UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

PR
40036

TITULOS VALORES

LIBIA GARCES SALAZAR
JUAN S. HERNANDEZ
ANTHONY SILVA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

1994

TITULOS VALORES

LIBIA GARCES SALAZAR
JUAN S. HERNANDEZ
ANTHONY SILVA

Trabajo presentado como requisito parcial para optar el título de Abogado.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

1994

NOTA DE ACEPTACION

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, diciembre 9 de 1.994

DEDICATORIA

Este trabajo va dirigido a todas aquellas personas que de una forma u otra fueron un punto de apoyo para llegar al final de esta etapa, la cual me impulsa y me motiva para continuar la meta propuesta.

Igualmente y de manera especial ofrezco éste a mis padres, Juan José Hernández e Ilda Charris, a mis hermanos, a mi esposa Martiza Reguillo, a mis amigos Pedro y Onivis, lo mismo que a mi suegra, Dilia López; como también a todos mis cuñados.

Agradezco a la Universidad Simón Bolivar, a todos mis profesores, especialmente a los Doctores Blas González y Rodolfo Pérez, quienes contribuyeron de una u otra manera a la realización de mis propósitos y objetivos.

JUAN S. HERNANDEZ CHARRIS

DEDICATORIA

Este trabajo va dirijido a todas aquellas personas que de una u otra forma contribuyeron como punto de apoyo para poder llegar a mi objetivo final en esta etapa de mi vida, la cual me impulsaron y me motivaron para poder obtener este logro.

Es importante para mi poder resaltar a estas personas que me impulsaron.

Este trabajo es dedicado:

A mi madre ELBA GONZALEZ, por darme su apoyo incondicionalmente.

A mi hermana TIRSA GONZALEZ por haber confiado siempre en mí y ser punto de apoyo total para alcanzar esta meta. Hoy como profesional, quiero que se enorgullezca de este triunfo, que no sólo es para mí, sino que también lo es para ella.

A mis demás hermanos que siempre estuvieron a mi lado, colaborándome e impulsándome a este objetivo.

A mis profesores, y compañeros porque también fueron gestores de este triunfo.

GRACIAS

ANTHONY SILVA.

TABLA DE CONTENIDO

	Págs
CAPITULO I	
1. DESARROLLO DEL DERECHO CAMBIARIO	8
1.1. LA DEFINICION DE LOS TITULOS VALORES EN EL CODIGO	8
1.2. HISTORIA	10
1.3. DIVERSAS TEORIAS JURIDICAS	17
1.4. LA UNIFICACION INTERNACIONAL DE LA LEY CAMBIARIA	25
1.5. EL NEOLOGISMO TITULOVALOR	31
CAPITULO II	
2. LA BUENA FE	32
2.1. CONCEPTO DE LA BUENA FE	32
2.2. LA PROTECCION DE LA BUENA FE Y LA POSESION	35
2.3. NO SE NECESITA CLASES DE TENEDORES	38
2.4. LA DOCTRINA DE LA BUENA FE ES UNIVERSAL	41
2.5. LA CULPA EN DERECHO CAMBIARIO	42
2.6. LA INUTIL LOCUCION "BUENA FE EXENTA DE CULPA"	47
2.7. PROBLEMAS DEL PRINCIPIO DE BUENA FE	48
CAPITULO III	

3. TITULOS NO REGLAMENTADOS 56

3.1. TITULOS TIPIFICADOS Y SIN REGLAMENTAR 56

3.2. REQUISITOS PARA TITULOS VALORES MENCIONADOS O NO POR LA LEY 57

CAPITULO IV 66

4. EL PAGARE 66

4.1. GENERALIDADES 66

4.2. EL PAGARE EN ESPECIAL 68

4.2.1. Definición 68

4.2.2. De sus requisitos generales 68

CAPITULO I

1. DESARROLLO DEL DERECHO CAMBIARIO

1.1. LA DEFINICION DE LOS TITULOS VALORES EN EL CODIGO

Los anteriores capítulos nos han familiarizado con las notas características de los títulos valores según la doctrina moderna y nos capacitan para apreciar la definición del artículo 619 del Código de Comercio, tomada de la de Vivante, que hemos citado varias veces y dice textualmente:

- "Art.619: Los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, Puede ser contenido crediticio, corporativos o de participación y de tradición o representativos de mercancías".

En esta definición surge claramente que los títulos valores incorporan en derecho literal y autónomo legitiman para su ejercicio de manera necesaria. La incorporación, la lateralidad, la autonomía y la legitmación, características que hacen del documento algo que puede circular por

negociación, distinto de los derechos personales que se transmiten por cesión, son características esenciales que se cumplen igualmente en los instrumentos negociables y en los otros títulos destinados a la inversión o a la transferencia de derechos sobre mercancías: igual en letras o pagarés, en obligaciones o acciones de sociedades, en certificados de depósito y bonos de prenda. En este siglo universalmente se juntan estos títulos con diferentes denominaciones y todos son el ámbito del derecho cambiario.

Pero a este punto se ha llegado muy difícilmente en la historia, primero por las costumbres comerciales, después por los estudios jurídicos, y finalmente por las legislaciones que han elevado a normas jurídicas las conclusiones teóricas de los jurisperitos fundadas en las practicas comerciales. Pero ni siquiera se encuentra totalmente definido en las leyes el alcance ni la terminología de esta materia, y por tanto su misma comprensión. Nuestro código el más nuevo de los mercantiles, puede considerarse de lo más avanzados, carácter que ganaría sólo con la adopción de la definición de Vivante y la comprensión de todos los títulos destinados a la circulación. Citando una vez más a Ascarelli, fijamos estas dos ideas básicas:

a. Los títulos de crédito constituyen la institución jurídica a resolver los problemas de la circulación de los de-

rechos, a modo de proporcionar una relación rápida y segu ra". (Títulos de crédito, pag 23), y

b. Sería preferible sustituír la (expresión) de "título de un crédito" por la de "título valor" o por la de "título negociable" y hablar de una teoría general de los títulos valores" (id.25), "la doctrina italiana y la internacional comprenden los títulos sean de crédito o basados en una operación distinta. Lo importante no es el crédito: es la circulación, para una teoría general" (id.26).

Pero para llegar a esta teoría general, hoy admitida por la doctrina y por muchas legislaciones, se debió partir del contrato de cambio y de letra de cambio que lo repre sentaba,

1.2. HISTORIA

Esta apasionante historia puede consultarse, entre muchas fuentes, en la enciclopedia de Espasa, de la cual tomamos estas indicaciones sobre el origen de la letra.

Existen dos corrientes sobre las primeras letras de cambio.
Una de ellas seguida por Caillemer, Coquelin, Dupont de Nemours, Eastasen, Guillaumin, Oppert y otros, dice que

la letra de cambio se conoció en la antiguedad y cita una inscripción asiria de una tablilla de tierra cocida, del tenor siguiente: "Cuatro minas, quince ciclos de plata (crédito) de Ardú-Nama, hijo de Jakán, contra Mardukbalasur, hijo de Ordikbalatirib. En la ciudad de Orché, Mardú balatirib, hijo de Ordikbalatirib pagará en el mes de Tebet cuatro minas, quince ciclos de plata, a Belabaliddin hijo de Sinnaid, Ur, el 14 de Arahhsanma, año 2° de Nabor nide, rey de Babilonia". Esta escuela hace también referencia, según Isócrates, de un joven de Atenas que pidió una cantidad reembolsable por su padre en El Ponto, con promesas del banquero Posición de reembolsar el capital si el padre no atendía la obligación. También se cita a Cicerón y se hace referencia a la acción romana "ex quod certo loco".

La otra escuela sitúa el nacimiento de la letra de cambio en la edad media, y dice que las referencias anotadas son al contrato de cambio,no a la letra. Ya mencionamos antes la primera letra conocida. Como el plan de este estudio no se ocupa de estos aspectos históricos nos referiremos rápidamente al desenvolvimierto de la doctrina.

Terminada la edad media, la letra de cambio se había ido desarrollando en las Cruzadas, se hace un documento de uso común para los comerciantes ultramarinos de Italia en

el Mediterráneo y de la Liga Hanseática en los mares del Norte. No era aún el tiempo del poderío naval y mercantil de Inglaterra.

