo cumplió su mandato en su decimotercera y decimocuarto periodo de sesiones durante 1985. De nueva cuenta la UNCITRAL estudió el proyecto en su decimonovena sesión (1986) y habida cuenta de las dificultades económicas para convocar a una conferencia diplomática, acordó circular la nueva versión a todos los países para que formularan observaciones y éstas se estudiaran por el Grupo de Trabajo; se invitó a todos los países a participar en la reunión del Grupo y en el siguiente pleno de la UNCITRAL. El Grupo de Trabajo, en su decimaquinta reunión estudió el proyecto y observaciones hasta el artículo 32. La UNCITRAL, en su vigésima sesión (1987) terminó el estudio, aprobó el proyecto y lo sometió a la Asamblea General para su examen "con miras a su aprobación o a la adopción de otra medida al respecto".

de sesiones, en agosto de 1987. Se sometió a la consideración de la Asamblea General, con la sugerencia de que invitara a las naciones del mundo a que lo firmen como convención internacional y es probable que en este año (1988), después de considerar en un grupo de trabajo las observaciones que remiten los países, adopte una resolución al respecto:

2. El proyecto es el primer documento de derecho uniforme universal en la historia de la letra de cambio y del pagaré, elaborado por representantes de todos los sistemas jurídicos del globo. Al terminar la reunión de la UNCITRAL arriba citada se aprobó por consenso, si bien el gobierno de Francia expresó sus reticencias. Posteriormente, ante la Asamblea General, Francia y otros países hicieron valer sus objeciones, lo que provocó la convocatoria al grupo de trabajo mencionado. Aun en este estadio, es de hacerse notar que el proyecto logró conciliar las diferencias entre los países inspirados en el sistema cambiario germánico, originado en Europa Continental y que se suele designar como sistema de Ginebra y los países del *common law*. Aun-

La Asamblea General resolvió invitar nuevamente a los países a formular observaciones y a formar, durante su periodo de sesiones de 1988, un Grupo de Trabajo para el estudio de las observaciones y para adoptar una resolución.

c) Por razones de espacio omito citar las labores anteriores al Proyecto y Comentario de 1982. Los documentos que se citan son los siguientes:

Informe del Secretario General: Comentario al Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales; que aparece en el *Anuario* de la UNCITRAL (vol. XIII 1982). La cita se hace con el número de publicación de las Naciones Unidas. Se cita en el texto A/CN.9/SER.A/1982.

Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18º periodo de sesiones, 25 de junio a 10 de julio de 1984. Asamblea General, Documentos oficiales: cuadragésimo primer periodo de sesiones, Suplemento No. 17. Se cita en el texto A/39/17.

Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 19º periodo de sesiones, 23 de junio al 11 de julio de 1986. Asamblea General, Documentos oficiales: cuadragésimo primer periodo de sesiones, Suplemento No. 17. Se cita en el texto A/41/17.

Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 19º periodo de sesiones, 20 de julio al 14 de agosto de 1987. Asamblea General, Documentos oficiales: cuadragésimo primer periodo de sesiones, Suplemento No. 17. Se cita en el texto A/42/17.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales Acerca de la labor realizada en su 13º periodo de sesiones (Nueva York, 7 a 18 de enero de 1985). Se cita en el texto A/CN.9/261.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales Acerca de la labor realizada en su 14º periodo de sesiones (Viena, 9 a 20 de diciembre de 1985). Se cita en el texto A/CN.9/273.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales Acerca de la labor realizada en su 15º periodo de sesiones (Nueva York, 17 al 27 de febrero de 1987). Se cita en el texto A/CN.9/288.

que esta unificación se limite a los títulos internacionales, su importancia es fundamental para todos los juristas del mundo interesados en la materia.

3. En efecto, aun tratándose de un proyecto, su estudio ilustra acerca: (1) de los lineamientos generales de las diversas legislaciones; principalmente los sistemas de Ginebra y del *common law*; (2) de cuáles son las prácticas y necesidades en el tráfico internacional contemporáneo; (3) de cuáles son las diferencias importantes entre los diferentes sistemas; y, (4) de cómo se ha pensado atender a esas necesidades y prácticas, y de cómo se pueden resolver esas diferencias, por lo menos en el comercio internacional.

4. Siendo las cuestiones arriba enumeradas de gran importancia práctica, es indispensable destacar las consecuencias que se producen por la actual disparidad de sistemas. La similitud formal de las instituciones y la equivalencia aparente de terminología ocultan profundas diferencias sustanciales entre uno y otro sistema: un abogado o comerciante educado en el sistema de Ginebra que recibe un documento en el cual hay un endoso intermedio falso, cree adquirir la propiedad del título; lo contrario pensará un abogado o comerciante del *common law*; cada parte contempla la misma pieza en papel y lee las mismas palabras; sin embargo, les atribuye efectos contradictorios.

5. *Estado general del problema.* Por derecho cambiario entiendo aquella parte del derecho relativo a los títulosvalor que se ocupa de la letra de cambio, el pagaré y el cheque; en el derecho anglosajón se estudian y regulan estos documentos bajo la denominación de *negotiable instruments*; se usa, también, el término de *commercial paper*, que usa el *uniform Commercial Code (UCC)* de los Estados Unidos.

6. El problema de la uniformidad internacional en esta materia ha ocupado a los juristas desde hace ya más de cien años. Así, y con independencia de otros esfuerzos anteriores, es de mencionarse que en 1863 la *National Association for the Promotion of Social Science* convocó a una primera conferencia internacional con tal finalidad (reunión de Gante).<sup>1</sup> Entre otros esfuerzos que hubo, cabe señalar que en 1885 el *Institut de droit International* elaboró en Bruselas un proyecto de ley-tipo y ese mismo año, en Amberes, el Congreso In-

<sup>1</sup> Rubio, Jesús, *Derecho Cambiario*, Madrid, 1973, n. 23, p. 132, Willen Vis comenta que en 1851 un abogado inglés de ascendencia italiana presentó en Londres un proyecto para la unificación de la ley comercial que incluía títulos negociables, "Unification of the Law of Negotiable Instruments: The Legislative Process", en *The American Journal of Comparative Law*, 1979, vol. XXVII, p. 508.

ternacional de Derecho Comercial elaboró otro proyecto similar, que fue objeto de revisiones en Bruselas en 1888 y en París en 1889.<sup>2</sup>

7. *Los reglamentos de La Haya y la ley de Ginebra.* Fue hasta 1910 que se logró elaborar en La Haya un anteproyecto de Convención para la Unificación del Derecho Relativo a la Letra de Cambio y al Pagaré Cambiario y un Anteproyecto de Ley Uniforme Sobre la Letra de Cambio y Pagaré Cambiario. En 1912, en La Haya nuevamente, con la aprobación de delegados de 27 Estados, se elaboraron un convenio y un reglamento uniformes que la primera guerra mundial impidió ratificar.<sup>3</sup>

8. Mejor suerte corrieron los documentos que resultaron de la Conferencia de Ginebra de 1930, donde el 7 de junio de ese año se aprobó un Convenio Relativo a la Ley Uniforme Sobre la Letra de Cambio y el Pagaré Cambiario, un Convenio Destinado a Reglamentar Algunos Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio y Pagarés Cambiarios y un Convenio Relativo al Derecho de Timbre en la Letra de Cambio y el Pagaré Cambiario, que entraron en vigor en enero de 1934 al recibir el número de ratificaciones requerido para tal efecto.

9. Los países que forman parte del convenio de Ginebra son Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Japón, Luxemburgo, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suecia, Suiza y URSS.<sup>4</sup> Aparte de estos países hay otros como México, cuyas leyes no son iguales a las de Ginebra, pero recoge sus principios fundamentales y tienen gran similitud. Si se suman los países que son parte de los convenios de Ginebra, con los que se inspiran en sus principios, esta familia agrupa a unos cuarenta Estados.<sup>5</sup>

10. No obstante el gran avance que para la unificación internacional significaron los trabajos de Ginebra y su posterior influencia como ley modelo, el objetivo de la unificación quedó lejos de alcanzarse. Incluso, en el sistema de Ginebra subsisten no pocas diferencias.

<sup>2</sup> Según afirma Anibal Sánchez Andrés en "Marco histórico-comparativo de la nueva disciplina sobre la letra de cambio", en *Derecho cambiario. Estudios sobre ley ley cambiaria y del cheque dirigido*, por Aurelio Menéndez Menéndez, Madrid, Ed. Civitas, 1986, pp. 68 y 69.

<sup>3</sup> El Convenio y Reglamento aparecen en *Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al derecho mercantil internacional*, Nueva York, Naciones Unidas, 1971, vol. I, p. 131 y ss.

<sup>4</sup> *Registro de textos... cit.*, p. 157. Estos datos son de 1971, según entiendo no han variado.

<sup>5</sup> Hermann, Gerold, *International bills of exchange and promissory notes, Legal problems and disparities overcome by UNCITRAL'S Draft Convention. Tentative draft* (inédito).

11. *Digresión sobre la falta de uniformidad del sistema de Ginebra.* En efecto, la Ley Uniforme de Ginebra (en adelante LUG) regula la Letra de Cambio y el Pagaré en 78 artículos que forman el anexo 1. El anexo 2, con 21 artículos, prevé las diversas reservas y declaraciones que pueden hacer los Estados contratantes. Como arriba dejó dicho (núm. 9), en 1972 los Estados contratantes eran veinte, de los que 18 hicieron uso de las reservas y declaraciones que permite el anexo 2. Si se suman las diversas declaraciones y reservas hechas por cada Estado, con los artículos del anexo 2 a que corresponde cada una de ellas, se obtiene un total de 172. A lo anterior cabe añadir a) algunas declaraciones corresponden a diversos territorios de los Estados contratantes que las hicieron; b) un buen número de los artículos del anexo 2 comprenden diversos artículos de la LUG; c) algunas declaraciones y reservas son respecto de partes de los artículos; y d) algunos Estados hicieron diferentes declaraciones respecto de los días que se consideran inhábiles en su territorio.<sup>6</sup>

12. La LUG recoge al máximo el principio conocido como el de abstracción en el derecho cambiario, ya que salvo excepciones ignora todo aquello relativo a las obligaciones y derechos que emanan de la relación subyacente o causal. Una obvia razón para ello fue el avance y prestigio de los sistemas "abstractos" más evolucionados entonces: el germánico y el italiano. Pero probablemente la razón más poderosa fue la imposibilidad, en una Convención Internacional de derecho cambiario de irrumpir perturbando los diferentes ordenamientos nacionales en su derecho de obligaciones y contratos, que regulan las diversas relaciones subyacentes. Ello, también, ayuda a entender en parte el abundante uso de las reservas a que recurrieron los países, ante la dificultad de transformar súbitamente la base "causalista" de su antiguo sistema.<sup>7</sup> El Proyecto de UNCITRAL, análogamente a la LUG, enuncia un sistema predominantemente abstracto, resultado que puede atribuirse a la evolución que produjo la LUG.

13. El resto de los países de la llamada familia de Ginebra, como el nuestro, tomaron esta ley como modelo, pero sin ajustarse totalmente a ella. Por ejemplo, nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (en adelante LTOC) contiene múltiples disposiciones que difieren de las correspondientes de la LUG.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Cfr. *Registro de textos...* cit., p. 180 a 182.

<sup>7</sup> Cfr. Sánchez Andrés, Anibal *op. cit.*, pp. 70-71.

<sup>8</sup> Al redactar este comentario no he terminado el análisis y llevo registradas diferencias en los artículos 13, 15, 31, 34, 35, 36, 78, 79, 81, 87, 89, 91, 93, 94, 111,

14. El *common law*. Puede decirse que, de hecho, los países del *common law* estuvieron ausentes en Ginebra. Estados Unidos envió observadores y el Reino Unido sólo ratificó el convenio del timbre.<sup>9</sup> En la familia del *common law*, sin haber celebrado ningún convenio, las diferentes legislaciones nacionales son semejantes y, en lo fundamental, se han inspirado en la *Bills of exchange act* (BEA) inglesa de 1882. Las diversas leyes nacionales del *common law* también guardan diferencias entre sí. Aparte de la mencionada BEA, en la elaboración del proyecto de convención se tomó muy en cuenta el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos.

15. *Función de los títulos cambiarios y la importancia de su regulación internacional uniforme*. La principal función de los títulos cambiarios ha sido la de servir como instrumentos para documentar operaciones de crédito. Instrumentos que permiten, con facilidad y seguridad, ceder a terceros, ajenos a las diferentes relaciones subyacentes, los créditos derivados de estos negocios; es decir, para que los títulos puedan manejarse como cosa susceptible de transmitirse a través de negocios de compraventa. Se trata de documentos con vocación para circular porque dan al tenedor ciertas ventajas fundamentales (1) facilidad para vender su papel; (2) la posibilidad de cobrar rápida y enérgicamente; porque estos documentos dan al tenedor acceso a un procedimiento ejecutivo, corto y estricto, en contra del deudor moroso; quien ve limitado el número y la clase de excepciones que puede hacer valer (rigor cambiario); (3) el número de responsables por el pago aumenta conforme el título circula, porque salvo estipulación en contrario que se exprese en el instrumento, cada endosante responde de que finalmente el documento será pagado.

16. La principal ventaja de una regulación uniforme, será la de eliminar las incertidumbres y barreras que significa para el comercio internacional la divergencia de legislaciones. La uniformidad, por otro lado, promoverá el desarrollo del comercio internacional.

17. En las operaciones internacionales de crédito cada parte, como es natural, prefiere que se aplique su ley doméstica. Lo más frecuente será que el acreedor imponga su voluntad y se pacte la aplicación de

114, 127, 128, 144, 150, 155, 160, 161, 165, 169. Hace una comparación, incompleta, pero ilustrativa, entre las leyes de Argentina, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Venezuela, la Ley Uniforme de Ginebra, la BEA, el UCC y los proyectos de la UNCITRAL tal como se encontraban en 1982 (sobre letras y pagarés y sobre cheques), Murray, Daniel E., en "Drafts, Promissory notes and checks: a Comparison of Civilian quasi-civilian and non-civilian suggestions" en *Lawyer of the Americas*, vol. 15: 2, pp. 211-306.

<sup>9</sup> Cfr. Sánchez Andrés, Anibal, *op. cit.*, p. 71.

su derecho y la jurisdicción de los tribunales de su país. Por ello, en esta materia, como en tantas otras de carácter comercial, ofrece alguna ventaja para la parte económicamente débil una legislación única negociada. Pero en el caso de los títulos negociables a los prestadores de crédito también les resulta conveniente: (1) porque facilita la negociabilidad internacional de sus activos crediticios; cuando ese dador de crédito pasa a ocupar el papel de solicitante de crédito; (2) y por razones prácticas —de tiempo y costo— no es raro que prefieran litigar en el país del deudor; donde normalmente tendrá lugar la ejecución. En ese caso, es más práctica la aplicación de la ley del país del deudor.

18. Por todas estas y otras razones, se consideró que una de las tareas prioritarias de la UNCITRAL era la de encontrar soluciones al problema de la unificación del derecho cambiario internacional. Después de diversos estudios e intentos, se concluyó que era posible elaborar una convención internacional que tuviera las siguientes características: (1) que cubriera toda la materia relativa a la letra de cambio y al pagaré, con exclusión de los cheques; (2) que regulara de modo exclusivo la letra de cambio internacional y el pagaré internacional, sin afectar las diferentes leyes domésticas; (3) que fuera optativo para el emisor del título someterlo a la Convención.

19. *El proyecto pretende enunciar un sistema completo de derecho cambiario.* Hacer un comentario completo del proyecto significaría exponer un curso exhaustivo de derecho cambiario, tarea que excede de los límites de este trabajo. Por ello me limitaré a exponer un panorama del proyecto y luego me detendré a considerar aquellos puntos sobresalientes, extraños o de importancia: en especial aquellos que durante los trabajos se identificaron como las “cuestiones controvertidas”, y algunas otras novedades del proyecto.