También en España se desarrolla tempranamente y se legisla sobre la letra desde 1394 en Barcelona y a principios de la edad moderna en las ordenanzas de Bilbao, que rigieron para las colonias de América y después para las nuevas repúblicas hasta la expedición de los códigos de comercio, como el de orientación francesa que se expidió para la nueva Granada en 1853.

Aún nuestra literatura hispana, en el ingenio de Cervantes, trae deliciosos paisajes en que la letra sirve para ilustradoras escenas del Quijote. Al consolar a Sancho después de la liberación de los galeotes por la pérdida del Rucio, le ofrece darle una "cédula de cambio" para que la sobrina entregue al escudero tres burros y cuando Sancho Panza sale de la Sierra Morena a llevar la carta a Dulcinea del Toboso, reclama a don Quijote "la libranza Pollinesca" y su amo escribe esta sin par letra de cambio: "Mándaré vuestra merced, por esta primera de pollinos, señora sobrina, dar a Sancho Panza, mi escudero, tres de los cinco que dejé en casa y están a cargo de vuestra merced. Los cuales tres pollinos se los mando librar y pagar por otros tantos recibidos de contado; que con ésta y con

su carta de pagos serán bien dados. Fecha en las entrañas de Sierra Morena, a veinte y dos de agosto desde presente año" (Rúbrica).

Don Raúl Cervantes Ahumada, al recordar este título valor de maravilla, anota cómo ya era para el gran Cervantes, Don Miguel, la valuta era falsa y una rúbrica era firma generadora de obligación cambiaria, como aclara don Quijote al reclamo de Sancho: "No es menester firmarla sino solamente poner mi rúbrica, que es lo mismo que firmar, y para tres asnos, y aún para trescientos fuera bastante". Cuando sirve esta cita para desasnarnos y dejarnos de creer que son precisas firmas autógrafas y causas probadas para la obligación cartularia.

Tan antiguo como la letra de cambio es el cheque, y su desarrollo se efectúa desde fines de la edad media en los bancos de depósitos de la cuenca del Mediterraneo como el de San Ambrosio de Milán y los de Génova y Bolonia.

También aparece en España y en Holanda, mientras es desconocido en Inglaterra, que sólo lo aprende en el siglo XVI cuando los reyes giraban los "exchequeter bills".

También se remonta a la edad media el origen de los conocimientos de embarque, reglamentados para nosotros por las ordenanzas de Bilbado de 1737.

Y las acciones de sociedades eran negociadas desde el siglo XII y conocidas para América desde la colonia que dio origen a famosas compañías españolas y alemanas.

Luego aparecen las obligaciones documentadas que reglamentan los códigos del siglo XIX.

En el terreno ideológico y en el legislativo también pasó la letra de cambio de documento probatorio del contrato de cambio trayecticio a título de crédito sólo después de la ley alemana de 1848.

Otras instituciones básicas del derecho cartular aparecieron primero en las costumbres. El endoso en el siglo XVII recorría el mundo civilizado llevando al comercio lo que tres siglos más tarde se contaría como esencial del derecho cartular: la circulación, y en el siglo XVIII la cláusula a la orden, dando origen al pagaré, completaba el panorama de los títulos de crédito. Corresponde la unificación de la legislación al último siglo.

En la ordenanza francesa de 1637 se regula el endoso, que supera el cambio trayecticio (aún sin desaparecer en la ley), y convierte la letra de instrumento de pago en instrumento de crédito destinado a la circulación, pero ni aún el código francés de 1807 acogió cabalmente la teoría sino que conservó el contrato de cambio de una plaza a

otra. Sin embargo el endoso era mencionado en una ley de Venecia de 1539.

La teoría moderna se inicia por el holandés Vogt en su Tractatus Analyticys de Cambii, publicado en 1658 y culminó con la obra de Einert publicada en 1839, con la cual quedó derrotada la teoría del contrato bilateral. Einert considera la letra papel mneda que circula bajo el crédito de los particulares, acto unilateral, No reconoce causa al título ni relación con la obligación fundamental pero esclarece la unilateralidad del acto que obliga cambiariamente y la vocación de la letra a la circulación. Este es el nacimiento del moderno derecho cambiario.

Thol y Liebe, colaboran en el estudio y extensión de las nuevas leyes de Austria y Alemania que se van imitando en casi toda Europa, en el Japón, en el Brasil, Perú y casi toda hispanoamérica.

También la letra pasó de documento probatorio a necesario para la legitimación, y las obligaciones incorporadas en ella se consideraron autónomas, hasta pasar de la jurisprudencia a una ley orgánica, por primera vez, con el cuerpo de la doctrina cambiaria, en Alemania, por la ordenanza de 1848. Al mismo tiempo la jurisprudencia inglesa, su ejemplar derecho consetudinario, la Common Law, seguía

los mismos principios, con algunas variaciones. De Alemania tomaron Italia, Suiza y otros países, la base de su legislación cambiaria. De su lado Francia seguía separadamente el desarrollo de estas instituciones, sin la premura que necesitaron los pueblos más comerciantes del mediterráneo y de la liga hanseática. De aquí se originaron los tres sistemas cambiarios conocidos, cuya diferencia se refiere primordialmente a su apreciación relativa a la incorporación de la obligación en el documento, o, en otras palabras, a si se separa la obligación cambiaria de la obligación subyacente o fundamental. Estos sistemas son:

a. El francés: Para la ley francesa, la obligación fundamental es la provisión, que es la misma obligación cambiaria, siempre necesaria. Dentro de este sistema, los belgas consideran la obligación fundamental no como provisión sino como garantía, formando un puente con el sistema alemán.

b. El sistema alemán: en oposición al francés, no reconoce ninguna relación entre la obligación cambiaria y la fundamental. La cambiaria es abstracta, sin causa. Este sistema se llama también continental y tiene variaciones y modalidades que lo acercan en las consecuencias prácticas a los demás.

c. El sistema angloamericano, para el cual la relación fundamental es la "consideration", semejante a la causa de las obligaciones de nuestro derecho civil.

Nuestro código comercial es ecléctico, con fundamento principalmente en la doctrina continental, pero moderando el sistema con la necesidad de la entrega para la negociabilidad del documento.

1.3. DIVERSAS TEORIAS JURIDICAS

Los tratadistas han descrito teorías muy ingeniosas para explicar los fenómenos que dan las características propias de los títulos valores (literalidad, autonomía, legitimación, incorporación), de las cuales resumimos brevemente algunas que nos ayudan a aclarar estos conceptos.

a. La teoría de la pendencia, iniciada por Ihering y unida al hombre de Borelli, que para explicar cómo una parte puede transmitir más de lo que tiene, supone que en el documento que circula no hay un crédito, sino algo pendiente, una expectativa, o quizás un derecho sólo surge con el vencimiento en cabeza del dueño, es decir, que el único acreedor es el que presenta el título para el pago,que es el único que ejercita el derecho. Esta teoría tiene el mérito de haber explicado el principio de la separación o

abstracción del derecho documental respecto al de la relación fundamental, la diferencia de los mismos, y por ello es el principio de la doctrina moderna. Sus impugnadores (Vivante, Rocco, Arcangeli, Montesori, Tena) la desestiman con argumentos como éstos:

1. Si durante la circulación sólo hay una expectativa cómo puede ella producir intereses?, 2. Una expectativa no puede tener derechos accesorios como a veces los tiene el título (fianzas, etc).3) la ley es muy clara en darle a todo tener durante la circulación, y no sólo al último,los derechos del propietario (puede reivindicar).

b. Vivante expone la teoría del doble contenido del documento. Dice que la voluntad del suscriptor del título se manifiesta en dos direcciones, ambas de contrato bilateral: la una frente al tomador inmediato por el negocio fundamental, y la otra frente a los demás tomadores por el texto literal del documento. Para él lo esencial es la lateralidad y la autonomía. Pero se puede argumentar que la relación con el tomador inmediato no se confunde con el documento; por ejemplo, puede tener un contenido de pago en una compraventa, pero sólo de pago parcial, y tampoco contiene las convenciones propias de la compraventa,sobre la entrega etc,, ni explícitamente con lo cual se concluye que no hay doble contenido.

Parece, en cuanto al contrato bilateral, frente a los te nedores posteriores al tomador del instrumento, que hay un artificio inaceptable. Aunque desechamos la teoría con tractual en la relación, anotada por Vivante, entre elsus criptor y los tenedores posteriores al que lo recibió de él, ella es muy positiva por la ayuda de esta teoría pa ra comprender la diferencia de tal relación frente a la fundamental del suscriptor con el tomador. Se relieva así la incorporación o separación del negocio fundamental y se destaca la nueva relación entre el suscriptor y otros obligados sin relación inmediata, es decir el derecho in corporado al título.

C. Savigny, quien introdujo la palabra incorporación, en una dirección semejante, describe un contrato entre el suscriptor y una persona incierta. Jolly, entre el crea- dor y un sujeto abstracto. Goldschmit, entre el suscriptor y una serie subsecuente de propietarios. Estos esfuerzos para mostrar un contrato nos sirven para aclarar cada vez mejor lo que significa la diferencia entre el derecho in corporado y la relación contractual del creador y el toma dor que está ligada al documento como negocio fundamental (mutuo, compraventa, fianza), negocio que no afecta al de recho incorporado, ni la lateralidad de la obligación lla mada cambiaria o cartular.

d. Rocco sitúa la diferencia esencial entre el título ordinario y el título valor en la conexión permanente entre el documento y la relación jurídica propia del mismo, es decir en la incorporación, fenómeno, como vimos, bautizado por Savigny. A Vivante la palabra incorporar le parecía vacua y vulgar, pero definitivamente entró al derecho moderno. Para Rocco, con la incorporación, el documento de probatorio pasa a constitutivo; de confesorio, a declaración de voluntad. Pero no recurre como Vivante a la lateralidad ni a la autonomía.

La contribución de Rocco para aclarar el fenómeno de la incorporación es valiosa, pero sólo podemos admitirla como parte de la verdad para explicar el título valor conjuntamente con los fenómenos de la autonomía de la obligación y de la lateralidad, que se refiere a la eficacia generadora de la declaración escrita en el título.

e. Carnelutti da una doctrina partiendo del derecho probatorio que podemos resumir así:

1. El título es prueba legal de la relación documental
2. El tenedor no tiene un derecho sustantivo sino una acción (la ejecutiva cambiaria)
3. La creación del título es una documentación.
4. La circulación del título conlleva la de la acción, no

la del derecho.

Apoya Carnelutti su tesis en las firmas de favor y las firmas en blanco aceptadas en la legislación cambiaria, ya que le parece absurdo que contengan una obligación cu ando se dan únicamente para facilitar la circulación. Una doctrina más clara, como la actual, acerca de la abstracción, habría permitido ver al célebre autor la posibilidad de cualquier función, aún la de la firma de favor o la de fianza, y todo lo relacionado con la circulación. Se dificulta entender que una firma de favor acarree un derecho, más difícil debe parecer que se movilice sólo una sujeción procesal, una acción, sin un derecho sustan tivo, en la negociación del título valor.

Carnelutti no concibe una acción de condena sin un derecho substancial. En la concepción tradicional, conservada en nuestro derecho, en que se separa el "procesal del sus tantivo", es posible una acción que no responda a un dere cho sustancial, como en los casos de apariencia. La histo ria demuestra la separación, la abstracción del derecho cambiario, en frente a la relación fundamental, hecha por las costumbres del comercio, primero y después acogida por las legislaciones modernas. Y en ellas las dos relaciones tienen sus defensas y sus diferentes prescripciones. Todo esto se opone a la teoría de que sólo circula la acción.

En la historia y en el derecho la obligación titular es diferente y sustantiva.

Carnelutti critica la duplicación entre el negocio fundamental y el cambiario, pero a su vez incurre en la duplicación de las acciones: la cartular y la normal, basadas la primera en la creación de una prueba específica en título y la segunda en el negocio subyacente. Critica independencia en la circulación del derecho, pero en hacer circular la acción independientemente del derecho. Con razón pregunta Ascarelli si se ha adelantado este cambio

De otro lado la teoría de Carnelutti, al reconocer en el título la prueba del negocio fundamental cae en un círculo vicioso: o es prueba absoluta, y, entonces no es posible explicar por qué en algunos casos hay excepciones oponibles; o es prueba susceptible de combatirse y entonces no se explica que las excepciones ex-causa no sean oponibles al tenedor en determinadas circunstancias. En vano se recurre a la hipótesis de una renuncia previa, por parte del creador del título, a esas excepciones, porque la renuncia no existe, e inventarla es renunciar a dar una explicación.

f. Otra teoría es la de la creación, también llamada de

la creación, también llamada de la declaración, de la promesa unilateral pura. Según esta teoría, el título completo tiene ya un valor patrimonial aún en manos del suscriptor. La redacción del documento (creación) engendra ya el derecho de crédito, el cual se hace eficaz en manos de otro poseedor.

g. Lorenzo Mossa apela a la doctrina de la apariencia para explicar la legitimación del tenedor cuando en sus antecesores hay quien no tuvo título o capacidad para trasmitir el instrumento.

El jurista alemán Rechtsshein (citado por Tena pág 96) define así la teoría de la apariencia: "Una situación por la cual elque ha confiado razonablemente en una determinada manifestación jurídica y se ha comportado en congruencia con tal manifestación, tiene derecho de contar con ella, independientemente del hecho de que a la manifestación corresponda la realidad."

Ejemplo de la apariencia tendríamos en el matrimonio putativo de buena fe cuyos efectos son los del válido.

El acto real sería la creación (con o sin emisión según la teoría seguida) y los actos de contenido aparente los de la circulación hasta confundirse en el tenedor la apa

riencia sino valorar el acto de voluntad unilateral de ca da obligado (el creador, aceptante, endosante, avalista) como generador de la obligación cartular propia, dirigida al poseedor de acuerdo con la ley de circulación del instrumento, sin insistir en encontrar un negocio bilateral que no existe.

h. Finalmente debemos referirnos a la teoría de la emisión. En ella interviene la voluntad del suscriptor del tí tulo, con la finalidad de la circulación, junto con la entrega, para que surja la obligación cambiaria, que coe xiste con la relación fundamental, cuya presencia es nece saria, pero es distinta de ella y conforme con la literalidad del documento. Esta teoría está firmemente sustenta da y definida por Ascarelli y es la orientadora del nuevo código de comercio colombiano.

La relación fundamental, para Ascarelli, es distinta de la cambiaria, aunque el título valor está ligado a ésta (pág 36). Puede ser título probatorio de la relación fun damental (como puede no serlo v, y gr. si lo está sólo de parte del mutuo subyacente) pero no es en este sentido tí tulo valor, sino cuando sirve para la circulación y el ejercicio cartular del derecho literal y autónomo incorpo rado al título.

En esta teoría se destaca la capacidad de prueba del títu

lo valor en relación con el negocio subyacente, pero se comprende que además es un documento constitutivo de una declaración autónoma. Aquí nace el derecho literal, autónomo, en favor del tenedor, por el acto de la creación acompañado de la entrega (emisión) para la circulación.

Existe una duplicación, como en otras teorías, pero es aparente:es un punto de partida. Es el reconocimiento jurídico de la genial creación comercial de la costumbre,especialmente a partir de la letra de cambio, de un derecho objetivizado, diferente del negocio subyacente.

Aceptamos la conclusión de Ascarelli de basar la institución de los títulos valores en la autonomía de la declaración incorporada en el título, y de allí la disciplina de la circulación, en contraste con las diferentes maneras de circulación del derecho común.

1.4. LA UNIFICACION INTERNACIONAL DE LA LEY CAMBIARIA

La necesidad de llegar a una unidad en el derecho cambiario, especialmente para el comercio internacional, y más para el interestatal de los Estados Unidos, llevó a dos esfuerzos modelos para el desarrollo legislativo, uno de ellos, el proyecto uniforme de 1886 de American Bar de Nueva York, el c-legio de abogados en la ley inglesa de

1882, que propició la uniformidad legislativa en la Unión norteamericana, de donde se tomó nuestra ley 46 de 1923. De otra parte en los países europeos la International Law Association trabajó en la unificación del derecho cambiario en sus congresos de Génova (1874). La Haya (1875) de Bremen (1876), Amberes (1877) y concretó su labor en las llamadas "Reglas de Bremen". Otras reuniones internacionales en París (1889), Río de Janeiro(1900) y Milán (1906), Berlín (1906) y Budapest(1908) llegan a las "Reglas de Budapest". Después, por iniciativa de Italia y Alemania, Holanda convocó las conferencias de La Haya de 1910 y 1912, con 37 estados representados, entre ellos Estados Unidos e Inglaterra, y ya sellegó a una convención sobre unificación del derecho sobre Letras de Cambio y Pagaré a la Orden.