20. *Panorama del derecho cambiario.*<sup>10</sup> Como cualquiera regulación cambiaria, el proyecto parte de la hipótesis de que la letra es creada y emitida por el librador (artículos 3, 11, 12, 39, etcétera), quien la entrega al tomador para que la cobre al librado (artículos 1, 11, 41, etcétera). Eventualmente el librador puede ser también el tomador e, incluso, el librado (artículo 12). El librado puede hacer honor a la letra o rehusarla; esto último puede ocurrir cuando se le presenta a la aceptación o al pago (artículos 50 a 59). El librado no es un obligado cambiario; si tiene alguna obligación, ésta será, en todo caso, ante

<sup>10</sup> El texto del Proyecto aparece en el anexo 1 del A/42/17. La correspondencia de la numeración definitiva de los artículos en el proyecto con la que tuvieron mientras fueron estudiados en el Grupo de Trabajo y en la comisión, aparece en el anexo II.



el librador y no ante el tomador o tenedor. Por eso el proyecto en general no se ocupa de las obligaciones del librado, que caen dentro del derecho de obligaciones y contratos domésticos aplicables. Pero si el librado acepta la letra poniendo en ella su firma, entonces queda obligado cambiariamente como aceptante; se convierte así en el obligado principal y directo del título y al pagar libera a todos los firmantes (artículos 41 a 44 y 73).

21. Cuando se trata de un pagaré, el suscriptor lo crea y emite cuando lo firma y entrega al tomador (artículos 3, 11, 13, 40, etcétera), obligándose a pagarlo a quien se lo presente. Como en el caso del aceptante, el suscriptor, al pagar libera a todos aquellos que por haber firmado el título están obligados a responder por su pago (artículos 40 y 73).

22. El tomador, o cualquier ulterior tenedor de un título, puede transmitirlo por endoso. Salvo que en el instrumento se exprese la cláusula no negociable, en cuyo caso sólo puede transmitirse por medios extracambiaris (artículo 18). El endoso puede ser nominativo o en blanco. El endosante responde por el pago del título y, al igual que en nuestra ley, puede excluir su responsabilidad si incluye la cláusula "sin responsabilidad" (artículos 14 a 21 y 45). Se regulan el endoso al cobro (artículo 22) y en prenda (artículo 23).

23. El endoso de una letra de cambio o de un pagaré transmite el documento y los derechos que emanan del título (artículos 6, f) y g), 14, 16 y 30). Y la transmisión es autónoma: esto es, el endosatario que recibe el documento desconociendo los vicios de la posesión del endosante y las excepciones oponibles a este último y a sus antecesores, no puede ser desposeído del documento ni tampoco pueden perjudicarlo las excepciones oponibles a los tenedores anteriores (artículo 31; en parte el 29). Sin embargo, para que surja esa autonomía y el "tenedor" se convierta en "tenedor protegido", necesita reunir ciertos requisitos (v. núms. 86 a 123).

24. En cuanto a los endosos falsos y los puestos por mandatario sin poder suficiente, el proyecto presenta novedades, en las que se plasma la esencia de la transacción celebrada entre el sistema de Ginebra y el del *Common Law*: la persona que reciba del falsificador o del falso mandatario un instrumento, responderá ante el tenedor desposeído de los daños que le ocasione la pérdida del título. También, aunque con limitaciones, el librado o el suscriptor que pague o el endosatario en procuración que cobre un instrumento en el que haya un endoso falso, será responsable ante el tenedor desposeído. Se equi-



pará al endoso falso el estampado por quien no tiene facultades para ponerlo. La filosofía de esta norma es la de que cada quien debe conocer a la persona con quien contrata (artículos 26 y 27) (v. núms. 62 a 79).

25. Las acciones que pueden ejercitarse contra el tenedor y las excepciones que pueden oponérsele son limitadas (v. núms. 126 a 150); tanto acciones como excepciones se enumeran con carácter limitativo; sin que puedan oponerse otras que no estén expresamente comprendidas en los artículos 29 y 31. En cuanto a estas cuestiones, la convención formula un doble tratamiento según se trate de un "tenedor protegido" o de un "tenedor no protegido"; figuras que surgen en el proyecto para amalgamar las del "tenedor legitimado" y "tenedor no legitimado" del sistema ginebrino y la del "holder" y "holder in due course" del *Common Law* (artículos 6, f) y g3, 29, 30 y 31).

26. Un tercero, incluso quien ya responde en el documento, puede garantizar el pago; en el derecho cambiario de Ginebra a esta figura se le conoce como aval. El proyecto la recoge, pero con cambios novedosos que pueden resultar de gran interés práctico. Por ello no se habla del aval y del avalista, sino de la garantía y del garante (artículos 47 a 49) (núms. 164 a 183).

27. La obligación cambiaria se adquiere por la firma en el documento. Como consecuencia de ello, quien firma un título como representante de otro sin tener facultades para hacerlo queda obligado en lo personal. Por otro lado, quien crea una apariencia o de cualquier otro modo hace creer que una persona tiene facultades para firmar en su nombre, queda obligado por la firma de esa persona, aun cuando quien firmó el título sea un falso representante (artículos 34 a 37).

28. El tenedor tiene ciertas cargas: (1) la de presentar el título a la aceptación y al pago; o sólo al pago, según sea el caso (artículos 50 a 59); (2) la de protestarlo cuando se rechacen la aceptación o el pago; a no ser que ocurra alguno de los casos de dispensa (artículos 60, 63 y 64). La omisión de la presentación o la del protesto impide que surja la responsabilidad de los obligados en vía de regreso y el tenedor pierde sus acciones en contra del librador, los endosantes y sus avalistas (artículos 54, 58 y 60); (3) la de dar aviso de deshonor a ciertos obligados en vía de regreso. Obligación que tienen, a su vez, los sucesivos obligados que reciben tal noticia respecto de sus endosantes. La falta de tal aviso puede generar la responsabilidad por daños y perjuicios que esa omisión ocasione (artículos 65 a 69).

29. La entrega por pago del título al librado, al aceptante o al suscriptor, según sea el caso, libera a todos los obligados; salvo que se

haga con conocimiento de que se está pagando a quien ilícitamente detenta el instrumento (artículos 73 y 78).

30. La Convención regula la pérdida y destrucción de títulos; si bien lo hace de modo diverso a nuestra LTOC (artículos 79 a 84) y la prescripción (artículo 85). Por último, contiene una serie de disposiciones novedosas y oportunas respecto a moneda, tipos de cambio, intereses etcétera (artículos 1, 6, 8, 9, 71, 72, 76 y 77). Por ser importante a algunos países, especialmente a Francia, el proyecto establece que la orden de pago contenida en la letra de cambio no constituye por sí misma una cesión al tomador de la provisión de fondos que ha hecho al librado (artículo 38). De modo que esta cuestión se resolverá de acuerdo al texto del instrumento y a la ley nacional que corresponda.

31. *Razones para elaborar un sistema completo.* Desligados de la relación fundamental, la letra de cambio y el pagaré son instrumentos potencialmente expuestos a gran variedad de conflictos de leyes. Con frecuencia se emiten en un lugar para pagarse en otro y mientras dura su vida circulatoria pueden viajar por varios países. Los actos que sobre estos instrumentos se celebran —aceptaciones, endosos, avales, cláusulas restrictivas de responsabilidad, etcétera—, también pueden celebrarse en diferentes lugares y por personas de diferente nacionalidad. Un simple análisis de las normas del Convenio Destinado a Reglamentar Ciertos Conflictos de Leyes en Materias de Letras de Cambio y Pagarés a la Orden (Ginebra, 7 de junio de 1930) o de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materias de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (Panamá, 30 de enero de 1975), sirve para darse cuenta de la gran complejidad de los problemas que pueden generarse y, también, de la diversidad de soluciones que proponen ambos convenios. La aplicación de éstos convenios es limitada: a Ginebra pertenecen 20 países que forman parte, también, del Convenio sobre ley uniforme; forman parte de la Convención de Panamá, Argentina, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> No he encontrado ningún comentario a la Convención de Panamá. Estudia la de Ginebra René Roblot *Les effets de commerce*, Paris, Sirey, 1975, núms. 653-695, pp. 565-597; también puede verse julio D. González Campos, "Las normas sobre 'conflictos de leyes' en materia de letra de cambio, pagaré y cheque: presupuestos, soluciones y problemas", en *Derecho cambiario* dirigido por A. Menéndez, *cit.*, pp. 953-977, en donde analiza la ley española de 1985 que se apega sustancialmente al Convenio de Ginebra.

32. La conveniencia de someter toda la vida del documento a una regulación unitaria explica la pretensión de elaborar un sistema completo. Como también explica las normas del artículo 2, relativas al predominio de la apariencia documental en la determinación de la internacionalidad del instrumento; así como la disposición que declara aplicable la Convención aunque los lugares mencionados en el documento no estén situados en Estados contratantes (artículo 4).

33. *Se tuvo como meta ajustarse, en lo posible, a los sistemas en vigor.* Ya se indicó que las diferencias entre el *Common Law* y Ginebra no son pequeñas y que también son bastantes las que hay entre las diferentes leyes domésticas. Sin embargo, la letra de cambio y el pagaré cumplen las mismas funciones en todo el mundo. Una letra de cambio en los Estados Unidos no es muy diferente de una letra de cambio mexicana. Esto permitió seguir una política de alejarse lo menos posible de las normas vigentes, y ahí donde la pluralidad de legislaciones lo permitió, se mantuvo la solución universalmente en vigor. Se negociaron las diferencias; siendo pocas las esenciales, aunque no de escasa importancia.<sup>12</sup>

34. El respeto a las soluciones vigentes no fue absoluto. En más de una ocasión se observó que una norma ya era obsoleta a la luz de las prácticas o necesidades comerciales contemporáneas; en cuyo caso se prefirió proponer la que satisfacía a estas últimas. El proyecto se enriqueció al adoptar normas y soluciones de uno y otro sistema; lo que se hizo cuando esto resultaba útil y no era incompatible con la Convención. Así, por ejemplo, las figuras de aval y garante (v. núms. 164 a 183). La cláusula de aceleración, prohibida en general por las leyes del sistema de Ginebra, se recoge en la Convención (artículos 8. b) y c)). Ejemplo de novedad absoluta es la figura del garante del librado (artículo 47, 5).

<sup>12</sup> Vis, *ob. cit.*, p. 511, afirma "A comparison of the Anglo-American and Geneva systems does indeed reveal a similarity in basic principles that govern the contractual rights and obligations embodied in negotiable instruments on the concept of negotiability that is attributed to them. And it is undoubtedly true that a lawyer or merchant dealing with a bill or note under another system will recognize an instrument that is familiar to him. Yet, closer analysis of the existing formulations shows that they vary considerably in terms of the issues covered, and that when identical issues are compared, they differ, with only few exceptions, in substance. Furthermore, parts of negotiable instruments law involve a network of interrelationships on the instruments. This network needs to be dealt with as a unit: selecting only some of these issues for inclusion in the uniform rules and remitting all other issues to the applicable law would lead to uncertainty and, since the uniform rules and those of national law may not mesh precisely with each other, to difficulties". Estas palabras se repiten en A/CN.9/SER. A/1982, núm. 7, pp. 7-8.

35. *Exclusión de normas procesales.* En general las leyes relativas a títulos valor prevén algunas disposiciones procesales. En una convención internacional esto es punto menos que imposible: los procedimientos están indisolublemente ligados a la organización judicial de cada país, a sus normas generales del procedimiento y a la tradición y prácticas del foro.

36. En consecuencia, el proyecto se limita a contemplar aquellas que, por formar parte esencial del derecho cambiario, son inevitables. Se trata de los artículos 29 y 31 que se refieren a las defensas que pueden oponerse en contra del tenedor, así como las acciones que pueden ejecutarse en su contra (v. núms. 126 a 150). Para el caso de títulos extraviados o robados se adoptó un sistema que sólo eventualmente requerirá de la intervención judicial (artículos 79 a 84).

37. *Peculiaridades de la redacción.* Por último, tenemos las peculiaridades de redacción comunes a los instrumentos internacionales con vocación universal. Los juristas educados dentro del sistema de derecho romano germánico encontramos el estilo de estas convenciones oscuro y complicado. Extrañamos la falta de reglas y conceptos generales expuestos en un lenguaje lacónico y elegante. Por otro lado, nos molesta el exagerado número de referencias cruzadas, de remisiones de repeticiones y la ausencia de una terminología técnico-jurídica de derecho cambiario, que en esta materia es muy útil, ya que favorece la economía de la expresión. En resumen, el texto se nos hace engorroso y pesado de leer. Sin embargo, esto tiene su explicación.

38. El estilo casuístico obedece a la necesidad de que el texto tenga sentido para los juristas formados en el *Common Law*, para quienes una definición o una regla general formulada al estilo romano germánico les dice muy poco; por otro lado, es ocasión para que el intérprete, y en último caso el juez, interpreten la norma conforme a su sistema jurídico.<sup>13</sup> El lenguaje que se usa, más descriptivo del fenó-

<sup>13</sup> David, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, 1982, 8° ed. por Camille Jauffret-Spinosi, núm. 11, p. 16, dice: "Las características tradicionales del *Common Law* son por completo diferentes que las de la familia de derecho romano-germánica. El *Common Law* ha sido formado por jueces, que tenían que resolver litigios particulares, y conserva hoy en día, de manera flagrante, la marca de este origen. La regla de derecho del *Common Law*, menos abstracta que la regla de derecho de la familia romano-germánica, es una regla dirigida a dar solución a un proceso, no a formular una regla de conducta para el avenir". Y más adelante (núm. 353, p. 397), "las leyes inglesas tienen un aspecto más casuístico que las nuestras. No se trata de retomar, como ha hecho el Código Civil con la obra de Pothier, las fórmulas empleadas por los autores. La generalidad inevitable que comportan esas fórmulas se mira con suspicacia. Los ingleses se desconciertan

meno y menos abstracto, más afín al lenguaje del hombre vulgar que el del especialista, tiene como finalidad obtener una uniformidad universal de interpretación. No se trata de una característica exclusiva de este proyecto, sino que es común en otras convenciones; como ocurre, por ejemplo, con la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías que presenta problemas similares de interpretación. Recomendando la lectura de lo que, respecto de esta última convención, dicen sus intérpretes, por ejemplo Honnold y Bonell.<sup>14</sup> La circunstancia de que el Proyecto de Convención sobre Letra y Pagaré sea más compleja, sólo agudiza el problema.

39. Una última razón: las convenciones de las Naciones Unidas no son traducciones, deben ser originales en seis idiomas, que son el árabe, el español, el francés, el chino, el inglés y el ruso. Sólo se pueden obtener originales equivalentes haciendo sacrificios estilísticos.

## II. ANÁLISIS PARTICULAR DEL PROYECTO

40. *Ámbito de aplicación y forma del título. Autonomía de la voluntad.* Del artículo 1 resulta claro que es opcional para el creador del instrumento el someterlo a la Convención, ya que sólo si se expresan las que se han dado en llamar "palabras mágicas", el título se regirá por la Convención. Estas palabras serán, según el caso: "Letra de cambio internacional, Convención de . . .", o "Pagaré internacional, Convención de . . ." y deben repetirse dos veces: una en el encabezamiento y otra en el texto del documento. La razón para exigir que se mencionen las palabras en el encabezamiento es para facilitar la identificación del título y evitar errores; sobre todo cuando se manejan en grandes cantidades y se trata de esos larguísimos pagarés anglosajones. La razón para que se inserte en el texto es para evitar la fácil alteración que consistiría en agregar un encabezamiento en un título

ante nuestras reglas jurídicas; les parecen con frecuencia que son principios generales que expresan aspiraciones morales o establecen un programa político más que reglas del derecho. El legislador inglés busca colocarse tanto como es posible al nivel de la regla jurisprudencial, la única considerada como normal en derecho inglés". (Trad. Jmaz).

<sup>14</sup> Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales, Under the 1980 United Nations Convention*, Antwerpen, Boston, London, Frankfurt; Kluwer, 1982, pp. 60-61 (de esta obra apareció traducción al español con prólogo de J. Barrera Graf, Madrid, EDERSA, 1987); Bonnell, en *Comentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, obra en colaboración de varios autores bajo la dirección de Bianca, CM., y Bonnell, M.J. Milán, Giuffrè 1987, pp. 65-75, esp. p. 74.

que no hiciera referencia a la convención.<sup>15</sup> Sin embargo, la solución no es feliz, porque abre el campo al mismo error que pretende evitar, lo que ocurrirá cuando el encabezamiento tenga las "palabras mágicas" y éstas falten en el cuerpo del instrumento.