La guerra mundial de 1914 suspendió este movimietno y sólo la Conferencia de Ginebra de 1930 pudo reanudarlo con la adopción de la llamada Ley uniforme de Ginebra.

Los datos históricos de estos párrafos los hemos resumido de la obra de Cervantes Ahumada, quien termina su exposición con esta importante declaración.

"Los tratadistas del Derecho Cambiario suelen afirmar que esta rama del derecho se encuentra dividida, en el mundo, en dos grandes campos o sistemas: el de la Ley Uniforme

de Ginebra, y el del Derecho Anglosajón. Creemos que la breve exposición que hemos hecho sobre el movimiento de unificación, nos autoriza afirmar que los principios fundamentales del derecho cambiario son unos en todo el mundo, y se basan en los principios fundamentales del derecho cambiario contenidos en la ley General Alemana sobre el cambio, de 1848. El genio de Einert se ha extendido iluminando el campo jurídico por todo el ámbito terrestre. Los principios generales son los mismos; pero aún en los ordenamientos que los autores consideran como pertenecientes a un mismo sistema, existen diferencias de detalle. Y en ocasiones, esos detalles diferenciales son de importancia singular".

Muchas naciones de Latinoamérica participaron en la Convención de La Haya de 1912 sobre la letra de cambio y en la citada de Ginebra de 1930. Como consecuencia, el texto uniforme de la escuela continental europea, se adaptó en Venezuela al código de comercio de 1919, en Guatemala en 1913, Nicaragua lo tomó en 1916, Ecuador en 1926, México en 1932 Honduras en 1950 y Argentina en 1963, según referencias de Jorge Barrera Graf en "El Derecho Mercantil en la América Latina", edición de la Universidad de México de 1963. Ya había desarrollado el Brasil su legislación cambiaria sobre el mismo molde.

Mientras tanto, Colombia, por la ley 46 de 1923, y Panamá se separaban de la orientación iberoamericana para adoptar la ley uniforme de los Estados Unidos, formando así una isla dentro del derecho latino de nuestro continente que ha sido par del latino europeo.

Después de la Segunda Guerra Mundial empieza a surgir una nueva edad y con ella fenómenos políticos y económicos del tremendo valor. Entre ellos la formación de bloques económicos alrededor de las grandes potencias. Estados Unidos y la Unión Soviética y la novísima organización de los mercados comunes, con el europeo a la vanguardia, que son las respuesta a los retos imperiales de los grandes bloques. El derecho mercantil quiere hacer parte la América Ibérica, con la Zona Latinoamericana de Libre Comercio constituída por el tratado de Montevideo, con el Mercado Común Centroamericano y con nuestro más reciente mercado andino.

Este movimiento llevó a los países centroamericanos a buscar por medio de su Instituto Centroamericano de Derecho comparado con un proyecto de ley Uniforme Centroamericana de Títulos valores, el cual sirvió más tarde para el que el Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), promoviera la redacción de una ley cambiaria para el continente iberoamericano.

El parlamento Latinoamericano con sede en Lima, el intal y notables estudiosos, entre los cuales se destaca el Dr. Raúl Cervantes A., eminente profesor mexicano, llegaron a la redacción del proyecto conocido como del Intal, que recoge mucho de la tendencia de los países iberoamericanos y que en buena hora ha sido adoptada por Colombia, que era con Panamá los únicos países del grupo separados de la escuela latina de los dos continentes. Como este proyecto es el principal antecedente del libro de nuestro código sobre títulos valores será incluído como apéndice en esta obra.

Aytes de adoptarse en Colombia el sistema angloamericano rigió el código de comercio del antiguo Estado de Panamá adoptado por la república en 1887, que sustituyó el ámbito nacional a los de los estados, inspirados fuera del de Panamá en el código Francés. En Panamá se promulgó en 1869, y fue tomado del que para Chile redactó el gran jurista argentino don José Gabriel Ocampo, desterrado por el tirano Rosas de su patria. Este gran código, sino de la altura del civil de don Andrés Bello, es sin embargo, un monumento de sabiduría hispanoamericana, de claridad y de equilibrio jurídico. Anterior al derecho cambiario moderno, conteñía normas claras, conforme a los conocimientos de la época, sobre el contrato de cambio (de una plaza a otra) y las letras de cambio, en el título décimo del

libro 2° sobre los contratos mercantiles y en el undécimo reglamentaba las libranzas, lós vales y los pagarés a la orden. Además en el libro 1°, en la parte relativa a los agentes de comercio, tenía unos artículos sobre los "efectos públicos" y los "efectos de comercio", a los cuales no se refirió la legislación de 1923. Antes de la ley 46 de 1923, la ley 26 de 1922 había ampliado el concepto del contrato de cambio, pero fue aquella la que adoptó el moderno derecho cambiario, según la orientación anglosajona, que ya hemos dicho que no es opuesta a la continental. Al tornar a la orientación latina, más se encontrarán cambios de léxico que de fondo, ya que las discrepancias teóricas no llevan a las escuelas a muy diferentes soluciones en el campo de las disposiciones de derecho positivo. Después de comentar las nuevas normas, una a una, podremos concluir que no habrá traumatismos importantes con el cambio de legislación en material de títulos aunque sí progresos apreciables en claridad, simplicidad y ámbito del contenido, loque promueve el progreso económico.

Este somero estudio del origen y actualidad del derecho cambiario, muestra la conveniencia en este cambio de la ley 46 y de su terminología, y que no entramos a un círculo de naciones sino a un movimiento universal, del que hace parte los Estados Unidos e Inglaterra. Solo que los iberoamericanos buscamos en nuestra lengua y en la tradición jurídica de nuestros países la expresión adecuada!

Antes de iniciar el estudio de las disposiciones colombia nas, nos referimos a algunos problemas generales que no sería sencillo tratar al rededor de una sola norma, como la buena fe, la culpa, y la posibilidad de títulos valores no reglamentados por el código y algunas ideas sobre títu los impropios.

1.5. EL NEOLOGISMO TITULOVALOR

Este término es tomado del alemán y al preferirlo Ascarelli lo polularizó en las ediciones en español y portugués de sus obras.

El profesor mexicano Joaquín Rodriguez (Derecho Comercial, 1964) dice que fue usado por primera vez por el español Ribó en un artículo de la Revista Crítica de Derecho moviliario cuya fecha no cita, y que lo usa la ley de Quiebra y Suspensión de pagos de México de 1942, así como el ante proyecto del Código de Comercio de México de 1946.

El proyecto del Intal y tomado de En nuestro Código de Comercio usan la nueva palabra Títulovalor escrita separando sus dos componentes con un guión. Esta separación no se justirica si se desea formar una palabra compuesta y es ajena a la ortografía castellana. Por esto hemos abandonado el guión, siguiendo al mencionado profesor Rodriguez.

CAPITULO II

2. LA BUENA FE

2.1. CONCEPTO DE LA BUENA FE

Aún más que en otras materias mercantiles, en el estudio de los títulos valores jamás debe perderse de vista que la protección de la buena fe es uno de los fundamentos jurídicos del sistema, por lo cual hemos visto aparecer en todos los capítulos anteriores. Su importancia nos ha persuadido de dedicar a algunos de sus problemas un estudio separado porque sin su comprensión la materia cartular se convierte en un cuerpo sin alma.

En Colombia tenemos la fortuna de una luminosa definición de la buena fe en el código civil: "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de tal cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio", dice el primer inciso del art. 786. Y agrega en los otros incisos: "Así, en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuación de haberse habido fraude ni otros vicios en el acto o contrato. Un justo error, en ma

teria de derecho, constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario".

Esta definición de la buena fe, como principio en la formación de los actos y contratos mercantiles, es aplicable a la materia cambiaria según el artículo 822 del código de comerico.

Por el artículo 835 del código mercantil: "Se presumirá la buen fe, aún la exenta de culpa. Quien le alegue la mala fe o la culpa de una persona o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.

También en materia civil, el artículo 769 del código de la materia estatuye la presunción de la buena fé, salvo en casos en que la ley establezca la contraria. En asuntos mercantiles prevalece la presunción de la buera fe, tal vez con la sola excepción del artículo 385. Así, quien alegue mala fe o culpa debe probarla.