41. El párrafo (3) del artículo 1 excluye expresamente a los cheques, lo que se hizo para dejar claro que no rige a los cheques del derecho anglosajón, en donde se entiende que un cheque es una letra de cambio expedida contra un banco. Sin embargo, una letra de cambio expedida contra un banco, pero no en contra de la cuenta de cheques que un banco lleva a uno de sus clientes sí quedaría comprendida dentro de la Convención.<sup>16</sup>

42. El artículo 3 enumera los requisitos esenciales para que un instrumento sea letra de cambio o pagaré. Se buscó que fueran sustancialmente análogos a los de todas las legislaciones del mundo, previendo que un juez de un Estado no contratante estimara no aplicable la Convención (v. núms. 4 3a 50); caso en el cual el documento calificaría como letra de cambio o como pagaré conforme a la ley nacional aplicable.<sup>17</sup> Satisfaría los requisitos de la Convención, pero no los de la ley mexicana (LTOC artículos 76 frac. 11 y 170 frac. II) un instrumento que tuviera fecha (artículos 3, 1), c) y 2) c)), pero que careciera del lugar de expedición. El mismo problema puede presentarse en relación con la LUG (artículo 1 incluso 6) y 75 inciso 6)).<sup>18</sup>

43. *Artículos 2 y 4. Requisitos de internacionalidad.* El artículo 2 establece los elementos de internacionalidad, exigiendo que por lo menos dos de los lugares que indica se encuentren en Estados diferentes. Para la letra estos lugares son el lugar donde se libra, el que se encuentra junto a la firma del librador, el que se indica junto al nombre del librado, el que se indica junto al nombre del tomador o el lugar de pago. Para el pagaré, el lugar de suscripción, el indicado junto a la firma del suscriptor, el que se ponga junto al nombre del tomador y el lugar de pago.

44. El párrafo 3) del artículo 2 prescribe que el hecho de que se pruebe que las menciones de las que resulta la internacionalidad sean

<sup>15</sup> A/CN.9/SER. A/1982, p. 125 y A/CN.9/273, núms. 65-67.

<sup>16</sup> A/CN.9/273, núm. 68.

<sup>17</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 127.

<sup>18</sup> Los artículos 1, 2 y 3 originalmente eran el artículo 1º. Sobre estos artículos cf. A/CN.9/SER.A/1982, pp. 124-126; Penney, Norman, "The Draft Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes: Formal Requisites", en *The American Journal of Comparative Law*, 1979, vol. XXVI, pp. 515-531.

inexactas, no afectará a la aplicación de la Convención. Esta norma ha dado lugar a interminables discusiones.

45. El artículo 4 establece que la Convención se aplicará aunque los lugares señalados para establecer la internacionalidad del título no estén situados en Estados contratantes. Precepto que también ha dado lugar a argumentos sin fin.

46. Se objetó la norma que da primacía a la apariencia sobre la realidad porque permite hacer fraude a la ley. Pero prevaleció la opinión de que la apariencia manda, como siempre ocurre en el derecho cambiario, porque es la mejor solución para un sistema jurídico cuya finalidad es la circulación de los instrumentos de crédito. En caso contrario se obligaría a las partes a averiguar "si la indicación en el título era correcta o no".<sup>19</sup>

47. Se arguyó, en contra del sistema de la Convención, que "era inaceptable que un librador pudiera librar en un Estado no contratante una letra de cambio sobre un librado en otro Estado no contratante y hacer que la Convención se aplicara a esa letra". Que hay países que no reconocen la autonomía del librador o del suscriptor para elegir la ley aplicable al título y que si se incoaba la acción en uno de esos Estados y éste no era Estado contratante no estaría obligado a aplicar la Convención. Otro argumento en el mismo sentido fue que era posible que un Estado no contratante aplicara sus normas de conflicto y que como resultado de éstas podría aplicar otra ley; por ejemplo, la del Estado no contratante del lugar de emisión o de pago. Todo ello provocaría incertidumbre, por lo que se sugirió ligar el título al lugar de expedición o al de pago, reduciendo por lo menos la incertidumbre.<sup>20</sup>

48. Sin embargo, aun reconociendo que eran ciertos esos motivos de incertidumbre, se sostuvo la solución del proyecto porque dado el número de títulos que circulan en los medios financieros, la velocidad con que se manejan y ante la circunstancia de que los empleados bancarios no son expertos en derecho internacional, resultaría embarazoso para la circulación que esos empleados tuvieran que averiguar, en cada caso, si los lugares se encontraban en Estados contratantes.<sup>21</sup>

49. En la última reunión de la Comisión, ante la disparidad de opiniones, se aceptó, como transacción, que se permita la reserva que autoriza el artículo 89, que permite a los Estados en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, decla-

<sup>19</sup> A/CN.9/288, núm. 13; también A/42/17, núm. 294.

<sup>20</sup> A/41/17, núms. 84-87.

<sup>21</sup> A/41/17, n. 86 y A/CN.9/288, n. 18.



rar que sus tribunales sólo aplicarán la Convención si el lugar indicado en el título donde se libra la letra o donde se suscribe el pagaré y el lugar del pago del título en él indicado se encuentran en Estados contratantes. Reserva que, según alguno, crearía dos regímenes en el Estado que la hiciera, ya que por un lado se aplicaría la Convención, pero por otro no la aplicarían sus tribunales.<sup>22</sup>

50. También se hizo notar que el Proyecto de Convención era incompatible con las Convenciones sobre conflictos de leyes (en la materia) de Ginebra y de Panamá a que ya arriba hice referencia (ver núm. 31), pero se vio que ese era un problema que los Estados partes de esos Convenios tendrían que examinar y, en su caso, decidir si los modificaban, aclaraban o denunciaban antes de formar parte de la Convención de las Naciones Unidas.<sup>23</sup> Como México es parte de la Convención de Panamá, tendrá que examinar esta cuestión y tomar su propia decisión oportunamente.

51. *Títulos incompletos*. Según la ley mexicana (LTOC, artículo 15) un instrumento al cual le falte alguno o algunos de los requisitos esenciales puede ser completado hasta antes de la presentación del título para su aceptación o para su pago. La LUG establece que si una letra incompleta al emitirse ha sido completada contrariamente a los acuerdos celebrados, la inobservancia de estos acuerdos no puede oponerse al portador, a menos que éste haya adquirido la letra de mala fe o que, al adquirirla, haya cometido una falta grave (artículo 10). Este precepto es aplicable al pagaré (artículo 77).<sup>24</sup>

52. El proyecto se refiere a los títulos incompletos<sup>25</sup> en el artículo 13, 1). Para que haya un título incompleto, pero susceptible de com-

<sup>22</sup> Hermmann, G., *op. cit.*

<sup>23</sup> A/42/17, núms. 219-222.

<sup>24</sup> Sobre los títulos incompletos en México v. Mantilla Molina, Roberto L., *Títulos de Crédito*, México, 1983, cap. quinto, *Cambial incoada*. La bibliografía de Ginebra sobre la letra en blanco es muy abundante; resumidamente, en España, Garrigues, Joaquín, *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, 1955, t. II, núms. 769-770, pp. 310-314, recientemente, Paez-Ares, José Cándido, "Las excepciones cambiarias" en *Derecho cambiario*, dirigido por Menéndez, Aurelio, Madrid, 1986, Civitas, pp. 334-343; en Francia, Roblot, *op. cit.*, núms. 139-143, pp. 125-129; en Italia, entre otros, De Semo, Giorgio, *Trattato di diritto cambiario*, Padua, Cedam, 1963, núms. 357-370, pp. 325-338 y Pavone la Rosa, Antonio, *La cambiale*, Milán, Giuffrè, 1982, núms. 31-44, pp. 101-146.

<sup>25</sup> Uso el término de título incompleto para seguir la terminología de la versión en castellano. En la doctrina de Ginebra algunos autores distinguen la *letra informal*, que no contiene los requisitos esenciales al momento de ejercitar los derechos del título, de la *letra en blanco*, cuya "especificidad radica en el hecho de que no fue redactada (al menos completamente) por quien la escribió *ab initio* sino por una persona que estaba facultada a tal efecto en virtud de una autorización contenida en el llamado pacto de completamiento y la *letra incompleta* cuya diferencia sustancial

pletarse y producir plenos efectos, se necesita un documento escrito en el que tanto en el encabezamiento, como inserto en su texto aparezcan las “palabras mágicas” arriba referidas (ver. núm. 40). El título incompleto debe tener, además, la firma del librador o del aceptante en la letra o la del suscriptor en el pagaré.

53. Los datos que pueden llenarse son la orden o la promesa de pagar una suma determinada de dinero, el nombre del tomador, el del librado, uno o más de los lugares de internacionalidad.<sup>26</sup> Puede completarse la letra con la firma del librador cuando ya existe la del aceptante. Pero sólo en este supuesto. No sería letra incoada un instrumento que tuviera un endoso, pero que careciera de la firma del aceptante y del librador. Tampoco pueden ponerse la firma del suscriptor, ni las palabras que someten el título a la Convención: “. . . sólo el librador, el aceptante o el suscriptor deciden si el título que emiten ha de regirse por la Convención. . .” un título en que no figuren las palabras mágicas puede completarse con arreglo a la ley nacional aplicable, pero aunque se completase, no se regiría por la Convención.<sup>27</sup>

54. Aunque el *Comentario* no lo dice, un dato esencial que también puede llenarse es la fecha (artículo 3, 1) c) y 2) c)). Asimismo, pueden ser objeto de completamiento cláusulas tales como la del vencimiento, la tasa de intereses, la orden de no presentar el instrumento antes de determinada fecha y cualquier otra estipulación lícita que las partes convinieran.

55. La cambial incoada debe completarse de acuerdo a un convenio que en la doctrina se conoce como pacto de completamiento o de llenamiento. Si el título se completa sin poder suficiente o de manera distinta de lo estipulado en el poder conferido, el firmante que haya firmado antes de haberse completado el título podrá invocar esa falta de poder suficiente, como excepción, contra el tenedor que hubiese tenido conocimiento de tal falta de poder en el momento de pasar a ser tenedor y el firmante que haya firmado el título después de haberse completado será responsable según lo dispuesto en el título así completado (artículo 13 2)).

56. La exigencia de los requisitos mínimos suscita problemas. La LTOC y la LUG no dicen cuáles son los requisitos mínimos para

con la *letra en blanco* consiste en que en la *incompleta* hay ausencia “de una voluntad del deudor que prevea el completamiento por un tercero”, Paz-Ares, *op. cit.*, pp. 334, 336 y 340.

<sup>26</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 134.

*incompleta* cuya diferencia sustancial con la *letra en blanco* consiste en que en la

<sup>27</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 134.

que haya una cambial incoada. Sin embargo, en México, Mantilla Molina opina que para que haya cambial incoada deben existir por lo menos "la indicación de que se trata de una letra de cambio o de un pagaré, y la firma de una persona" ya que la cuestión de los efectos de la sola firma en un papel en blanco, "es cuestión completamente extraña al derecho cambiario".<sup>28</sup>

57. Los argumentos de Mantilla Molina, impecables desde el punto de vista lógico, tropiezan con la finalidad del derecho cambiario, que es la de proteger la circulación. ¿Cuáles son los derechos de un tenedor de buena fe en posesión de un pagaré completo y en regla, que resulta no ser tal pagaré, porque el supuesto suscriptor descuidadamente firmó una hoja de papel en blanco?, es cierto que el aparente suscriptor no pretendió emitir un pagaré, ¿pero, no debe ser responsable de la firma que permitió crear la apariencia de un pagaré?

58. Otro autor mexicano, Tena, citando la autoridad de Vivante, sostiene que para incoar un documento basta una firma en un papel; que el "mínimo exigido" es "una firma cambiariamente utilizable".<sup>29</sup>

59. La necesidad de que, en un instrumento, aparezcan por lo menos los elementos que señala el artículo 13, puede dar lugar a problemas prácticos. Por ejemplo, *A* firma una hoja de papel que contiene una sola vez las "palabras mágicas" y la entrega a *B*. *B* llena ese papel con un pagaré internacional que endosa a *C*, quien a su vez lo endosa a *D*. Este último cumple con los requisitos para ser tenedor protegido. No obstante, ese papel no será un pagaré internacional (artículos 13, 31 y 34) y *D* no será tenedor. Otro ejemplo: varias personas convienen en que *A* suscribirá un pagaré a la orden de *B*, con la garantía de *C* y que *B* endosará a *D* el pagaré. *B* redacta el pagaré, obtiene la firma de *C*, el garante y endosa el título a *D*. Posteriormente *D* obtiene la firma del suscriptor y lo endosa a *E*, quien cumple como tenedor protegido. Las consecuencias son absurdas: *A*, el suscriptor, está obligado porque firmó un título completo. Pero puede oponer a *E* que no es tenedor porque el documento, cuando lo recibió por endoso, no llenaba los requisitos del artículo 13. *C* no será garante; en cambio *D* sí estará obligado a responder por el pago. En el mismo título hay obligados y no obligados, pese a que todos firmaron con el ánimo de obligarse cambiariamente.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, núm. 90, p. 144.

<sup>29</sup> Tena, Felipe de J., *Derecho Mercantil Mexicano*, México, Porrúa, p. 435, núm. 132 bis.

60. La exigencia de requisitos mínimos otros que una firma susceptible de ser utilizada en un documento cambiario, atenta contra los terceros de buena fe y es contraria a la finalidad del derecho de los títulos-valor, que es la de proteger la circulación.

61. Otros problemas suscita la ausencia de una fecha límite para completar el instrumento. No se trata de una omisión: se decidió que como era posible transferir el título después del vencimiento, transcurrido éste también debería ser posible completar el instrumento.<sup>80</sup> Pero este argumento es falso; por ejemplo: *C* acepta una letra a la orden de *B*, sin que *A*, el librador, la haya firmado. *B* la endosa a *D* quien el día del vencimiento y sin recabar la firma del librador la presenta para su cobro. El aceptante niega el pago porque la letra carece de la firma del librador. En esas circunstancias, si no hay todavía letra de cambio, ¿cómo puede protestarse? Si, con posterioridad, el librador firma, ¿cuál es el efecto de esa firma?, ¿qué consecuencias produce contra el aceptante que legítimamente rehusó el pago?

62. *Endosos falsificados y endosos puestos por mandatario sin poder o sin poder suficiente.* Una diferencia fundamental entre los sistemas de Ginebra y los del *common law*, consiste en los efectos diferentes que atribuyen a los endosos falsos o puestos por un mandatario carente de facultades. En efecto, las consecuencias en cuanto a los derechos del endosatario —y de los sucesivos endosarios— y a la atribución del riesgo de la pérdida del instrumento difieren por completo en uno y otro sistema. El haber cruzado esta brecha es uno de los logros fundamentales del proyecto. (En lo que sigue hablaré de endosos falsos y debe entenderse, salvo que haga la distinción, que me refiero también a los puestos por un falso representante.<sup>31</sup>)

63. En el sistema de Ginebra, y por ende en el mexicano, el endoso produce el efecto cambiario de legitimar al endosatario en la posesión del título y en el ejercicio de los derechos derivados del mismo; a no ser que el endosatario haya adquirido el documento incurriendo en culpa grave o lo haya hecho de mala fe (LTOC artículos 38 y 39; LUG artículo 16). Consecuentemente el tenedor legítimo no puede ser privado del instrumento por el propietario desposeído; la posesión del primero es irreivindicable. En cambio, en el sistema anglosajón ocurre otra cosa, como rige el principio de que nadie puede transmitir lo que no tiene, el dueño de un documento sólo lo transmite

<sup>80</sup> A/41/17, núm. 138 y A/CN.9/288, núm. 61.

<sup>31</sup> Sobre este tema v. Vis Willen, "Forged indorsments", en *The American Journal of Comparative Law*, 1979, vol. XXVII, pp. 547 y ss.

cuando efectivamente lo endosa; lo que puede hacer por su propia mano o por medio de un mandatario con facultades suficientes. Cuando en un instrumento aparezca un endoso falso o puesto por quien carecía de facultades para endosar, no hay endoso y el aparente endosante sigue siendo dueño; el endosatario no tiene derecho sobre el título y al transmitirlo enajena lo que no es suyo. Los sucesivos endosatarios tampoco adquieren el título; y un detentador que en estas condiciones ejercite los derechos derivados del instrumento, estará haciendo valer derechos ajenos y actuando en perjuicio del verdadero dueño; circunstancias, ambas, por las que debe responder.

64. En lo que sí coinciden ambos sistemas es en que el endosante aparente no responde por la aceptación y el pago: nadie queda obligado por un título a menos de que lo firme (artículo 34 del Proyecto).