En el derecho alemán, en el que se inspira tanto la legislación cambiaria colombiana, así en las "relaciones obligatorias" como en toda vinculación jurídica aún en el derecho de cosas (prenda, comunidad, servidumbre) o en el procesal, se encuentra al principio de cumplir la prestación con fidelidad a la palabra dada o a la obligación fundamen

tada de otra manera, sin defraudar la confianza de la otra parte, es decir el principio de la buena fe (Karl Lorenz, Derecho de obligaciones).

La conducta de los interesados debe ser según las exigencias de la buena fe. Pero esto es sólo una indicación y no una regla para ser aplicada. En cada caso deberán buscarse las circunstancias que constituyen la buena fe,que necesita concreción mediante un juicio valorativo en cada supuesto. Ese juicio debe ser reflejo de la conciencia del pueblo o del sector de los participantes. En el caso del derecho comercial, la conciencia del gremio mercantil en la época y circunstancias dadas. Estas conclusiones de la doctrina alemana demuestran el acierto de la definición de la buena fe de nuestro código civil antes transcrita. Y la ilimin en cuanto que la conciencia aducida para configurar la buena fe, no es subjetiva y caprichosa sino la indicada por un juicio basado en las circunstancias de hecho, de acuerdo con las partes y con el pueblo en el que se juzga el acto de conciencia.

Pero a diferencia del derecho alemán, en el que el juez, de oficio, debe declarar la mala fe, en el nuestro por su inspiración latina, la buena fe, se presume y el juez sólo puede declarar la mala fe cuando es probada por el que la alega.

2.2. LA PROTECCION DE LA BUENA FE Y LA POSESION

En nuestro derecho cambiario, la protección a la posesión de buena fe es la regla de oro. Se concreta principalmente en la norma del artículo 647 del código de comercio, por la cual se "considerará tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a su ley de circulación", (protección dela posesión), en unión con la del artículo 734 que, en sus numerales 11 y 12 permite oponer las excepciones de falta de entrega y las extracartulares en contra de quien no sea tenedor de buena fe. (limitación de la protección a la posesión como sanción a la mala fe). Esta es la norma: protección a la tenencía, pero tenencia no solo legítima formalmente sino de buena fe. El que adquiere de mala fe no es titular del derecho.

Esas normas definen la posición del poseedor en estas sencillas reglas:

1. Se considera tenedor legítimo a quien posee el instrumento conforme a su ley de circulación. Por ello lo ampara la presunción de buena fe.

2. Contra este tenedor, legítimo presuntivamente, no pueden oponerse las excecpiones que derivan de la falta de entrega del título o de la entrega sin intención de hacerlo

negociable (numeral 11 del artículo 784), como tampoco las excepciones derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, si el demandado no es parte en dicho negocio (numeral 12), salvo si se tiene la prueba de la falta de buena fe, es decir el dolo del presunto tenedor o sea que sólo prospera la excep tio doli.

En otras palabras: al tenedor de un título valor de acuerdo con su ley de circulación no se le pueden oponer excepciones relativas a su posesión, a la emisión del título ni a los negocios pasados entre las partes anteriores. Así la ley mercantil protege la posesión de un título tanto o más que al poseedor de cosas no justifique serlo" (C.C.art 762) y decimos que quizás porque sólo puede discutirse su calidad de dueño con la prueba de mala fe, dentro de la excepción general del dolo, o como veremos , en el juicio de reivindicación, y no estamos seguros de que el código civil cierre tan rígidamente la posibilidad de demostrar que el poseedor no es dueño, aunque tenga buena fe, ya que él debe probar su diligencia.

En cambio la posibilidad de la excepción de dolo como limitación de la protección de la posesión es más absoluta en el derecho cambiario que en el civil, pero siempre con la presunción de la buena fe, con la carga de la prueba para

el que alegue la mala fé sin que deba probar la diligencia que le corresponde el tenedor.

En la reivindicación, como decíamos, por el art.820. La acción reivindicatoria procederá contra cualquier tenedor ulterior que no sea de buena fe exenta de la culpa". Contra el primer adquirente puede prosperar porque frente al verdadero dueño necesariamente el usurpador tiene mala fe. No puede ser titular del derecho; es el primer adquirente doloso. La protección a la buena fe sólo es posible para el adquirente posterior y aquí, en la reivindicación, es tan absoluta como en la acción cambiaria para el cobro. Si tiene buena fe es protegido el tenedor, siempre, salvo de las excepciones del propio título.

Esta forma sencilla y clara para la protección del tenedor que sólo puede ser derrotado con la prueba de su mala fe, o bien con las excepciones oponibles a todo demandante en la acción cambiaria, o a determinado tenedor por sus relaciones personales con la parte inmediata, hacen innecesaria la compleja distinción del derecho angloamericano, entre tenedores de diferentes especies: simple tenedor, tenedor de buena fe, tenedor por valor, tenedor en debida forma.

2.3. NO SE NECESITA CLASES DE TENEDORES

En la orientación tomada por el Código de Comercio, (la continental europea e iberoamericana y de las convenciones de Ginebra y Montevideo), las soluciones respecto a las diferentes clases de tenedores de la ley de 1923 son bien parecidas a las de esta ley. Lo podemos ver claramente, tomando los derechos de los tenedores de la obra del Dr. Robledo Uribe, procurando una síntesis:

a. El simple tenedor, el de buena fe, por el valor y el tenedor en debida forma,tienen derechos:

1. A acción judicial

2. A recibir válidamente el pago

3. A negociar el instrumento.

b. El tenedor de buena fe tiene además:

1. Presunción de fecha
2. Libre de excepción por no haberse llenado los espacios en blanco según las instrucciones.
3. Derecho a actuar como tenedor en debida forma.

c. El tenedor por valor, además de los anteriores, tiene derecho a que no se le pueda excepcionar la falta de cau-

sa por una parte por acomodamiento y

d. El tenedor en debida forma, además, está libre de todo defecto en el título y de las excepciones de las partes anteriores y puede exigir el pago por el monto total.

Las soluciones a estos casos están montadas sobre una serie de presunciones que empiezan por la de que "Todo tenedor está legitimado, que es la misma solución del código de comercio. Y como legitimado tiene todos los derechos de todos los diversos tenedores: a demandar, a recibir, a negociar.

los derechos especiales del tenedor de buena fe (no por valor ni en debida forma) se refieren a presunciones de fecha y no a poder excepcionarle por la forma de llenar otro anterior el instrumento en blanco. Para esto no se necesita crear una clase de tenedores. El código, con simples presunciones, ampara al tenedor en las mismas condiciones, pero si es reo de la excepción de dolo, en relación o no con la fecha o la forma de llenar los espacios en blanco, lo serán oponibles las excepciones. igual que la de la ley 46.

En cuanto al tenedor por valor, sólo tiene el derecho adicional a que la parte por acomodamiento no pueda oponerle la falta de haber obtenido sin una consideración de valor.

Este evento sin necesidad de crear una clase de tenedores especiales y con idéntica solución en equidad, está contemplado en el artículo 639 del código de comercio, que dice: "Cuando una parte, a sabiendas, suscriba un título sin que exista contraprestación cambiaria a las obligaciones que adquiere, las partes en cuyo favor aquella prestó su firma quedarán obligadas para con el suscriptor por lo que éste pague y no podrán ejercitar contra él las acciones derivadas del título.

En ningun caso el suscriptor de que trata el inciso anterior, podrá poner la excepción de falta de causa contra cualquier tenedor del instrumentoque haya dado por éste una contraprestación, aunque tal hecho sea conocido por el adquirente al tiempo de recibir el instrumento".

Quedan los derechos del tenedor en debida forma, que son en el fondo los mismos del tenedor regular, legítimo o de buena fe en el código. O sea que no se puede excepcionar en su contra por los negocios entre las demás partes, ni por los defectos del título. Pero el artículo 61 de la ley 46 presume que todo tenedor lo es en debida forma, o sea que solo en juicio se le degrada a otra clase. Esto es inútil: basta aplicar la solución legal a cada caso, por mala fe o por la excepción que sea oponible, sin entrar en calificaciones impropias del conjunto de nuestro siste

ma legal para crear varias clases de tenedores.