65. Como en el *common law* los endosos posteriores a la falsificación son ineficaces, quien transmite el título da ciertas garantías a su sucesor. Así, se lee en el *Comentario* que “[C]on respecto a las personas que transfieran el título después de la falsificación del endoso, el UCC estipula que el transferente que reciba contraprestación “garantiza al adquirente inmediato y, si la transferencia se hace mediante endoso, a todo ulterior portador que reciba el título de buena fe: a) que es el titular legítimo o que está autorizado a obtener el pago o la aceptación en nombre del titular legítimo y que la transferencia se hace, por lo demás, conforme a derecho, y b) que todas las firmas son auténticas o autorizadas” (sección 3-417.2) a) y b). Ese transferente garantiza también su titularidad ante el pagador o aceptante de buena fe (sección 3-417.1) a). La *BEA* dispone a este respecto que el endosante no podrá hacer valer ante adquirentes posteriores el hecho de que un endoso fue falsificado (sección 55.2) c). En el caso de una letra o pagaré al portador toda persona que la negocie garantiza a su inmediato adquirente en cuanto al valor que no existen anteriores endosos falsos (sección 58.3)”.<sup>32</sup>

66. Todo lo contrario ocurre en el sistema de Ginebra, en donde quien detenta un título a través de una serie no interrumpida de endosos se considera tenedor legitimado, a no ser que el tenedor desposeído pruebe que ese tenedor adquirió el título de mala fe o incurriendo en culpa grave. Como consecuencia, quien paga no está obligado a cerciorarse de la autenticidad de los endosos, ni tiene la facultad de exigir que ésta se le compruebe; a no ser que pague antes

<sup>32</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 141.

del vencimiento, en cuyo caso lo hace bajo su propia responsabilidad (LTOC, artículos 38, 39 y -31; LUG artículos 16 y 40).

67. Los defensores de uno y otro sistema aducen respectivamente la existencia de ventajas y desventajas en cuanto a la seguridad de la circulación y a las bondades de su propio sistema en la promoción del uso de títulos negociables. Sin embargo, la evidencia práctica ha sido que ambos sistemas funcionan igualmente bien,<sup>33</sup> Lo que prueba que el apasionamiento por una teoría —la de la protección de la apariencia en un caso y la de que cada quien debe conocer a la persona con quien contrata en el otro— puede convertirse en racionalizaciones causantes de desacuerdos. En el proyecto de Convención se logró conciliar los diferentes puntos de vista.

68. En cuanto atañe a la legitimación, tanto en el ejercicio de los derechos derivados del título como en la facultad de transmitirlo, la transferencia por endoso funciona como en el sistema de Ginebra: quien detenta una letra o un pagaré a través de una cadena de endosos está legitimado para disponer del título y ejercer los derechos del mismo; es tenedor aun cuando haya endosos falsos e incluso si lo es de mala fe (artículo 16).

69. Pero la persona cuyo endoso se haya falsificado o cualquier firmante que haya puesto su firma antes de la falsificación no quedan desprotegidos, ya que se les otorga el derecho de reclamar la compensación de los daños sufridos cuando hayan resultado perjudicados por el endoso falso (artículos 26 y 27). Los firmantes posteriores quedan protegidos: (1) por los derechos derivados de la garantía que reciben por la transmisión (artículo 46), (ver números 80 a 85); o (2) por las acciones cambiarias derivadas del título.

70. La persona cuyo endoso ha sido falsificado o puesto por un mandatario sin poder o sin poder suficiente, o cualquiera de los firmantes que haya sido perjudicado, puede reclamar del falsificador o del mandatario aparente —si los encuentra y tiene bienes— el importe de los daños y perjuicios que le hayan ocasionado; daños y perjuicios que podrá reclamar sin límite alguno (artículos 26 y 27).

71. Las mismas personas pueden reclamar de aquel a quien el falsificador o el falso mandatario haya transmitido el título, del firmante o del librado que directamente o por conducto de uno o más endosarios para el cobro haya pagado al falsificador, los daños que hayan sufrido. En este caso los daños no podrán exceder del importe del

<sup>33</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 144.

título, más los intereses y gastos de protesto y notificaciones que autorizan los artículos 71 y 72.

72. No obstante lo apuntado, el endosatario en procuración que cobre no será responsable si no tiene conocimiento de la falsificación o de que el endoso no obliga al mandante: (1) en el momento en que se pague a su mandante o le comunique que ha recibido el pago, o (2) en el momento en que reciba el pago, en caso de que esto ocurra después. A menos que su falta de conocimiento se deba a que no haya actuado de buena fe o con diligencia razonable. Misma excepción que beneficia al firmante o librado que pague si, en el momento en que pague el título no tiene conocimiento de que el endoso es falso o de que no obliga al mandante. A menos, también, que su falta de conocimiento se deba a que no haya actuado de buena fe o con diligencia razonable.

73. El tratamiento menos enérgico en contra del endosatario en procuración obedece a que se tratará siempre de personas que prestan servicios de cobro, en su gran parte bancos, que no son las más idóneas "para realizar una investigación a fondo a efecto de determinar si el endosante estaba en posesión del título o tenía poder suficiente para firmarlo",<sup>34</sup> Como el fundamento de la responsabilidad tiene su base en el principio de que cada quien debe conocer a la persona con quien contrata, pareció excesivo imponer esa responsabilidad a quienes simplemente realizan una cobranza.

74. En cuanto al librado o a cualquier firmante que paga, tampoco ellos contrataron con el autor de la falsificación o con el falso representante, sino que bien obedecen a una orden de pago o bien hacen frente a la obligación cambiaria asumida al firmar el título. Lo que justifica que queden a salvo de responsabilidad.

75. Como ya se apuntó (número 62), se da el mismo tratamiento al caso de los endosos falsos y al de los endosos puestos por un mandatario sin poder o sin poder suficiente. Aunque hubo bastante oposición por parte de los delegados de países que siguen el sistema de Ginebra, se convino en esta solución; existen variadas y fundadas razones para ello: a) se trata de una avenencia; b) llega un momento en que es difícil distinguir, sobre todo en el tráfico internacional, cuando se trata de un endoso falso y cuando de uno puesto por un falso mandatario.

76. El meollo de la diferencia estriba en determinar quién debe soportar la pérdida: en nuestro sistema el perjuicio es para quien

<sup>34</sup> A/CN.9/261, núms. 30 a 33.



pierde el documento. En el anglosajón es para quien contrata con el falsificador. Los países del *common law* aceptaron que la transmisión por endoso sea válida para efectos de legitimación, que el perjuicio sea a cargo de quien trata con el falsificador y, sólo excepcionalmente, del librado o firmante que paga o del endosatario que cobra. Los delegados de la familia ginebrina, como contrapartida, estuvimos de acuerdo en que el perjuicio sea para quien contrata con el falsificador. También, como se verá adelante, en el reconocimiento expreso de cierta responsabilidad por parte de quien transfiere un documento (artículo 46). Subsiste la responsabilidad de quien paga antes del vencimiento (artículo 73,3), semejante al artículo 131 de la LTOC y al 40 de la LUG. Como resultado del acuerdo el proyecto presenta las siguientes ventajas sobre los sistemas en vigor:

77. El pago por el librado, el aceptante o el suscriptor es definitivo; libera a todos los obligados. "El único elemento 'no definitivo' es el principio que da a la persona a quien se robó el título el derecho a recibir indemnización de la persona que adquirió el título del falsificador".<sup>35</sup>

78. Como el pago es definitivo y liberatorio se eliminan todas las acciones judiciales entre las partes: del que paga contra aquel a quien pagó, del tomador contra el librador que no quedó liberado de su obligación, del librador contra el librado, etcétera; subsistiendo "una única acción que se confiere al propietario del título contra el falsificador y contra la persona que adquirió la letra del falsificador".<sup>36</sup>

79. El riesgo de la falsificación debe recaer sobre la persona que está en las mejores condiciones de impedirla: "El endosatario debe conocer a su endosante y no debe recibir un título de un extraño".<sup>37</sup>

80. *Responsabilidad del transmitente.* Sólo hasta cierto punto el artículo 46 constituye una novedad que para Ginebra aportó el *common law*. En efecto, este artículo atribuye algunas responsabilidades a todos aquellos que transfieren un título, tanto cuando lo hagan a través de un endoso, como cuando lo transfieran aprovechando un endoso en blanco. Esta norma establece una responsabilidad contractual diversa de la típica cambiaria, según la cual el librador y los endosantes responden por la aceptación y pago del título.

81. La clave para entender el artículo 46 estriba en distinguir entre cada una de las obligaciones cambiarias —que se incorporan en el documento y circulan con el mismo— de las obligaciones que derivan

<sup>35</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 145.

<sup>36</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 145.

<sup>37</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 147.

de cada una de las relaciones subyacentes relativas a la transferencia del título. Dicho en otras palabras: una es la obligación que adquiere el endosante cuando endosa y otra la que deriva del negocio de enajenación. La primera es cambiaria; la segunda contractual y de cualquier forma siempre implicará una cesión de derechos. Esta última es la hipótesis del artículo 46.

82. Según este precepto, y salvo estipulación en contrario, quien transfiere un instrumento se hace responsable ante aquel a quien lo transmite de varias cosas, a saber: (1) de que el instrumento no tiene ninguna firma falsificada o no autorizada; (2) de que tampoco ha sido objeto de una alteración sustancial; y (3), de que, en el momento de la transferencia, no tiene conocimiento de hecho alguno que pueda comprometer el derecho del adquirente al cobro del documento frente al aceptante, el librador o el suscriptor, según sea el caso. En cualquiera de estas hipótesis, el transmitente, contra la restitución del título, deberá devolver la suma recibida con sus intereses; lo que en otras palabras significa que el negocio de transmisión se resuelve. El adquirente sólo podrá proceder a esta resolución cuando adquiera el título desconociendo el hecho que da motivo a ella.

83. Las principales diferencias entre la responsabilidad cambiaria del endosante y la contractual del transmitente son las siguientes: (1) el endosante responde por la aceptación y por el pago; el transmitente de que el instrumento corresponde a lo que según su apariencia pretende ser; (2) la responsabilidad cambiaria se crea por el endoso; la del transmitente por la transferencia; (3) la responsabilidad cambiaria depende, según el caso, de la presentación a la aceptación o al pago, de la desatención y del protesto; la extracambiaria de que ocurra alguna de las hipótesis del artículo 46, y sin necesidad de esperar al vencimiento; (4) la responsabilidad del endosante es en beneficio de todos los tenedores posteriores; la del transmitente sólo beneficia al cesionario; (5) en consecuencia, en la primera, para que el pacto de no responder pueda oponerse a todos los sucesivos adquirentes debe constar en el título; en la segunda esta circunstancia es indiferente; y (6), la responsabilidad del endosante es por el importe del título más los intereses y gastos legítimos; y en el supuesto del artículo 46 la consecuencia será de que las partes deberán restituirse sus prestaciones.

84. Cabe subrayar que la garantía de que no existe firma falsificada ni alteración sustancial es absoluta, no depende del conocimiento del hecho; en cambio la garantía de que no se tiene conocimiento de hecho

alguno que comprometa el derecho del tenedor, es una garantía sujeta a que el transmitente tenga conocimiento de ese hecho.

85. Con lo anterior creo haber demostrado mi afirmación de que sólo hasta cierto punto el artículo 46 constituye una novedad en el régimen de Ginebra.

86. *Tenedor y tenedor protegido*. Los términos tenedor y tenedor protegido son novedosos, llaman la atención y a veces son injustificadamente criticados. En realidad expresan una parte muy importante de la composición habida entre los sistemas del *common law* y de Ginebra. De acuerdo con una primera y sencilla explicación, el simple tenedor está sujeto a toda acción que alguien pudiera ejercer sobre el título y a toda excepción que pudiera oponer cualquier firmante; en cambio, el tenedor protegido recibe el título libre de toda posibilidad de reivindicación y de toda excepción por parte de cualquier firmante. Pensando análogamente, un jurista formado en el sistema de Ginebra concluirá que se trata de la clásica diferencia entre el tenedor legitimado y quien adquirió a sabiendas en detrimento del deudor; por su parte, quien esté formado en los principios del *common law* pensará que está ante los equivalentes del simple *holder* y del *holder in due course*. Ambos estarían equivocados.

87. Los principios básicos de nuestra LTOC y de la LUG son semejantes (artículos 8º, 38 y 43 LTOC; 16 y 17 LUG). De acuerdo con ellos es tenedor legítimo quien posee el título a través de una serie no interrumpida de endosos. Quien tiene un título en estas condiciones no está obligado a devolverlo a un tenedor desposeído; a no ser que haya adquirido el documento de mala fe o incurriendo en culpa grave. Es de mala fe quien sabe de algún vicio de su transmitente; incurre en culpa grave quien debió conocer un vicio de esta naturaleza.

88. El firmante obligado no puede oponer al portador demandante las excepciones que podría hacer valer en contra de los anteriores tenedores, a menos de que el tenedor actúe en detrimento del deudor —excepción personal de dolo que permitiría el artículo 8º fracción XI de la LTOC—. Estos principios, tan claros aparentemente, han sido objeto de una amplia y variada gama de decisiones judiciales en los diversos países, poniendo en evidencia que no son tan claros y precisos como parece.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Hermann, *op. cit.*, menciona que se ocupa de la gran diversidad de soluciones nacionales E. von Caemmerer, *Internationale Rechtsprechung Zur Einheitliches Wechsel-und Schekrecht*, Tubinga, 1976 y en las observaciones que presentaron los E.U.A. ante la Asamblea General, A/43/405 p. 13, citan como ejemplo de las notables divergencias en la interpretación de la frase "que haya obrado a sabien-

89. Bastante más complicada es la cuestión en el *common law*. En efecto, ya expuse arriba como un endoso falso o por un mandatario aparente impide a cualquier endosatario posterior adquirir el carácter de (*holder*) (núms. 62 y 65). Pero, además, hay grandes diferencias entre ser *holder* y *holder in due course* (para mayor precisión usaré los términos en el idioma inglés, *holder* y *holder in due course*). En cuanto a las consecuencias, la situación del *holder* es muy débil. Está expuesto, en principio, a toda clase de acciones sobre el título y defensas en contra del mismo. En cambio, el *holder in due course* es inmune a todas las acciones sobre el título y a casi todas las defensas en contra del mismo. Por otro lado, las reglas para ser *holder* son simples: poseer el documento a través de una serie de endosos legítimos o con el último endoso en blanco. En cambio, las reglas para ser *holder in due course* son más complejas.<sup>39</sup>

90. En el Proyecto de Convención, para ser tenedor protegido el primer requisito es ser tenedor, pero esto solo no basta, hay que llenar otros requisitos (artículos 6 g) y 30), que compararé con los del UCC.

100. De acuerdo con el UCC (artículos 3-302 (1) ) un *holder in due course* es un *holder* que toma el instrumento (a) contra una prestación que a su vez ejecuta (*for value*), (b) de buena fe y (c) sin tener conocimiento de que el documento está vencido (*overdue*) o que ha sido deshonrado o de que existe cualquier defensa o reclamación sobre el título por parte de cualquier persona.

101. *El requisito de adquirir contra una prestación (for value)*, tiene en materia de títulos negociables un significado más estrecho que en materia de contratos —donde equivale prácticamente a *consideration*—.<sup>40</sup> Lo que significa recibir *for value* se explica en el artículo 3-303 UCC. No basta haberse obligado a dar alguna contraprestación,

das en detrimento del deudor” lo que dice Greewe, en *Personal Defenses Under the Geneva Uniform Law of Bills of Exchange and Promissory Notes: A Comparison* 46 *Marquette Law Review* 281 (1963).

<sup>39</sup> Como una muestra de lo que acabo de afirmar considérese que la obra en que me baso para exponer el resumen que sigue es de carácter elemental (*Commercial paper in a Nut-Shell*, Charles Weber y Richard Speidel, St. Paul Minn, 1982) dedica prácticamente un capítulo (el 10) y 43 páginas para explicar los requisitos que se deben llenar, cuando ya se es *holder*, para ser *holder in due course*. Sirva lo anterior, y mi falta de pericia en el sistema del *common law*, para que el lector tome con sus debidas reservas el resumen que sigue, tanto en cuanto a la validez de la interpretación que hago de las normas del UCC, como señal de su complejidad: las distinciones y excepciones, como suele ocurrir en el *common law*, son casuísticas y por ende muy complejas. Para facilitar la explicación me limito al UCC.

<sup>40</sup> Weber y Speidel, *op. cit.*, p. 239. La *consideration* se asemeja, sin corresponder, a la causa en los términos de derecho romano germánico.

sino que esta obligación debe haberse cumplido, garantizado, entregado un documento negociable, o encomendada irrevocablemente a un tercero. Si el *holder* conoce de una reclamación o defensa antes de haber cumplido con su obligación, debe abstenerse de pagar; y si paga en esas condiciones no adquiere el carácter de *holder in due course*. Si cuando tuvo conocimiento de la reclamación o defensa ya había cumplido parcialmente, será *holder in due course* en esa medida; por ejemplo: se había comprometido a pagar 1 000 en abonos y en ese momento había desembolsado 750; será *holder in due course* por 750. Pero si se había comprometido sólo a pagar 750 y ya los liquidó, será *holder in due course* por el valor del título. Hay casos en que el *holder* que no ha ejecutado su contraprestación no puede evitar hacerlo; entonces debe cumplir y se convierte en *holder in due course*; como ocurre cuando adquirió una obligación hacia un tercero y antes de cumplir conoce de la reclamación o defensa, o cuando recibe el documento en pago de una deuda, o en garantía; o cuando un banco acredita documentos que no ha cobrado y permite que se retiren fondos —para lo cual se dan ciertas reglas relativas al flujo de documentos que continuamente se están descontando, ¿a cuál corresponden los fondos retirados? <sup>41</sup>

102. El proyecto de Convención sigue el criterio de la Ley de Ginebra y se puede ser tenedor protegido sin haber dado contraprestación. Así, quien adquiere gratuitamente puede ser tenedor protegido (artículo 30). Esto por lo menos en México donde la causa no es requisito de la existencia y validez del negocio jurídico; en otros países de la familia romano germánica la causa podría ser necesaria.

103. *Que la adquisición sea de buena fe* ha sido un requisito cuyas condiciones han sido bastante discutidas en el *common law*. Se manejan dos criterios para determinar esta noción: el objetivo y el subjetivo. Así, el UCC en su edición de 1952 parecía favorecer el criterio objetivo, requiriendo la observancia de razonables prácticas comerciales en el negocio en el cual el tenedor está interesado.<sup>42</sup> Posteriormente se sustituyó por el criterio, en vigor, que favorece la noción subjetiva y la circulación de los títulos negociables; según el criterio de ahora “buena fe significa honestidad de hecho en la conducta o transacción que se celebre” (UCC 1-201 (19));<sup>43</sup> que tomado literalmente no requiere de diligencia o prudencia alguna y que hace comentar a We-

<sup>41</sup> Más detallado y completo es Weber y Speidel, *op. cit.*, pp. 239-248.

<sup>42</sup> “Including observance of reasonable commercial standards of any business in which the holder may be engaged”, Weber y Speidel, *op. cit.*, p. 249.

<sup>43</sup> “God faith” means honesty in fact in the conduct or transaction concerned”.

ber y Speidel que protege a las personas con corazón "puro" y cabeza "vacía".<sup>44</sup> De este modo, una persona puede llegar a ser un *holder in due course* si al adquirir un documento no se atiene a las prácticas comerciales de la comunidad o lo recibe de un extraño o por una suma desproporcionadamente baja. Lo mismo que si se conoce el defecto que le impediría ser *holder in due course* con posterioridad.

103 *bis*. El criterio que ha prevalecido es el de estimar que el *holder in due course* no tiene que hacer mayores averiguaciones, a menos que de los hechos que conociera se desprendiera que la ausencia de averiguaciones implicara un deliberado deseo de evadir el conocimiento, por estimar que mayores averiguaciones revelarían la existencia de una reclamación o defensa.<sup>45</sup>

104. El proyecto de Convención tampoco recoge la existencia de la buena fe como requisito para adquirir el carácter de tenedor protegido (artículo 30). Aunque, claro está, como este concepto se encuentra íntimamente ligado con el conocimiento y como nadie puede aprovecharse de su propio dolo, el adquirente de mala fe no puede ser tenedor protegido.

105. *Sin conocimiento de que el título está vencido, ha sido deshonrado o de que existe alguna defensa o acción sobre el instrumento.* En el *common law* los conceptos de buena fe y falta de conocimiento están estrechamente ligados, pero no son coincidentes. Es frecuente que aparezcan el uno junto al otro; sin embargo, no significan lo mismo.<sup>46</sup>

106. En el *common law* es necesario que se dé un conocimiento directo, verdadero; los supuestos del UCC son de que existe conocimiento cuando se ha recibido noticia o notificación del hecho o cuando la persona en cuestión tiene razones fundadas para saber que existe (UCC 1-201 (25) ) —los términos que usa son *actual knowledge, has received notice* y *has reason to know*—. El conocimiento debe tenerse con tal anticipación que permita a la persona afectada actuar; por ejemplo: no lo hay cuando la noticia o notificación se recibe en una organización y no ha pasado un tiempo razonable para que llegue a la persona que está a cargo de la correspondiente operación. También un hecho que se conoció puede olvidarse después y en ese caso pudiera no haber conocimiento.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> *Op. cit.*, pp. 249-250, "...it protects the person with the 'pure heart and the 'empty head'".

<sup>45</sup> Weber y Speidel, *op. cit.*, p. 250.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 254.

<sup>47</sup> Sin embargo parece que las opiniones se encuentran divididas; el UCC 1-201

107. La primera de las circunstancias cuyo conocimiento impide a un *holder* ser un *holder in due course*, es la de que el título esté vencido. La exigencia es por lo menos semejante a la de la ley mexicana, ya que según el artículo 37 LTOC el endoso posterior al vencimiento surte efectos de cesión ordinaria. Similar es la norma de la LUG, ya que en ésta el endoso posterior al vencimiento produce efectos, pero el posterior al protesto por falta de pago o hecho después de la terminación del plazo fijado para el protesto, sólo produce efectos de cesión ordinaria (artículo 20). Este es un requisito cuya presencia y tratamiento conserva el proyecto de Convención: para ser tenedor protegido en el momento de pasar a ser tenedor no debe haber expirado el plazo previsto en el artículo 56 para la presentación de ese título para el pago (artículo 30, d).

108. *Que el instrumento ha sido desatendido.* El adquirir un documento sabiendo que ha sido desatendido impide al *holder* convertirse en *holder in due course*. Un instrumento se deshonra cuando se presenta debidamente y no se puede obtener la aceptación o el pago a que se tenga derecho, según sea el caso, o cuando la presentación se dispense si el documento no es debidamente aceptado o pagado (UCC 3-507 (1)).<sup>48</sup> Las causas de deshonra son las mismas en la LTOC (artículos 91 a 94, 126, 127, 128, 150 y 172 a 174) y en la LUG (artículos 21 a 24, 38 y 44). Similares son los casos de deshonra en el proyecto de Convención (artículos 55 - y 59 1) ).

109. El proyecto recoge el requisito anglosajón aquí comentado: para ser tenedor protegido, el tenedor, en el momento en que pasa a serlo, no debe haber tenido conocimiento de que el título ha sido desatendido por falta de aceptación o de pago. Lo que con frecuencia resultará evidente del texto del documento.

110. Esta regla no se aparta, en sustancia, del sistema de Ginebra. En efecto, según el artículo 20 LUG el endoso posterior al protesto por falta de pago o hecho después de la terminación del plazo fijado para efectuar el protesto, no produce otros efectos que los de una cesión ordinaria. Similar resultado arroja la LTOC, ya que de la interpretación de varios de sus preceptos, resulta que la deshonra por falta de aceptación o de pago produce el vencimiento anticipado y, como el endoso posterior al vencimiento produce efectos de cesión

(25) dice: "the time and circumstances under which a notice or notification may cease to be effective are not determined by this Act". v. Weber y Speidel, *cit.*, p. 254.

<sup>48</sup> V. Weber y Speidel, *op. cit.*, p. 257.



ordinaria y no de endoso, quien adquiere un título con conocimiento de que previamente fue desatendido por falta de aceptación o de pago, no será endosatario sino cesionario y estará expuesto a las acciones y defensas a que se encontraba expuesto su transmitente.

111. *Que existe una acción o defensa.* La circunstancia de conocer la existencia de una acción sobre el instrumento o de alguna defensa en contra de las acciones derivadas del título impide, según las reglas del *common law*, que un *holder* pueda ser *holder in due course*. Se afirma que la acción es una espada y la defensa es un escudo. Una acción la puede ejercer cualquiera que sostiene ser el dueño del título; pero también la puede ejercer un firmante que asegura haber sido inducido a emitir o transferir el título en virtud de una operación anulable por causa de error, dolo, violencia, etcétera.<sup>49</sup>

112. El proyecto de Convención se inclina por la solución anglosajona; pero matizadamente. No será tenedor protegido quien, al pasar a ser tenedor, tuviera conocimiento de alguna reclamación válida que sobre el título haya hecho valer cualquier persona. Tampoco podrá ser tenedor protegido quien haya obtenido el título mediante fraude o hurto o haya participado en un fraude o hurto relacionado con ese título (artículo 30 *b*) y *e*). En cuanto a las excepciones cuyo conocimiento impide adquirir el estado de tenedor protegido, son las que corresponden a los supuestos que a continuación menciono.

113. Que el instrumento tiene firmas falsificadas, no autorizadas, puestas por representante aparente o sin señalar que se pusieron en representación de una persona o sin indicar el nombre de la persona representada (artículos 29 1) *a*), 30 *a*), 31 1) *a*), 34 1), 35, 36 3 y 37).

114. Que el instrumento ha sido objeto de alteraciones sustanciales (artículos 29, 1) *a*), 30 *a*), 31 1) *a*) y 36).

115. Que se omitió presentar el título a la aceptación o al pago en los casos en que era obligatoria tal presentación (artículos 29 1) *a*), 30 *a*), 31 1) *a*), 54 y 58).

116. Que se omitió el protesto salvo en los casos excusables (artículos 29 1) *a*), 30 *a*), 31 1) *a*) y 64).

117. Que prescribieron las acciones derivadas del título (artículos 29 1) *a*), 30 *a*), 31 1) *a*) y 85).

118. Los supuestos que acabo de señalar son semejantes a los de la Ley de Ginebra. En efecto, quien adquiere un instrumento conociendo que tiene firmas falsificadas o no autorizadas, o que ha sido objeto de

<sup>49</sup> *Idem*, p. 259.

alteraciones sustanciales, o que está perjudicado por falta de presentación para su aceptación o para su pago o por omisión del protesto o que conoce que han prescrito las acciones derivadas del título, no puede invocar la protección que se le da al tenedor legitimado. Adelante expondré como las acciones y defensas que se tienen en contra de un tenedor que no es tenedor protegido, dependen fundamentalmente del conocimiento que el tenedor no protegido tuviera de la acción o excepción en el momento en que pasó a ser tenedor protegido; que es el mismo efecto que se produce en el sistema de la LUG y en la mexicana LTOC, en relación con quien adquiere con conocimiento de alguna acción o defensa: que la acción o defensa se podrá hacer valer en contra de ese tenedor.

119. Por último, de acuerdo al *common law* sólo puede adquirirse el carácter de *holder* y, por ende el de *holder in due course* cuando se recibe un instrumento completo; un título incompleto carece de negociabilidad. En efecto, el ÚCC (3-104 (1) ) establece los requisitos para que un instrumento sea negociable y ante la ausencia de un requisito el documento no lo es.<sup>50</sup> En cambio, en el sistema de Ginebra, un título incoado si puede transmitirse por endoso.<sup>51</sup>

120. El proyecto de Convención adopta, con relación al endoso de instrumentos incompletos, la solución de Ginebra y se puede ser tenedor protegido si se adquiere un instrumento incompleto que posteriormente se llene de acuerdo a las facultades conferidas para tal efecto (artículo 30).

121. Relacionadas con el *status* del tenedor y del tenedor protegido vale la pena mencionar un par de cuestiones de interés.

122. *Presunción en favor del tenedor.* La primera de estas dos cuestiones estriba en que, salvo prueba en contrario, se presumirá que todo tenedor es tenedor protegido (artículo 33).

<sup>50</sup> Weber y Speidel, p. 49. Más explícita resulta la ley inglesa según la cual "A holder is a holder who has taken a bill, complete and regular on the face on it... Megrah, Maurice, y Ryder Frank R., *Byles on bills of Exchange* (con la colaboración de Antonio Bueno), 25a. ed., Londres, Sweet y Maxwell, 1983, pp. 33-36 y 204-205.

<sup>51</sup> Mantilla Molina, *op. cit.*, núm. 93, p. 157, señala que si un endosatario completa el título de acuerdo con el pacto de llenamiento su "carácter de tenedor del título una vez perfecto resultará de endosos que cobran eficacia al surgir el título de crédito"; en Italia De Semo, Giorgio, *op. cit.*, núm. 363, p. 333, al definir la cambial incoada afirma que puede ser completada "por el tomador o por cualquier otro portador antes de la presentación para el pago". En España Paz-Ares, *op. cit.*, pp. 338-339, en donde cita en apoyo autores alemanes también. La misma solución para Francia se desprende de Roblot, *op. cit.*, núm. 139, c.p. 125-126.

123. Esta es una importante concesión del *common law* relativa a la adquisición del *status* del tenedor protegido. En efecto, en aquel sistema cuando un obligado cambiario demuestra que existe una defensa de las que no puede oponerse a un *holder in due course*, arroja al *holder* la carga de la prueba de que cumple con todos los requisitos necesarios para ser *holder in due course*, y si no lo hace, la defensa le es oponible (UCC 3-307 (3)). En cambio, conforme a la LTOC (artículo 43) y a la LUG (artículo 16<sup>52</sup>) el tenedor tiene a su favor la presunción de ser de buena fe.

124. *Norma de refugio*. Una disposición muy importante en beneficio del tenedor protegido, que le facilitará la negociación del instrumento, es la denominada norma de refugio que se contiene en el artículo 32 1). Según esta disposición la transferencia del título por un tenedor protegido, conferirá a cualquier tenedor posterior los derechos que tenía el tenedor protegido sobre el título y los resultantes del mismo instrumento. De modo que el tenedor protegido está en posibilidad de poder negociar el documento con quien, por tener conocimiento de ciertos hechos, estuviera descalificado para adquirir con tal carácter. Esta regla general es objeto de dos excepciones en el párrafo 2) del mismo artículo, ya que los derechos de tenedor protegido no pasarán a un tenedor posterior si éste participó en una operación que dé lugar a una reclamación sobre el título o a una excepción a las obligaciones resultantes del mismo o bien si ha sido antes tenedor, pero no tenedor protegido.

125. No hay norma expresa equivalente en la LTOC ni en la LUG. Sin embargo, el resultado es el mismo; por ejemplo: si un endosatario adquiere un instrumento conociendo que uno de los endosos es falso, pero lo adquiere de un tenedor legitimado y no lo hace en detrimento del deudor o de quien resultó perjudicado por la falsificación, adquiere bien.<sup>53</sup>

125 bis. *Excepciones oponibles*. La LTOC (artículo 8º) enumera las excepciones que se pueden oponer en contra de la acción derivada de un título de crédito y que son incompetencia del juez, falta de personalidad en el actor, no haber firmado el documento, falta de poder bastante por quien firmó el título a nombre del demandado, incapacidad

<sup>52</sup> El Comentario del UCC al artículo 3-307 (3) dice: "When it is shown that a defense exists the plaintiff may, if he so elects, seek to cut off the defense by establishing that he is himself a holder in due course, or that he has acquired the rights of a prior holder in due course (Section 3-201). On this issue he has the full burden of proof by a preponderance of the total evidence".

<sup>53</sup> Tena, *op. cit.*, p. 379, núm. 86.

cidad al momento de suscribir el título, que el instrumento o el acto en él consignado no reúne los requisitos esenciales, alteración, las que se funden en que el título no es negociable, quita o pago parcial que consten en el texto del documento, cancelación u orden de suspender el pago emitidas por un juez, prescripción, caducidad y las personales que tenga el demandado contra el actor. Esta lista es restrictiva; no cabe oponer otras excepciones.<sup>54</sup> No es tan clara la solución de la LUG (artículos 17 y 77), según la cual las personas demandadas en virtud de una letra o pagaré no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores anteriores, a menos que el portador, al adquirir la letra o el pagaré, haya obrado a sabiendas en detrimento del deudor. El resultado de esta formulación negativa, lleva a una solución análoga a la de la LTOC mexicana.

125 *ter*. La fórmula ginebrina es el resultado al que se pudo llegar luego de arduas negociaciones y no ha sido del todo feliz. Todavía, en fecha reciente, Paz-Ares afirma que el sistema de la LUG es “genérico, ambiguo y claramente fragmentario, cuyo objetivo de fondo no es otro que el de remitir los problemas específicos a la doctrina y jurisprudencia”. Se queja, el mismo autor, de que el legislador español no haya remediado la situación al formular la Ley Cambiaria y del Cheque que entró en vigor en 1986, manteniendo lagunas y una reglamentación fragmentaria, por “lo que el intérprete, necesariamente, se ve avocado a proseguir y culminar una disciplina que en la ley únicamente aparece esbozada”.<sup>55</sup> El Proyecto, como la ley mexicana, hace una enumeración limitativa en sus artículos 29 y 31; solución que me parece preferible, sobre todo en una ley uniforme.