Concluimos que, por el juego de presunciones en ambos sis temas, cualquier tenedor puede demandar, recibir la prestación y negociar el título, y una vez que demanda está su jeto a determinadas excepciones según sea o no de buena fe si son personales, porque se establezcan varias clases de tenedores y con gran simplicidad, si solo hay una especie el tenedor, legitimado para demandar. En ambos sistemas es en la defensa del demandado en donde se discuten los mismos temas y allí se encuentran soluciones semejantes.

Para muchos estudiantes colombianos, ajenos al casuismo y al léxico anglosajón, han sido torturantes la distinción entre las clases de tenedores y la calisténica sobre sus diferencias y sus derechos. Renunciando a todo esto y con mayor claridad, da el código la solución a estos problemas.

2.4. LA DOCTRINA DE LA BUENA FE ES UNIVERSAL

Para apreciar la universalidad de la doctrina de la buena fe, nos limitaremos a unas pocas citas:

Ascarelli dice: "La doctrina y casi unánimemente se enseña es que las excepciones ex-causa son oponibles al tenedor de mala fe" (pág 128) y más adelante:"La doctrina indica

en forma unánime que el poseedor de mala fe no es propietario del título; no estitular del derecho respectivo."

La convención de Ginebra. Art.16 inciso segundo dice,:"Si una persona es desposeída de una letra de cambio por cual quier causa que fuere, el portador siempre que justifique su derecho en la forma indicada en el párrafo precedente" (por una serie ininterrumpida de endosos) "no estará obli gado a desprenderse de ella, a no ser que la hubiera adqui rido de mala fe o al adquirila hubiere incurrido en falta grave".

Y en el art. 17 se lee: "las personas contra quienes se in tente una acción en virtud de la letra de cambio, no podrán oponer excepciones fundadas en sus relaciones personales con el girador o con los portadores anteriores, a menos que el tenedor, al adquirir la letra, haya procedido cons cientemente en perjuicio del deudor".

2.5. LA CULPA EN DERECHO CAMBIARIO

En los textos transcritos y en toda la doctrina sobre derecho cambiario se equiparán y conjugan frecuentemente la mala fe y la culpa grave, lo que es necesario no olvidar para entender cuál es el tenedor protegido.

Nuestro código civil (art.63) define la culpa en sus grados de grave, leve y levísima, e igualmente el dolo. De éste dice que "consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". De la culpa grave que:"es la que consiste en no manejar los asuntos ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca pruedencia suelen emplear en sus negocios propios". Y agrega:"Esta culpa en materias civiles equivale al dolo".

El código de comercio, a su vez, habla en el numeral 11 del art. 784 de "quien no sea tenedor de buena fe" y en el numeral 12 y en el art.820 del "que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa". Esta misma locución, extraña a nuestro lenguaje jurídico, la repite en otros puntos.

Esto puede traer confusión acerca de cúal es la buena fe exigida por el código y de si hay una clase diferente de buena fe: la exenta de culpa, aplicada en otros casos.

Para examinar este punto nos preguntamos ante todo si puede haber culpa y al mismo tiempo buena fe. En otros términos si la culpa supone la carencia de buena fe o equivale al estado de mala fe.

En principio parece que no hay oposición entre la culpa y la buena fe. La culpa es falta de cuidado, es negligencia.

La buena fe es la conciencia de haber adquirido por medios legítimos, exentos de fraude y de otro vicio. Bien puede el negligente tener esta conciencia subjetiva y no existir en el hecho los medios legítimos y sin vicios. Pero si vamos a entender la buena fe por la definición del código civil la tendremos que tomar en conjunto con la disposición del artículo 63 cuando dice que la culpa grave "equivale al dolo". Entonces, al formar el juicio valorativo de un caso dado no podremos decir que hay buena fe si aparece la falta grave, porque ésta, al equivaler al dolo, aporta una circunstancia que impide predicar la buena fe.

En cambio, si hay culpa leve o levísima puede que los demás datos para el juicio en un caso especial sean suficientes para juzgar que existe la buena fe.

Concluímos que en nuestro ordenamiento civil, aplicable al derecho mercantil, no hay culpa grave que no equivalga a la mala fe. En otros términos: no hay buena fe exenta de culpa grave. Aunque si hay culpa leve o levísima junto con la buena fe.

¿Podrá pensarse entonces que "buena fe exenta de culpa" supone la inexistencia de la culpa leve y levísima? Esto querría decir que en derecho mercantil la culpa leve o levísima equivale al dolo, lo que a primera vista es un despropó

sito.

Pero, si seguimos buscando argumentos en el código civil, podemos leer en el mismo artículo 63 que: "Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve". Así, literalmente, la nueva locución del mercantil equivaldría a "buena fe exenta de culpa leve".

Este rigor no es correcto. Por la interpretación del texto del código mercantil no se puede llegar a negar su materia. El código italiano, de donde pudo tomarse la expresión de "buena fe exenta de culpa" porque en él no se lee, como en nuestro código civil, que "esta culpa (la grave) equivale a dolo".

Decimos que en materia cambiaria, la doctrina universal, las legislaciones y las convenciones internacionales, para separarse de la protección al poseedor, exigen el dolo o la culpa grave. No hemos encontrado una sola referencia a la culpa sin que se concrete a la culpa grave. En esto también nos fundamos para considerar que "buena fe exenta de culpa", se entiende de culpa grave.

Es más, si se miran panorámicamente las disposiciones cambiarias, en todo el tratado se encuentra la protección de la posesión, y las obligaciones de las partes son siempre

las normales y en ninguna cuestión las especiales que exi gen un cuidado mayor, extraordinario, cuyo abandono genera responsabilidad por la culpa leve o levísima. El tráfi co de los títulosvalores ocurre entre negociantes, no en tre guardadores de bienes ajenos, depositarios o banqueros. La culpa aquí es negligencia según las costumbres y leyes comerciales.

Sancionar la culpa leve o la levísima con la desprotección de la posesión del tenedor, sería borrar de una sola vez todo el derecho cambiario, porque destruiría la eficacia y la certeza de la circulación de los valores, objeto y fundamento del derecho cartular. En vez de entrar al sistema internacional sería negar éste.

La culpa, en derecho cambiario, no puede ser otra que la que se opone a los deberes que surgen de la legislación es pecial y de las costumbres mercantiles. Por ejemplo al negociar un instrumento no tiene el endosatorio obligación de revisar los títulos de los anteriores dueños, por tanto no puede arguírse contra él culpa por no haber investigado acerca de la autenticidad de las firmas o del hecho de la entrega que acompañó a endosos anteriores para terminar la negociación, como debería investigarse en una cesión civil todo lo relativo a la propiedad del crédito cedido a la va lidez de las negociaciones anteriores. En cambio, si un co

merciante adquiere un valioso cheque por precio irrisorio al ofrecérselo así una persona desconocida, estas circunstancias destruyen la conciencia de adquirir por medios legítimos y son una culpa grave equivalente al dolo, y contraria a la conducta de los comerciantes, por lo cual la culpa por falta de investigación sobre la autenticidad del cheque y de la adquisición por parte del que lo ofrece, contraría las obligaciones del comerciante. Como en el código civil, la culpa grave equivale al dolo.

Esta protección a la buena fe, como limitante de la posesión, atempera la doctrina alemana de la total abstracción de la obligación cartular y la acerca a la anglosajona y a la francesa en las consecuencias prácticas.

2.6. LA INUTIL LOCUCION "BUENA FE EXENTA DE CULPA"

El Dr. Posse, en conferencia dictada en Incolda, en Medellín, el 12 de agosto de 1971, expuso algunos de estos argumentos y llegó a la conclusión de que la adición"exenta de culpa" es un error de técnica, que carece de importancia, que se puede dar por no escrita. En esto, lo acompañamos. Por ello dice lo mismo el código al hablar sólo de "buena fe", o de "buena fe exenta de culpa".

2.7. PROBLEMAS DEL PRINCIPIO DE BUENA FE

La aplicación del principio de buena fe plántea problemas difíciles, algunos de los cuales vamos a estudiar.

El conocimiento que de la falta del título del tradente tenga el adquirente, o el conocimiento de la falta de título de una parte anterior en la circulación ¿es suficiente para configurar su mala fe?.

Ante todo la solución es distinta si ese conocimiento es anterior a la negociación o posterior a ella. Si el conocimiento es posterior a la adquisición de buena fe, no destruye esa buena fe y por consiguiente no puede ser derrotado por esa circunstancia en el juicio.