126. *Excepciones oponibles al tenedor que no es tenedor protegido*. En primer lugar, un firmante —esto es, cualquier obligado cambiario— puede oponer a un tenedor no protegido cualquier excepción que sea oponible a un tenedor protegido (artículo 29 1) a) y 31 1) ); y las razones son obvias. Al hablar de las excepciones oponibles a un tenedor protegido, me ocuparé de ellas (números 139 a 150).

127. Un firmante puede oponer a un tenedor no protegido cualquier excepción que derive (1) de la relación subyacente entre ese firmante y el librador o (2) de la relación subyacente entre ese firmante y la

<sup>54</sup> Me ocupo de estudiar las excepciones del artículo 8º LTOC en *Notas sobre el artículo 8º (excepciones oponibles en contra de las acciones derivadas de títulos de crédito)*, en *Anales de Jurisprudencia*, edición especial de estudios jurídicos, México, 1984, pp. 39-68.

<sup>55</sup> Paz-Ares, *op. cit.*, pp. 251-252.

persona a quien transfiera el título. Pero estas defensas sólo serán oponibles al tenedor cuando haya adquirido el título con conocimiento de ellas, o cuando lo obtuvo por medio de un fraude o hurto, o participó en un robo o fraude relacionado con el título. Por ejemplo: el aceptante que no recibió las mercancías por cuyo precio aceptó la letra, o el endosatario a quien no se le abonó el dinero producto de la venta del documento, podrán oponerle la defensa correspondiente al tenedor que adquirió el título conociendo tales circunstancias. La excepción sería oponible al tenedor aunque no la conociera, si obtuvo el título por medio del fraude o hurto o participó en un robo o fraude relacionado con el instrumento (artículo 29 1) b) ).

128. También un firmante puede oponer a un tenedor no protegido las excepciones que deriven de las circunstancias en que esa persona pasó a ser firmante. Como en el caso anterior, la procedencia de estas excepciones depende del conocimiento que el tenedor tuvo de ellas antes de pasar a ser tenedor, o de que haya obtenido el título por medio de un fraude o de un hurto o que haya participado en un fraude o hurto relacionado con el instrumento. Como ocurriría, por ejemplo, en el caso del suscriptor que firmó por violencia, si el tenedor adquirió con conocimiento de esa defensa, o si adquirió el título por medio de un fraude o un hurto o participó en un fraude o en un hurto relacionado con el título (artículo 29 1) c) ).

129. Un firmante puede oponer a un tenedor no protegido cualquier otra excepción que tuviera contra ese tenedor, derivada de circunstancias extrañas a la relación subyacente, pero que emanen de una relación contractual habida entre ese firmante y ese tenedor. Así, podrá oponerle compensación por la suma que resulte de una compra-venta de mercancías que el tenedor adeude al firmante; pero no podría oponerle la compensación derivada de la falta de pago de una indemnización por responsabilidad civil. Los redactores del proyecto quisieron así limitar las excepciones a relaciones de negocios, en beneficio de la rapidez del procedimiento ejecutivo para el cobro de estos títulos.<sup>56</sup>

130. El inciso e) del párrafo 1, del artículo 29 es un cajón de sastre que permite oponer a un tenedor no protegido cualquier otra excepción que sea oponible de acuerdo a la Convención.

131. El proyecto no olvida los derechos de tercero. La regla general es que un firmante no puede oponer como excepción contra un tenedor no protegido el hecho de que un tercero pueda ejercer una acción

<sup>56</sup> A/CN.9.288, núms. 103-106, 128.

sobre el título. Esta regla admite dos excepciones: (1) cuando el tercero haya ejercido una reclamación válida sobre el título y (2) cuando el tenedor haya adquirido el título mediante hurto, haya falsificado la firma del tomador o de un endosatario o haya participado en el hurto o en la falsificación (artículo 29 4) ).

132. Este artículo recoge la excepción que en derecho anglosajón se conoce como de *ius tertii*. Esta excepción se basa en la acción de un tercero y no en la ineficacia o ausencia de la obligación del firmante; quien no puede hacer valer de *motu proprio* los derechos del tercero. Cuando el firmante sabe que el tenedor ha adquirido el título mediante hurto o ha falsificado la firma del tomador o de un endosatario, o ha participado en el hurto o la falsificación podrá hacer valer tal excepción.<sup>57</sup>

133. La disposición del artículo 29 4) es de singular heterodoxia ya que arroja los riesgos y gastos del litigio sobre el firmante, que ningún interés jurídico tiene en la defensa. En tanto que el titular del interés jurídico, el dueño del título cuya firma se falsificó, podrá esperar cómodamente y sin ningún riesgo los resultados.

134. No será ésta la menor dificultad que ha de afrontar el firmante, porque tendrá que decidir, con la información y pruebas que tenga, si quien le está exigiendo el pago es o no es un tenedor protegido, porque la excepción de *ius tertii* no procede contra un tenedor protegido.

135. También, el firmante, deberá juzgar si la reclamación del tercero es "válida". Cualidad cuya determinación no será fácil, ¿es necesario que el tercero haya notificado al firmante su pretensión?, ¿o es necesario que haya iniciado algún procedimiento judicial?, ¿basta una llamada por teléfono? ¿debe, el firmante, esperar a una decisión judicial? <sup>58</sup>

136. Los inconvenientes arriba señalados se matizan en cuanto es opcional para el firmante oponer la excepción; pero no desaparecen, ya que le subsistirá el riesgo de ser juzgado negligente y tener que hacer frente a esa responsabilidad.

137. Si el tenedor adquirió el título después de la expiración del plazo para su presentación al pago, estará sujeto a cualquier excepción a que hubiere estado sujeta la persona que se lo transfirió (artículo 29 3) ). No necesariamente se tratará de las excepciones contra el anterior endosatario, porque quien transfirió el título al tenedor

<sup>57</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 148.

<sup>58</sup> *Cfr.* A/41/17, núms. 38-41.

pudo haber aprovechado un endoso en blanco (artículo 17). La razón de esta regla es obvia: se trata de desalentar la práctica malsana de que circulen instrumentos vencidos.

138. *Acciones que se pueden hacer valer en contra de un tenedor no protegido.* El artículo 29 se ocupa, también, de las acciones que tiene el tomador o tenedor desposeído en contra del tenedor no protegido. En efecto, este último, estará expuesto a la reivindicación del instrumento cuando lo haya adquirido con conocimiento del derecho del tenedor desposeído o cuando lo haya obtenido mediante fraude o hurto o haya participado en algún momento en un fraude o hurto relacionado con dicho título. Si el tenedor adquirió el título después de su vencimiento, puede encontrarse expuesto a una reclamación válida si quien le transmitió el documento se encontraba en esa situación (artículo 29, 2) y 3) ).

139. *Excepciones que se pueden oponer contra un tenedor protegido.* La protección al tenedor protegido es en extremo enérgica. Al igual que ocurre con el tenedor no protegido la enumeración de excepciones es restrictiva; sin embargo, es mucho más limitada. Estas excepciones, que enumera el artículo 31, son las siguientes:

140. *No haber firmado el documento.* Sin embargo, si en el documento aparece una firma falsificada y la persona cuya firma se falsificó ha consentido en obligarse por la firma falsificada o ha dado a entender que dicha firma es suya, quedará obligada como firmante del título.

141. *Que el título no ha sido objeto de alteraciones sustanciales.*

Pero el firmante no podrá oponer la excepción si efectuó, autorizó o permitió la alteración sustancial. Es alteración sustancial la que modifique en cualquier sentido el compromiso escrito de cualquier firmante contenido en el título (artículos 31 1) y 36 3) ). Por ejemplo: cuando se altera la suma o la fecha de pago. El *Comentario* apunta que "no existe modificación, por ejemplo, si a la suma expresada solamente en cifras se agrega el monto correspondiente en letras, o si se agrega la expresión 'a la vista' a una letra en la que no figura fecha de pago". El efecto de la defensa será que el obligado pague conforme al texto original y no conforme al texto alterado.<sup>59</sup>

142. *La circunstancia de que la firma fue estampada por un mandatario en calidad de mandatario sin tener poder, o en exceso del que tenía, o sin indicar que firmaba en calidad de representante por una persona designada, o indicando que firma en calidad de representante,*

<sup>59</sup> A/CN.9/SER.A/1982, pp. 151-152.



*pero sin nombrar a la persona que representa.* En todos estos supuestos queda obligada la persona que firmó y si paga el título tiene los mismos derechos que hubiese tenido la persona por quien pretendía actuar si ésta lo hubiera pagado (ver artículos 34, 35 y 37).

143. Como el mandato para firmar títulos cambiarios en nombre de otro se rige por la ley nacional correspondiente, en México se aplicaría la solución del artículo 10 LTOC, por lo que si el principal ratifica expresa o tácitamente la firma puesta por el representante sin facultades, se transferirán al representado aparente, desde la fecha de la firma, las obligaciones que de ésta nazcan. Solución que no se daría cuando el defecto consistiera en omitir el nombre de la persona en cuyo nombre se firmó. También resultaría aplicable el artículo 11 de la citada ley mexicana, según el cual quien haya dado lugar, con actos positivos o como omisiones graves, a que se crea conforme a los usos del comercio, que un tercero está facultado para suscribir en su nombre títulos de crédito, no podrá invocar como excepción la falta de mandato como personas de buena fe. La buena fe siempre se presume.

144. *La falta de debida presentación para la aceptación, pago o falta de debido protesto,* son otras de las excepciones oponibles a un tenedor protegido; esta solución, igual a la de la LTOC y a la de la LUG, no amerita en este lugar, mayor explicación.

145. *La prescripción* de las acciones derivadas del título (artículo 85).

146. *Las que deriven de la relación subyacente* habida entre el firmante y el tenedor que ejercita la acción (artículo 31, inciso b) ).

147. *La basada en la circunstancia de que el tenedor haya realizado un acto fraudulento para obtener la firma del demandado en el título* (artículo 31 1) b) ). Como se trata del tenedor protegido, la primera lectura de esta excepción normalmente hace fruncir el ceño; sin embargo, tiene una explicación: el tenedor, al adquirir el título puede ser tenedor protegido; posteriormente, con engaños, puede inducir al librado a que acepte.

148. *La incapacidad del firmante* para obligarse (artículo 31 1) c) ). Lo relativo a la capacidad, por supuesto, cae dentro del ámbito de aplicación de la ley doméstica que corresponda.

149. *La denominada* non est factum en derecho anglosajón, que se hace consistir en la circunstancia de haber suscrito el instrumento sin tener conocimiento de que su firma lo convertía en firmante del título, a condición de que su falta de conocimiento no se debiera a

negligencia de su parte y de que su firma se hubiera obtenido de modo fraudulento. No procede si la persona que firma está consciente de estar suscribiendo un título y se equivoca en cuanto a su contenido. Sólo procede ante el desconocimiento de que se está firmando un título.<sup>60</sup> Esta defensa proviene del *common law* y dio lugar a muy grandes controversias.<sup>61</sup> Sin embargo, si se toma en cuenta que fue parte de la transacción a que se llegó, en la que se aceptaron dos de las defensas "reales" del *common law* —ésta es una; la otra es incapacidad—<sup>62</sup> las limitaciones a que está sujeta, debe aceptarse sin mayores reparos.<sup>63</sup>

150. *Irreivindicabilidad para el tenedor protegido.* El tenedor protegido es inmune a la reivindicabilidad del documento, del cual no puede ser desposeído, salvo de que se trate de una reclamación derivada del negocio subyacente entre el tenedor y la persona que efectúe la reclamación (artículo 31 2) ). Aquí se daría el caso de un tenedor protegido que hubiera cobrado el título y no lo hubiera entregado a la persona que le pagó. Ésta tendría el derecho de reclamar el instrumento y así, inclusive, enervar una posible acción de cobro.

### III. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

151. *Endoso condicional y endoso parcial.* Según la ley mexicana el endoso debe ser puro y simple. Toda condición a la cual se subordine se tendrá por no escrita (artículo 31 LTOC). La LUG (artículo 13) contiene la misma regla. Según el proyecto el endoso debe ser incondicional (artículo 19 1) ). Sin embargo, el endoso condicional transferirá el título independientemente de que se cumpla la con-

<sup>60</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 147.

<sup>61</sup> Cfr. p. ej.: A/CN.9/288, núms. 107-111.

<sup>62</sup> Otras defensas reales son p. ej.: violencia, ilicitud del negocio, infanteridad, etcétera, Weber y Speidel, *op. cit.*, pp. 284 y ss.

<sup>63</sup> Inclusive, de la lectura del *Comentario del UCC* resulta razonable y hasta cabría admitir su procedencia en nuestro sistema. El comentario dice: "*The test of the defense here stated is that of excusable ignorance on the contest of the writing signed. The party must not only have been in ignorance, but must also have had no reasonable opportunity to obtain knowledge. In determining what is a reasonable opportunity all relevant factors are to be taken into account, including the age and sex of the party, his intelligence, education and business experience; his ability to read or to understand English, the representations made to him and his reason to rely on them or to have confidence in the person making them; the presence or absence of any third person who might read or explain the instrument to him, or any other possibility of obtaining independent information; and the apparent necessity, or lack of it, for acting without delay.*"

dición. La condición no surtirá efecto respecto de los firmantes y adquirentes que sean posteriores al endosatario (artículo 19 2) ). La solución del proyecto es muy semejante a la de nuestro sistema. Idéntica en cuanto a los efectos traslativos del endoso. También igual en cuanto a que el endosante será responsable ante los posteriores endosarios. La diferencia estriba en que la condición surtirá plenos efectos entre las partes inmediatas: entre el endosante que puso el endoso condicional y su endosatario. El fundamento de la regla es que esa condición surge de la relación fundamental relativa al negocio de transmisión y, en este caso, debe operar.<sup>64</sup>

152. *Endoso parcial.* En cuanto al endoso parcial la misma solución dan nuestra LTOC (artículo 31), la LUG (artículo 12) y el proyecto (artículo 20), es nulo dicen las leyes mencionadas; no surtirá efectos de endoso, se lee en el proyecto. Sin embargo, este artículo no impedirá que el tenedor adquiera derechos de carácter no cambiario conforme a la ley doméstica aplicable; por ejemplo, que se considere una cesión parcial.<sup>65</sup> No sería el caso en México.

153. *Endoso posterior al vencimiento.* Ya expuse que el Proyecto concede efectos al endoso posterior al vencimiento; solución diferente a las de la LTOC mexicana y la LUG (v. núm. 107).

154. Pese a que a primera vista se antoja criticar una norma que estimula la circulación de los títulos vencidos, fenómeno anómalo que debe combatirse, los efectos no son tan graves: desde el punto de vista de los deudores del documento su situación no empeora, ya que en este caso el endosatario no será tenedor protegido y estará expuesto a las mismas acciones y defensas que su transmitente (artículos 29 3) y 30) (núms. 107 y 137). El endosante será responsable como de ordinario.

155. *Cláusula no negociable.* Según la ley mexicana los títulos que no son al portador se entienden extendidos con la cláusula a la orden, aunque ésta no se exprese. Se puede evitar este efecto insertando en el texto del instrumento o en el de un endoso la cláusula 'no a la orden' o "no negociable". Estas cláusulas pueden inscribirse por cualquier tenedor y, aunque el texto no lo diga, por el librador o por el suscriptor. El efecto será de que, a partir de su inserción, el documento sólo puede transmitirse "en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria" (artículo 25 LTOC). Aunque el artículo no lo diga, la transcripción puede ocurrir por otras causas: por ejemplo sucesión por

<sup>64</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 138 y A/41/17 núms. 174-179.

<sup>65</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 139.

causa de muerte. La LUG es similar, con la diferencia de que la cláusula sólo puede asentarla el librador o el suscriptor (artículos 11 y 77).

156. En el proyecto se optó por una solución semejante (artículos 14 y 18): se sobreentiende la cláusula a la orden y la negociabilidad se puede restringir mediante la inserción en su texto de expresiones tales como "no negociable", "no transmisible", "no a la orden", "páguese a (X) solamente". La cláusula puede insertarla el librador, el suscriptor o un endosante. Si la cláusula la insertó el librador o el suscriptor surte sus efectos desde el comienzo de la vida del título. Si la insertó un endosante, a partir de ese endoso. El efecto de esta cláusula es impedir nuevos endosos. Pero no impedirá que el documento pueda transmitirse por medios extracambiarioros según la ley aplicable: sucesión por causa de muerte, cesión ordinaria, adjudicación judicial, etcétera.