Pero si el conocímiento es anterior a la negociación, la solución no es tan evidente.

El artículo, 639, para el caso concreto del suscriptor de un título sin contraprestación cambiaria por las obligaciones que él adquiere, resuelve que no podrá oponer la excepción de falta de causa onerosa: "Contra cualquier tenedor del instrumento que hay por éste una contraprestación,aunque tal hecho sea conocido por el adquirente al tiempo de recibir el instrumento". Aunque aquí no se trata directa-

mente de la buena fe sino de una normación para un caso fuera de lo común (suscriptor sin recibir contraprestación y tenedor que ha dado una prestación), indica la orientación del sentido legal de protección al poseedor, y la mantiene aunque conozca la situación anormal de que el suscriptor no recibió contraprestación. Muestra que el conocimiento simple del hecho no hace posible la excepción en contra del segundo tenedor legítimo. Y el fundamento está, en el fondo, en la autonomía de las partes.

Siguiendo esta pista podemos pensar que el conocimiento de un vicio, aunque anterior a la negociación, por sí solo, no constituye mala fe y no hace posibles las excepciones aducibles contra el que no es tenedor de buena fe, a condición de que no haya coludido en contra del obligado, por dolo o culpa grave. Porque si el tenedor conoce el vicio que engendra una excepción extracartular, de buena fe, y sin culpa grave por ende, es decir con un conocimiento que no perturbe la conciencia acerca de su propio título, no hay razón para que su posesión no sea protegida. Un ejemplo nos convence de lo acertado de esta solución. Si Pedro conoce que el negocio fundamental que dio origen a una letra, ocurrido entre Juan y Luis, es nulo y hay entre ellos excepciones en favor de Juan, aceptante de la letra, y a pesar de ese conocimiento, después de haber circulado la letra, la negocia, Pedro no podrá sucumbir con las excep-

ciones contra Luis, porque su negociación no influyó en contra de Juan, no hay colusión, no hay culpa de Pedro. Su conocimiento no hace por sí solo mala fe. Otra cosa sería si algunas circunstancias, una actividad o posición, o habilidosidad de Pedro, influyeran en la aceptación de la letra y en la posterior adquisición para sí de ella: cuando surja la mala fe, la deslealtad, la malicia, habrá lugar a las excepciones, pero del simple conocimiento, por sí solo, no emerge la mala fe. En este sentido se declara Ascarelli (pág 130), quien reconoce que no toda la doctrina sigue esta orientación.

La ley italiana y la norteamericana, así como la extinguida ley 46 de 1923, consideran viciosa esa posición del tenedor por el solo conocimiento del vicio, cuando es expresa, o si es implícita cuando equivale al fraude, es decir con culpa grave. El Dr. Victor Cock, comentando el artículo 58 de la ley 46 de 1923 dice:

"Artículo 58: Para que la noticia de un vicio en el instrumento o en el título de la persona que lo negocia se entienda recibida, es necesario que aquel con quien se negocia el instrumento haya tenido conocimiento del vicio o de hechos tales que el recibo por el de instrumento equivalga a mala fe.

"De acuerdo con el contenido de este artículo, la noticia

puede ser expresa, o puede ser implícita o indicial. La primera ocurre, como lo dice el artículo, cuando el tomador ha tenido conocimiento del vicio; y la segunda cuando según la misma posición, ha tenido conocimiento de hechos tales que el recibo por él del instrumento equivalga a mala fe.

"Supóngase que el otorgante del instrumento ha manifestado al tomador que dicho instrumento fue otorgado sin consideración de valor y que no será hecho el pago de él al vencimiento; tal noticia de vicio en el instrumento es una noticia expresa y mal puede considerarse al tomador del mismo como un tenedor en debida forma.

"En el caso de la noticia implícita hay que tener en cuenta las circunstancias que rodearon las negociaciones del instrumento. A este respecto se acepta que, aunque es cierto que en relación con la cuestión que se estudia, la negligencia grave no constituye por sí sola mala fe, tal negligencia puede ser tan grave que alcance a originar que aquello sobre que recae se convierta en una noticia implícita del vicio del instrumento o del título de la persona que lo transmite. En efecto, una grave sospecha a estos respectos, combinada con una absoluta despreocupación en tratar de hacerla desaparecer, es decir, cerrando los ojos ante ella, puede llegar a constituir noticia implícita, por

tratarse de hechos tales que el recibo de instrumento por el tomador equivalga a mala fe; y por cuanto la debida investigación por parte del tomador acerca del punto sospechoso era para él un interés de terceros, como lo serían los de las personas que fueron luego obligadas, si se le considera como tenedor en debida forma, a pagarle el valor del instrumento, es decir, que la negligencia viene a constituírse en una especie de prueba de mala fe.

"Entre las circunstancias que posiblemente alcancen la categoría de noticia implícita del vicio, puede estar la de que el instrumento no se negocie con un gran descuento,siempre que tal circunstancia se halle rodeada de otra u otras circunstancias similares conduncentes a demostrar la mala fe del tomador del instrumento. El caso del endoso cualificado o "sin recurso" no es por sí solo una circunstancia que equivalga a noticia del vicio, pero si tal hecho aparece acompañado de otros que tiendan a demostrar la existencia del vicio, puede así darse por establecida la ntocia implícita teniendo en cuenta para ello aquella circunstancia. Si alguien recibe un pagaré, de una sociedad, de manos de uno de los empleados de ella, en pago de una deuda personal del empleado, tal circunstancia es suficiente para demostrar la mala fe del tomador; y, por tanto, la existencia de la noticia del vicio, y ya que en tal caso había motivado suficiente existencia de la noticia del

vicio, y ya que en tal caso había motivo suficiente para que el tomador debiera entrar a la correspondiente investigación de las correción en la entrega a él de ese instrumento. (véase Daniel and Douglass, op cit, pags 157, 158, 159 y 160).

En el código de comercio la cuestión del vicio del título o del vicio extracartular se miran separadamente las excepciones por causas relacionadas con el título, como la falta de firma, la incapacidad, la falta de presentación. la omisión de requisitos, alteraciones no negociabilidad, cancelación,etc. son siempre oponibles, y cuando se refieran a vicios del título no se requiere que sean conocidos a mala fe. En cuanto a las excepciones extracartulares, por falta de entrega o derivadas del negocio fundamental, no pueden alegarse contra el tenedor que no es parte en el negocio jurídico respectivo sino en cuanto haya mala fe o culpa grave que equivale a ella (Art.874).

Otro aspecto en la aplicación de la doctrina de la buena fe es la excusabilidad del error originado en ella. Focas frases tan clara como la del art. 786 del código civil: "Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe".

En cada caso, si un error es justo o injusto, en cuestión

de hecho, depende de las circunstancias y es materia de un juicio crítico sobre ellas. Pero la ley no puede ser casuista y ha de dejar al buen juicio ciertas aplicaciones. En Colombia, con el concepto de la buena fe como conciencia, como convicción, no será dificil juzgar si un error será justo o injusto, según sea motivado y de acuerdo con la presencia o no de culpa grave.

Aqui conviene recordar con relación a la prueba de la diligencia (que en el derecho civil toca al obligado a ella), que en nuestro derecho mercantil, por la presunción general de la buena fe, se presenta una inversión de la prueba y debe demostrar el que niega la buena fe de los hechos correspondientes y no corresponde demostrar la diligencia al que debió emplearla..

El error justo no destruye la buena fe, y ésta se presume en el tenedor. La aplicación de nuestras leyes da la conclusión que en otros países requiere caminos difíciles. Se trata de proteger siempre la posesión con la mera excepción de la mala fe. Aunque el título del tenedor con error justo sea falso. Siempre llegamos a las necesidades de la circulación, al poder de la incorporación, pero junto a ellas a su moderación por la equidad y la condenación de la mala fe.

En cuanto a nuestró código, al separarse del proyecto del

Intal y agregar en el art. 784(11 y 12) la sanción de mala fe por la posibilidad de las excepciones de falta de emisión y las extracartulares, siguiendo la orientación doctrinaria de Ascarelli, moderó el sistema alemán sin desarticularlo. Es un avance muy grande en la síntesis entre ese sistema y el anglosajón pues lleva a aceptar conclusiones de éste especialmente en cuanto a la equidad. Esperamos que el mismo proyecto uniforme, que no puede ser intocable, acepte enmiendas pausibles como ésta.