157. Según la ley mexicana y según la LUG arriba citadas, el endoso de un título no negociable carece de eficacia jurídica; en el mejor de los casos será prueba de la existencia de un negocio extracambiarioro de transmisión. Conforme al proyecto, un título no negociable solamente puede ser endosado al cobro y cualquier endoso, incluso en el caso en que no contenga palabras que autoricen al endosatario a cobrar el título, se considerará un endoso para el cobro (artículo 18). Como el endoso en procuración no significa la transmisión del título, conforme a la LTOC y a la LUG se puede endosar para estos efectos un instrumento no negociable; pero el endoso en procuración debe constar expresamente. La solución del proyecto es mejor en cuanto sigue el principio de conceder eficacia a los actos jurídicos; se limita a reducirla. Según el *Comentario*<sup>66</sup> el endosatario tampoco puede "transferir nuevamente el título ni siquiera a efectos de cobro; sólo estaría facultado para hacerlo si el endoso se le hubiere hecho a él expresamente a efectos de cobro (véase el artículo 20)".<sup>67</sup>

158. *Cláusulas de limitación de responsabilidad.* La Ley de México (LTOC, artículo 87) hace responsable al librador de la aceptación y del pago de la letra. Conforme a la LUG (artículo 9) el librador puede eximirse de la garantía de la aceptación, pero no de la del pago.

<sup>66</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 138.

<sup>67</sup> Comentario al artículo 16, ahora artículo 18. El texto del entonces artículo 16 decía: "... el adquirente no se convertirá en tenedor excepto a efectos de cobro". Ya desde que tenía esa redacción me pareció restringida la interpretación que hace el *Comentario*. La encuentro difícil de aceptar con el nuevo texto, cuando dice que en este caso "se considerará un endoso para el cobro".

159. El proyecto es más flexible, ya que permite al librador excluir o limitar su propia responsabilidad, por la aceptación o por el pago, mediante una estipulación expresa en la letra. Esa estipulación surtirá efectos solamente respecto del librador. La estipulación que excluya o limite la responsabilidad respecto del pago sólo surtirá efectos si hay otro firmante que sea o que llegue a ser responsable de la letra ( artículo 39 2 ) ).

160. El artículo 39 es el resultado de una "posición intermedia entre el sistema de Ginebra y el Anglonorteamericano", que coincide, además, con la práctica comercial;<sup>68</sup> práctica comercial a la que se recurre cuando la letra sirve "de medio para transmitir un derecho *à forfait*".<sup>69</sup> Lo importante es que no se permite la emisión de una letra sin que exista, por lo menos, una persona responsable del pago.

161. La cláusula será válida si se expresa en la letra. Una estipulación en documento separado daría lugar a que, en determinadas condiciones, el librador la pueda oponer como excepción contra un tenedor, pero no contra un tenedor protegido ( artículo 29 ), a no ser que la hubiera pactado con este último ( artículo 31 1 ) b ) ).

162. Ni el aceptante ( artículo 41 ) ni el suscriptor del pagaré ( artículo 40 1 ) ), que son obligados directos, pueden incluir tal estipulación en la letra. Si la pactan por separado, como a menudo ocurre con las letras de favor, la estipulación no será oponible ni siquiera a un tenedor que hubiera adquirido con conocimiento de esta situación.<sup>70</sup>

163. Cualquier endosante puede excluir su responsabilidad por medio de una cláusula que conste expresamente en el título ( artículo 40 2 ) ). Este es el sistema de nuestra LTOC ( artículo 34 ) y el de la LUG ( artículo 15 ). Una cláusula de tal naturaleza puesta fuera del documento tendrá el valor que la ley doméstica aplicable le atribuya. En México sería válida y oponible entre las partes exclusivamente.

164. *Entre las novedades, el garante (aval)*. En lo referente a las garantías otorgadas por terceros la futura Convención ofrecerá interesantes novedades a los juristas de los diferentes sistemas. Paso a explicarlas.

165. En general prevalece la idea de que mientras en los países del sistema de Ginebra tenemos una garantía cambiaria, el aval, en el *common law* no hay tal. Por ello se estimó conveniente incluir el aval en el proyecto y nada más natural que copiar el sistema de Ginebra.

<sup>68</sup> A/41/17, núm. 152.

<sup>69</sup> A/42/17, núm. 22.

<sup>70</sup> Cfr., razones y bibliografía en Paz-Ares, *op. cit.*, pp. 365-366.

Una oportuna intervención del delegado de Holanda, profesor Willem Vis, hizo patente que el entonces artículo 32, relativo al aval, aunque se leía igual por los delegados de todos los pasajes, se le daba muy diferente interpretación.

166. Fue así que surgió a la luz que en el derecho anglosajón es usual prestar garantía por el cumplimiento de las obligaciones de los diversos firmantes del documento. Garantías que se rigen por el régimen nacional en la materia. Con ello se cayó en la cuenta de que el término "aval" —que aparecía en las versiones española, francesa y árabe— en la versión en inglés se traducía por "*guarantor*", con el resultado lógico: cada quien lo interpretaba a su manera.

167. Para los países del *common law* el *guarantor* responde únicamente hasta por la cuantía por la que responde la persona por quien prestó la garantía. De modo que el *guarantor* puede oponer como excepciones frente a su obligación no sólo sus propias excepciones personales, sino también las oponibles por el obligado de quien fuese garante.

168. Por el contrario, en los países inspirados en la Ley de Ginebra, la responsabilidad del avalista es autónoma respecto de la obligación del avalado. En consecuencia, el avalista puede invocar únicamente sus propias excepciones personales y muy pocas de las oponibles por la persona por quien prestó el aval.

169. La interpretación de un lado era inaceptable por el otro, ambos sistemas eran inconciliables y resultaba imposible hacer una síntesis. Se formó un grupo especial de trabajo<sup>71</sup> que después de grandes discusiones sugirió una solución muy ingeniosa. Gracias a ella se convino en permitir ambos sistemas, de tal modo que las partes pudieran escoger uno u otro. Para evitar interpretaciones erróneas desapareció el término aval en todas las versiones; se sustituyó por el de "garante" y por sus derivados. Las reglas que se adoptaron son las siguientes (artículo 48):

170. Al prestar garantía con las palabras "garantizada", "pago garantizado", "cobro garantizado" u otras equivalentes, el garante:

171. a) Queda obligado en la medida en que queda obligada la persona en cuyo favor presta la garantía.

172. b) Puede oponer al tenedor todas las excepciones propias y las que podría oponer a ese tenedor la persona por la cual salió ga-

<sup>71</sup> Formado por los representantes de la República Federal de Alemania, Reinhard Ganten, Canadá, Bradley Crawford, Estados Unidos, John A. Spanogle Jr., Francia, Michel Vasseur, Italia, Carlo Angelici, Países Bajos, Willen Vis y Reino Unido, Anthony G. Guest.

rante. Excepciones que podrá oponer, según sea el caso, en los términos de los artículos 29 y 31.

173. Al prestar la garantía mediante la palabra "avalada" o "buena por aval", adquiere una obligación autónoma cambiaria similar a la del sistema de Ginebra:

174. a) Respecto de las excepciones propias, puede oponer a un tenedor protegido las excepciones que le concede el artículo 31.

175. b) Sólo puede oponer, de las excepciones que puede oponer aquella persona por quien salió garante, las siguientes: (1) de que el tenedor protegido obtuvo la firma en el título de la persona a quien avala por un acto fraudulento; (2) de que el título no fue presentado para la aceptación o pago; (3) de que el título no fue protestado debidamente; y, (4) de prescripción (artículo 48 4) c) que remite a los artículos 31 1) b), 54, 58, 65 y 85).

177. Ambos tipos de garantes pueden oponer a un tenedor no protegido las excepciones que sean oponibles tanto por la persona garantizada como por el propio garante (artículo 48 3) a) y 4) a) ).

178. Se dan normas de interpretación para el caso de que el garante ponga su mera firma y omita indicar qué clase de garantía quiso asumir. Si el garante que se limitó a poner su sola firma es un banco u otra institución financiera, se obliga como si hubiera utilizado la palabra "aval". Si se trata de otra persona distinta, se obliga como si hubiera utilizado la palabra "garantía". Esto por la obvia razón de que un banco o una institución financiera semejante, por su actividad profesional, se entiende está asumiendo la obligación más estricta del aval y que, fácilmente, sus funcionarios podrán familiarizarse con esta reglamentación. En cambio, de una persona cuya profesión no sea la de banquero, es natural presumir lo contrario y excesivo imponerle una obligación más estricta. La definición de lo que sea una institución financiera es uno de los problemas que no resuelve el proyecto. Se pretendió comprender a aquellas instituciones que no son bancos según la ley doméstica, pero que realizan actividades análogas.<sup>72</sup>

179. Por último, se reconoció la práctica que existe en algunos países de utilizar la fórmula "endosos garantizados", para aclarar que con ella no se asume una obligación de garantía de acuerdo a la Convención; ya que corresponde a la práctica comercial de garantizar, con esta expresión, la validez de las firmas pero no la solvencia de los endosantes anteriores.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> A/42/17, núm. 65.

<sup>73</sup> A/42/17, núm. 63.



180. El artículo 48 1), tiene como finalidad establecer que si la obligación garantizada es principal o directa, el garante se obliga de modo principal o directo y si la obligación es subsidiaria o de regreso, el garante queda obligado en vía de regreso.<sup>74</sup>

181. La falta de aceptación acelera la obligación del avalista del librado. Si se trata de una letra a la vista —aunque de modo excepcional se presentan a la aceptación— se decidió que si el librado se negaba a aceptar la letra no había desatención.<sup>75</sup>

182. *El garante del librado.* Al menos en los países que conocen el aval, éste sólo se puede otorgar por un obligado cambiario; es desconocido el aval por el librado. No obstante este desconocimiento hay razones que justifican la obligación del garante del librado y que hacen presumir que no quedará como una mera construcción teórica: al consultar con los bancos y organismos comerciales internacionales se vio interés y simpatía con esa nueva figura, que podría resolver muchos problemas que surgían de la falta de aceptación.

183. Por último, las garantías otorgadas en instrumento separado no se regulan en la Convención y, en todo caso, se rigen por la ley que les resulte aplicable.<sup>76</sup>

184. *La definición de firma.* Al contrario de lo que ocurre por lo menos en el UCC, en las leyes de la familia de Ginebra no se define la firma.<sup>77</sup>

185. A la firma se refiere el artículo 6 k) del proyecto sin dar una verdadera definición. Según este texto el término "firma", designa la firma manuscrita, su facsímile o una autenticación equivalente efectuada por otros medios; el término "firma falsificada" comprende también una firma estampada mediante el uso ilícito de cualquiera de estos medios.

186. La "definición" recoge el concepto usual y universalmente admitido de firma cuando se refiere a la manuscrita; incluyendo la ilegible; sin que sea necesario que la firma sea completa.<sup>78</sup> En este contexto firma falsificada será la imitación de la manuscrita puesta por una persona diferente de quien se pretende sea su autor.

<sup>74</sup> A/42/17, núm. 67.

<sup>75</sup> A/42/17, núms. 71 y 210.

<sup>76</sup> A/42/17, núm. 52; A/CN.9/273, núm. 111.

<sup>77</sup> Según el UCC (3-401 (2)) *A signature is made by use of any name, including any trade or assumed name, upon an instrument, or by any word or mark used in lieu of a written signature.*

<sup>78</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 130; A/41/17, núm. 95, 100-102, A/CN.9/288, núm. 25.

187. La inclusión de firmas no autógrafas dio lugar a grandes discusiones. La diferencia se presentó entre quienes sostenían que de acuerdo con las leyes de sus Estados, para que una firma obligue cambiariamente debe ser de puño y letra de quien la suscribe y quienes mantenían que en sus ordenamientos nacionales se reconocían otros medios de firma, para atender a las necesidades y prácticas del comercio contemporáneo.

188. Finalmente se acordó que la definición debería comprender la firma puesta de puño y letra, la puesta por medio de facsímile y ser, además, "lo suficientemente amplia como para incluir las firmas efectuadas mediante algunos otros métodos utilizados en distintas partes del mundo. Sin embargo, para dar satisfacción a los Estados que exigían en sus territorios la firma de puño y letra como salvaguardia contra la falsificación, sólo se deberían incluir otros métodos que permitieran un grado de autenticidad equivalente al de las firmas de puño y letra".<sup>79</sup> La firma por medios mecánicos es conocida en México; aunque no para la letra de cambio y el pagaré. Por ejemplo, los artículos 125 de la Ley de Sociedades Mercantiles y 210, frac. XI LTOC, en relación con las acciones y con las obligaciones que emiten las sociedades anónimas.<sup>80</sup>

189. *Concepto de dinero y moneda de pago.* Siendo requisito esencial que un instrumento se exprese en una suma determinada de dinero, esta definición cobra importancia fundamental. Uno de los grandes aciertos del proyecto consiste no sólo en la certeza que proporciona, sino también en su flexibilidad. El proyecto tiene en cuenta la diversidad internacional de monedas, las unidades monetarias de cuenta en uso y la posibilidad de que aparezcan otras, el sistema de flotación de monedas y la existencia de acuerdos internacionales convenidos para proteger el orden monetario mundial.<sup>81</sup>

190. El término "moneda" o su homónimo "dinero" —en inglés "money" y "currency"— comprende, por supuesto, el concepto usual entendido como cualquier "medio de cambio autorizado o adoptado

<sup>79</sup> A/41/17, núms. 93-102.

<sup>80</sup> Interesantes consideraciones sobre el concepto de firma en Mantilla Molina, *op. cit.*, núm. 29, pp. 61-63.

<sup>81</sup> v. Anthony Guest, "Instruments Denominated in A Foreign Currency", en *The American Journal of Comparative Law*, vol. XXVII, 1979, pp. 533-545. Sobre estos temas puede verse, entre la mucha bibliografía que existe, Bonet Correa, José, *Las deudas de dinero*, Madrid, Civitas, 1981 y Carreau, Dominique, Juillard, Patrick y Flory Thiébaud, *Droit International économique*, París, LCDJ, 1980, pp. 97-252.

por un gobierno como su moneda oficial”<sup>82</sup> y será letra o pagaré el instrumento que se denomine en pesos, liras, dólares, etcétera, aunque la moneda específicamente determinada no sea la del lugar de pago o de emisión.

191. La definición de moneda que contiene el artículo 6 1) no es comprensiva, sino inclusiva. La referencia a cualquier “unidad monetaria de cuenta establecida por una institución intergubernamental o mediante acuerdo entre dos o más Estados”, es para el efecto de permitir que las unidades de cuenta sirvan para denominar letras y pagarés internacionales regulados por la Convención. Puede ocurrir que el pago se haga mediante transferencias en cuentas, o que la unidad de cuenta funcione como una protección en contra de las fluctuaciones monetarias. La referencia directa es a los derechos especiales de giro del Fondo Monetario Internacional (DEG o DMS), a las unidades monetarias de la Comunidad Económica Europea (UME o ECU) y a los rublos transferibles del sistema económico socialista.<sup>83</sup> También se prevé reconocer cualquier otra que pudiera aparecer en el futuro. A solicitud expresa del FMI, en la definición comentada se incluyó la mención de que la Convención “será aplicable sin perjuicio de las normas de la institución intergubernamental o de las cláusulas del acuerdo”; así quedó claro que la definición no afecta los acuerdos internacionales correspondientes.

192. El artículo 9 3) expresa una norma de interpretación para cuando se emita un documento en monedas homónimas y no se precise de qué país es la moneda convenida: se considerará que es la del Estado en donde ha de efectuarse el pago. Así, un pagaré en dólares emitido en México, en que se omita especificar de qué país son los dólares, si el instrumento es pagadero en Estados Unidos, serán dólares estadounidenses, si en Canadá, canadienses. En cambio, si es pagadero en México, carecerá del requisito esencial de expresar una suma determinada de dinero.

193. Si la moneda pactada desaparece es probable que el Estado correspondiente dé reglas para sustitución. La Convención no prevé este supuesto, ni tampoco el de la desaparición de la unidad de cuenta designada en el instrumento. En mi opinión se trata de una laguna.

<sup>82</sup> A/CN.9/SER.A/1982. p. 130.

<sup>83</sup> El tema no es extraño a la UNCITRAL, v. *CNUDMI, Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional*, Nueva York, 1987, núms. 92-97 y pp. 201-203, cap. X, *Unidad de cuenta universal para los Convenios Internacionales y Cláusulas sobre una unidad de cuenta*. . .

194. Un título debe pagarse "en la moneda en que esté expresado el importe pagadero" (artículo 76 1) ). Para que haya obligación, y derecho, de pagar en otra moneda debe mediar pacto expreso.<sup>84</sup>

195. Si se trata de un título emitido en una unidad monetaria de cuenta que es transferible entre quien dá y quien recibe el pago, éste se hará, a menos que el título especifique una moneda de pago, mediante transferencia de unidades monetarias de cuenta (artículo 76 2) ).

196. Se permite que el pago se haga con arreglo al tipo de cambio indicado en el título o al que se haya de determinar tal como se establezca en el título o en moneda distinta de aquella en la que el importe está expresado en el documento (artículo 8 d) y e) ). Esta regla permite prever futuras fluctuaciones monetarias.

197. Cuando un título deba pagarse en moneda determinada distinta de aquella en que esté expresado su importe, la suma exigible se calculará según el tipo indicado en el título y a falta de tal indicación según el tipo de cambio para efectos a la vista o el que corre en la plaza del pago en la fecha del vencimiento, o del pago anticipado si tal es el caso (artículo 76 3) ).

198. El artículo 8º de la Ley Monetaria de México dice que las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago. Este artículo no sería obstáculo para que México en el futuro ratificara o se adhiriera a la Convención, ya que el mismo artículo expresamente prevé su aplicación salvo que la ley dijera otra cosa y, en su último párrafo, contempla pagos o transferencias, en operaciones internacionales, en divisas extranjeras.

199. Por último, el artículo 77 del proyecto establece que ninguna de las disposiciones de la Convención impedirá a los Estados contratantes aplicar los reglamentos sobre el control de cambios vigentes en sus territorios, y sus disposiciones relativas a la protección de su moneda, incluidos los reglamentos aplicables en virtud de acuerdos internacionales en los que sean partes. En lo que coincide con el párrafo final del artículo 8º de la Ley Monetaria Mexicana.

200. Las disposiciones reglamentarias a que se refiere son:

201. a) Las del propio Estado contratante.

202. b) Las que el Estado contratante debe hacer entrar en vigor en virtud de acuerdos internacionales.

<sup>84</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 178.

203. El principal ejemplo de ésto es el artículo VIII, sec. II *b*) del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional "según el cual los contratos en materia de cambios en los que interviene la moneda de cualquier Estado miembro mantenidos o impuestos de acuerdo con el Convenio Constitutivo (del Fondo) no serán aplicables en los territorios de ningún Estado miembro.<sup>85</sup>

204. *Vencimientos sucesivos y cláusulas de aceleración.* De acuerdo a la ley mexicana las letras de cambio o pagarés con vencimientos sucesivos se consideran pagaderos a la vista (artículos 79 y 174). La Suprema Corte sentó jurisprudencia reconociendo la validez de la cláusula de aceleración cuando se establece en varios pagarés ligados entre sí.<sup>86</sup> Para las LUG son nulas las letras de cambio y pagarés con vencimientos sucesivos (artículos 33 y 77).

205. En el Proyecto se reconoce validez a la estipulación de vencimientos sucesivos y a la cláusula de aceleración, que es el pacto de que en caso de mora en uno o varios pagos se hace exigible la totalidad del saldo (artículo 8 *b*) y *c*).

206. Esta solución respeta la libertad contractual, se ajusta a las prácticas del comercio, nacionales e internacionales, y es cláusula usual en los contratos de crédito. Por otro lado, la solución del proyecto es más benévola para el deudor que nuestra LTOC.

207. *Pacto de intereses, intereses variables.* La ley mexicana estima no escrita la estipulación de intereses en la letra de cambio (artículo 78); permite la estipulación de intereses en el pagaré (artículo 174). Los intereses en el pagaré deben ser fijos, de otro modo: (1) la suma de dinero sería indeterminada; (2) la obligación de pago no sería incondicional; (3) si la referencia es a un índice exterior al documento, éste no expresaría una obligación literal. La LUG permite estipular intereses en las letras y pagarés a la vista o a cierto plazo vista. En cualquier otro caso la estipulación se tendrá por no escrita (artículos 5 y 77). Por las razones arriba apuntadas, no será letra o pagaré la que exprese una tasa variable de interés.

208. El proyecto de Convención permite estipular intereses tanto en la letra como en el pagaré, a condición de que la tasa se exprese en el documento (artículos 8 *a*) y 9 *5* ). Una estipulación fuera del documento tendrá entre las partes el valor que le otorgue la ley nacional aplicable. La solución del proyecto atiende a las necesidades

<sup>85</sup> A/CN.9/SER.A/1982, p. 179.

<sup>86</sup> Tesis de jurisprudencia 200, en *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Tesis Ejecutorias 1917-1985*, México, 1985, cuarta parte, Tercera Sala, p. 593.

comerciales de la época: el capitalismo, sea de Estado o privado, dio nacimiento a circunstancias económicas diferentes de aquellas que en su tiempo justificaron la prohibición de cobrar intereses.

209. El artículo 9 6) y 7) permite que la estipulación de intereses sea fija o variable. La validez de una tasa variable se subordina a que sus variaciones sean en relación con uno o más tipos de referencia de conformidad con cláusulas estipuladas en el título. Y cada uno de esos tipos deberá estar publicado o ser de otra manera de conocimiento público y no podrá estar sujeto directa ni indirectamente a determinación unilateral por parte de una persona cuyo nombre aparezca en el título, a menos que la persona se mencione solamente en las disposiciones sobre determinación de tipos de referencia. Las partes pueden convenir topes máximos y mínimos o cualquier otra clase de limitación a las variaciones (artículo 9 7) ).

210. El reconocimiento de la validez de la estipulación de intereses es uno de los atractivos que al comercio internacional ofrecerá la Convención. Si se le agrega el reconocimiento de las tasas variables, el atractivo será mucho mayor. En general se niega universalmente el carácter de letra de cambio o de pagaré a los documentos que expresan este tipo de cláusulas. Aunque son válidas de acuerdo con el derecho de las obligaciones y de los contratos, el efecto que producen en los títulos negociables es el de privarlos de tal naturaleza, impidiendo su circulación cambiaría con todos los efectos que le son inherentes: (1) inoponibilidad de excepciones; (2) irreivindicabilidad; (3) obligación de los endosantes y avalistas; (4) carácter de título ejecutivo que permite el ejercicio de un procedimiento judicial rápido y enérgico de cobro, con limitación de excepciones e inversión de la carga de la prueba en perjuicio del deudor. En resumen, se pierde el llamado rigor cambiario. Pues bien, las disposiciones del proyecto eliminan estos inconvenientes ya que, hasta donde tengo noticia, sólo en Uruguay y en dos Estados de la Unión Americana se permiten estipulaciones semejantes.

211. Se afirma en apoyo de esta solución que se trata de una realidad mundial contemporánea que hay que reconocer y regular y que la futura circulabilidad de estos instrumentos facilitará el crédito, abaratándolo y haciéndolo más accesible a quienes lo necesitan. En contra del argumento de que las tasas variables sólo favorecían al acreedor, se hizo valer la circunstancia de que no sólo subían y que recientemente habían bajado.<sup>87</sup>

<sup>87</sup> A/41/17, núm. 116.

212. En contra de la admisión irrestricta de las tasas variables se oyó principalmente la voz de las naciones económicamente débiles. Lo cual por cierto no apoya la teoría de que las tasas flotantes hacen más barato el crédito; por lo menos no parece que esa sea la experiencia de quienes se opusieron. Se esgrimieron argumentos jurídicos y económicos fuertes que, en mi opinión, no fueron superados; entre otras cosas, porque la discusión se centró exclusivamente en los aspectos económicos, olvidando discutir los jurídicos.

213. Los argumentos en contra fueron que (1) una tasa variable de intereses impedía que la suma pagadera fuera cierta. Es incontestable que la suma sería indeterminada pese a que el texto del proyecto diga que se considera que es determinada. Los legisladores son proclives a jugar con el lenguaje y estatuir que para los efectos de ésta o de la otra ley la realidad es cosa diferente de lo que la realidad es; olvidando con ello que por "esenciales que sean las reformas, hay en la ciencia (jurídica) principios fijos e inmutables, superiores a la voluntad del legislador".<sup>88</sup>

214. La indeterminación de la suma hace difícil para el deudor prever el importe que debe pagar y estar preparado para cumplir. Cuando se necesita dinero se firma con facilidad, los problemas aparecen con los incumplimientos y los incumplimientos en general encarecen el crédito. Por otro lado, la variabilidad de la suma y su determinación final hace difícil, y en estricta técnica imposible, despachar ejecución por una suma determinada. Los problemas para que el juicio corto y enérgico, típico de los procedimientos cambiarios, sea corto y enérgico en la realidad, se antojan insuperables. Será la experiencia la que tenga la última palabra.

215. Además de lo anterior, las tasas variables hacen depender la suma pagadera de circunstancias ajenas al documento, que deja de ser literal y hacen condicionada la suma a pagar, que no sólo dependerá de circunstancias ajenas al título, sino también de circunstancias posteriores a la fecha de su suscripción. Exterioridad y condicionalidad que no podrán menos que reflejarse en los aspectos arriba considerados: incertidumbre, incumplimientos, complicación de litigios y encarecimiento del crédito. La tradición, formada en siglos de experiencia que exige se exprese una suma determinada, incondicional y literal, no es un capricho teórico.

<sup>88</sup> Palabras que José Luis de los Mozos atribuye a Benito Gutiérrez en el prólogo al tomo I del *Derecho civil español común y foral*, de José Castán Tobeñas. Madrid, Reus, 1984.



216. Otro argumento que se esgrimió en contra fue el de que las tasas variables operaban en beneficio de la parte económicamente fuerte, ya que con frecuencia estaban sujetas a la voluntad del acreedor, en violación del principio jurídico de que la voluntad y el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes. Por último, se hizo notar que estos instrumentos con tasas variables no se han visto como significantes en el comercio internacional por las instituciones financieras en algunos países.<sup>89</sup>

217. El acuerdo a que se llegó quedó plasmado en el artículo 9 6) y 7) a que arriba me referí (número 209). He aquí algunas aclaraciones en relación a su interpretación y eventuales problemas que pudieran surgir.

218. Será posible estipular varias tasas a escoger: *libor* o *prime* de algún banco. El artículo habla de uno o más tipos de referencia. Como un índice o tasa no es necesariamente publicado en un periódico, boletín o gaceta, basta con que de alguna manera pueda ser de conocimiento público, con tal de que sea objetivo y externo a las partes. No puede quedar sujeto a la influencia de los interesados, ni directa ni indirectamente. Es determinante la fecha de creación del instrumento: si se expresa el *prime* de (X) banco, ese banco no debe participar en la operación que da nacimiento al título ni en el título mismo. Pero nada impide que con posterioridad lo adquiera, siempre y cuando tal adquisición no sea en fraude a la ley. Las partes pueden convenir topes máximos o mínimos o cualquier otra limitación.<sup>90</sup> Si por cualquier circunstancia un tipo variable no se estima válido por no reunir los requisitos exigidos, los intereses se calcularán conforme a la disposición supletoria del artículo 62 2); esto es, el que debería pagarse en caso de juicio iniciado en la jurisdicción en que fuera pagadero el título.

219. El proyecto no considera dos importantes cuestiones relacionadas con las tasas variables. No lista entre las excepciones que un firmante puede oponer la que surge del hecho de que la tasa del título no cumpla con los requisitos del artículo 9 6), o la de que el monto de los intereses devengados conforme a esa tasa no corresponde a los que el acreedor reclama porque sus cálculos están mal hechos. No obstante esa omisión, por interpretación sistemática y de acuerdo con el principio de buena fe que expresamente se invoca en cuanto a la inter-

<sup>89</sup> A/39/17, núms. 49 y 50; A/CN.9/273, núms. 93-96 y A/41/17, núm. 115.

<sup>90</sup> A/41/17, núms. 119, 124, 125 y 130.

pretación de la Convención (artículo 4º) el juez deberá admitir y considerar tales defensas.

220. Otra cuestión que pudiera surgir es la de si quien adquiere un instrumento que contiene una estipulación de tasas variables que no cumple con los requisitos del artículo 9 6), será o no será tenedor protegido. Considero que si el defecto es patente de la lectura del título —por ejemplo se emitió a la orden del banco (X), con intereses conforme al *prime* de ese banco (X)—, el tenedor no adquirirá el carácter de tenedor protegido. En caso contrario, el tenedor será protegido, pero no quedará inmune a la defensa del firmante de que la tasa de interés no cumple con los requisitos de la Convención (según resulta de los artículos 5, 9 6) y 8), 29 1) e) y 31 b), entendiéndose el negocio subyacente en un sentido amplio.

221. *Protesto*. El artículo 61 establece los requisitos para el protesto. Entre sus peculiaridades está la de permitir que, a menos que en el título se estipule la obligatoriedad del protesto, éste podrá reemplazarse por una declaración escrita en el título, firmada y fechada por el librado, el aceptante o el suscriptor o, en el caso de un título en que figure un domicilio de una persona designada para el pago, por la persona designada, en la que señale que se deniega la aceptación o el pago (ver artículos 61 a 64).

222. *Pérdida de títulos*. Muy brevemente cabe señalar que la pérdida de un título, que puede ocurrir por destrucción, robo o por cualquier otra causa, no es causa de que el dueño pierda su derecho al título, ni los derechos que dimanen del mismo. El dueño puede reclamar el pago a quien esté obligado. El firmante a quien se reclame el pago podrá pedir al reclamante garantía de que será indemnizado por cualquier pérdida que pueda sufrir como consecuencia del pago posterior del título perdido. Si las partes no se ponen de acuerdo, la garantía la fijará un tribunal. Quien reclama el pago debe señalar a la persona a quien reclama los elementos del título perdido y éste, si paga, con la constancia del pago podrá ejercitar los derechos que le correspondan en contra de otros obligados (ver artículos 79 a 84).

223. *Prescripción*. El plazo para que opere corre en cuatro años, pero el firmante que pague el título podrá ejercer su acción contra un firmante que le esté obligado en el plazo de un año desde la fecha en que pagó el título. Esta disposición no tiene como finalidad reducir a un año el plazo de cuatro; sino que, según entiendo, permitir al firmante que pague dentro del último año del plazo de cuatro, ejercitar la acción que le corresponde durante el año siguiente.

224. *Conclusión.* El proyecto ha sido criticado principalmente por tres razones, de dos de ellas ya me ocupé expresamente; se trata de las cuestiones relativas a su ámbito de aplicación, en relación con la internacionalidad (ver números 43-50) y de la dificultad de su lectura (ver números 37-39). La tercera es que se aleja de los principios que inspiran la Ley Uniforme de Ginebra; fundamentalmente en lo relativo a la abstracción del derecho literal en relación al negocio subyacente.

225. Desde mis años de estudiante he sido apasionado seguidor de la teoría germánica de los títulos valor. Pero también desde mi juventud aprendí los errores que puede propiciar el apasionamiento por una teoría: por defender un sistema se llega a negar la realidad y hasta mentir. No acuso de esto a los críticos del proyecto; pero pienso que sus temores son infundados.

226. Paulatinamente he tomado conciencia de las excepciones que la teoría de la abstracción debe conceder a la realidad. De las inconsistencias que produce la exageración. Como señala Jesús Rubio refiriéndose a la metáfora de la incorporación,

esta representación dogmática no responde a la realidad social y jurídica, y resulta perturbadora para la inteligencia de los problemas que estos títulos plantean. Y, sobre todo, puede producir y ha producido consecuencias inicuas: un sacrificio excesivo de la seguridad jurídica en favor de la seguridad del tráfico, yendo mucho más allá de los fines encaminados a facilitar y garantizar la circulación de los créditos.<sup>91</sup>

227. Una teoría bien fundada es fundamental guía para señalar el camino al discurrir; y la germánico-italiana es excelente. Lo demuestra el hecho de que sus principios predominan en el Proyecto de Convención comentado. Pero es necesario ser flexibles, para poder sintetizar, con nuestro punto de vista, tanto ajeno, como las necesidades del intercambio internacional. A nadie podrá escapársele que este artículo es un alegato en favor del Proyecto de Convención. Lo es porque estoy convencido de que, en general, tomando como punto de partida el predominio de la relación documental, que no es extraño al *common law*, lo concilia con principios y normas que imperan en otros sistemas y con las necesidades del comercio internacional. El Proyecto de Convención es un buen instrumento para la armonización y unificación del derecho mercantil internacional y para su progresiva evolución.

<sup>91</sup> *Op. cit.*, p. 17.