CAPITULO III

3. TITULOS NO REGLAMENTADOS

3.1. TITULOS TIPIFICADOS Y SIN REGLAMENTAR

En el título III, libro 3° del código de comercio se reglamentan especialmente la letra de cambio, el pagaré, el cheque, el bono, el certificado de depósito, el bono de prenda, la carta de porte, el conocimiento de embarque y la factura cambiaria (de compraventa o de transporte). Nos preguntamos si hay más o si puede haber más títulos valores, vale decir otros documentos a los que sean aplicables, las reglas de este título o bien si el sistema legal para amparar la circulación de la riqueza, en créditos o en otros derechos (de participación o de dominio) encuentra aplicación fuera de los documentos mencionados.

Nuestra respuesta es simplemente afirmativa. Los títulos que correspondan a la definición del artículo 619 del código de comercio, que se acomodan a las reglas establecidas de manera general por el código de comercio, que se

acomoden a las reglas establecidas de manera general por el código y no contravengan una disposición expresa del mismo, son títulosvalores sujetos a la legislación expeci al cambiaria contenida en el título III comentado y gozan de sus beneficios en bien de la circulación.

Unos títulosvalores no reglamentados en esta parte del código, son expresamente reconocidos como títulos negociables tales las acciones de las sociedades anónimas según el artóculo 375 del código. Otros que reúnan las condiciones también lo serán como trataremos de aclararlo.

3.2. REQUISITOS PARA TITULOS VALORES MENCIONADOS O NO POR LA LEY.

En cuanto a las acciones de las sociedades anónimas, dispone el artículo 375 del código:"El capital de la sociedad anónima se dividirá en acciones de igual valor que se representarán en títulos negociables". El art.377 agrega que: "Cada acción conferirá a su propietario los derechos que enumera", que son precisamente los corporativos o de participación que de acuerdo con la definición legal de los títulosvalores (art.619) pueden incorporarse en esta clase de instrumentos.

Esas menciones legales hacen evidente que las acciones son

títulosvalores según el código de comercio. E igualmente lo que son según la doctrina. Y en la actividad mercantil son quizás los principales títulos de circulación, los que más se negocian. También en otros países, como en México se reglamentan en la ley sobre sociedades y no en la especial sobre títulos de crédito, pero ningún autor les niega a las acciones de carácter de ser los principales títulos valores de inversión.

El art.375 habla de "titulos negociables" y no de títulos-valores, quizás con cierta falta de lógica con el léxico usado por los redactores en el título III, pero recordemos que títulos negociables y títulos valores son expresiones sinónimas en la doctrina, precisamente las propuestas por Ascarelli para sustituír a "títulos de crédito", ya que los hay negociables, de participación y representativo de mercanciás. Estas expresiones son más amplias que "instrumentos negociables", que son en Estados Unidos, sólo los de crédito, y que fueron los reglamentados por la ley 46 de 1923.

Vemos cómo el código amplió el ámbito de los títulos protegidos con la ley especial, en vista de su circulación, pasando de los de crédito a las tres especies, (crédito, corporativos y representativos de mercancías) con lo cual responde a la necesidad y a la realidad del país que ya tiene

un amplio mercado de valores y un moderado uso de los al - macenes de depósito, que requiere esta protección legisla tiva.

El profesor Emilio Robledo Uribe no tiene, como lo ha expresado en varias ocasiones, duda de que las acciones son títulosvalores. Extraña que haya juristas, aún miembros de la comisión redactora del código,que sostengan lo contrario hasta decir que "es una necedad" afirmar que las acciones son títulos valores, pero ello se explica por la fuerza conservadora que no puede comprender el avance de la legislación mercantil y se queda en afirmaciones de índole sentimental.

Para dar alguna razón a la negativa de considerar títulos valores a las acciones, el Dr. Posse en la conferencia citada antes mencionó que se había rechazado un artículo "del modelo" que admitía títulos de formas establecidas por la costumbre y que el artículo 621 exigia una alusión necesaria, "la mención del derecho que en el título se incorpora".

Por la alta autoridad del Dr. Posse y la admiración que le profesamos nos detenemos con respeto a examinar estos argumentos.

El art. 3° del proyecto de Intal, que debe ser el modelo al que se refiere, evidentemente fue deformado al redactar en vez de él el 621 del código. Pero ese artículo 3° dice que "además de lo dispuesto para cada títulovalor en particular, tanto los tipificados por la ley como los consagrados por los usos" deberán llenar los cinco requisitos que enumera y que después vamos a analizar, con relación a las acciones observamos que no están tipificadas en el título 3° del libro 3° sino en el artículo 375, correspondiente al título 4° del libro 2°, pero están tipificadas en el código, no son títulosvalores sólo por los usos sino por tipificación legal. Antes lo eran por los usos, como todos los títulos fueron negociables antes por costumbre que por ley, inclusive la letra, el primer títulovalor de la historia.

El argumento de que el títulovalor según el art. 621 debe contener una alusión o mención necesaria del derecho que en él se incorpora, viene de tomar el numeral primero del art. como si la mención fuese de una clase tipificadas de instrumento, como"letra", "pagaré", "factura cambiaria". Este no es el sentido, pero, aunque fuese,"acción" es una clase de instrumento tipificada en el lugar pertinente del código al tratar de las sociedades anónimas.

Nuestro concepto de que puede haber títulos valores diferentes de los tipificados por la ley, si la creación o las costumbre los acomoda a las formas legales, se funda especialmente en estos argumentos:

1. No están prohibidos por la ley

2. El art. 621, a pesar de haber suprimido su reconocimiento expreso del antecedente del Intal, admite documentos no tipificados.

Tanto el texto del artículo 621 del código como el tercero del proyecto del Intal pueden consultarse con este libro. Vamos a desmontarlos para ver sus coincidencias y sus diferencias.

a. Coincidencias. En ambos textos se establece:

1. Que además de lo dispuesto para cada títulovalor en particular, los títulos valores deberán llenar los requisitos de su texto.

2. Entre los requisitos: "El derecho que en el título se incorpore" (III en Intal y I en el código).

3. También entre los requisitos: "La firma de quien lo crea"

(V en Intal y 2 en el código).

4. Ambos dicen que: "la firma podrá sustituírse, bajo la responsabilidad de creador del título, por un signo o contraseña mecánicamente impuesto" (el código dice "que puede ser" mecánicamente impuesto, en lo que no vemos diferencia").

5. Con palabras muy semejantes establecen que si no se menciona el lugar de cumplimiento o ejercicio del derecho, lo será el domicilio del creador; que si tiene varios, podrá elegir el tenedor,y que también podrá elegir si el título señala varios lugares de cumplimiento.

b. Diferencias. Los textos difieren:

1. En que el código suprime en el primer inciso lo de que "tanto los tipificados por la ley como los consagrados por los usos".

2. En que el código suprime estos requisitos del proyecto del Intal: "I. el nombre del títulovalor que se trate", II. La fecha y lugar de su creación" y "III. El lugar y fecha del ejercicio de tal derecho".

3. En que en el código se agregan al final estas disposiciones: a. que cuando el título sea representativo de mercaderías también podrá ejercerse la acción derivada del mismo en el lugar en que éstas deban ser entregadas y b. Que si no menciona (sic) la fecha y el lugar de creación del título se tendrán como tales la fecha y el lugar de su entrega".

Observando así, comparados, los requisitos del código y los del proyecto del Intal, se concluye que son los mismos en el fondo, pero que las menciones expresas de nombre del títulovalor y de la fecha y lugar son tratadas por el código de comercio como innecesarias. La del nombre del título valor la suprime, y las de fecha y lugar las sustituye.por presunciones.

Pero ocurre que al mutilar el artículo del proyecto el primer requisito :"La mención del derecho que en el títulos se incorpora", no resulta claro. Para nosotros antes de conocer el proyecto del Intal era incomprensible. Pero leyendo el artículo que se reformó se puede creer que este requisito es el III del Intal: "El derecho que en el título se incorpora", y así lo damos en las coincidencias. Pero también podrá ser que sin claridad se hayan unido "el nombre del título valor de que se trate" (req. I del Intal) y el derecho incorporado. Aquí hay una falta de técnica y de

claridad, pero para obtener algo lógico podríamos aceptar que en el código, bajo el númerall, quedan fusionados los requisitos de "nombre del título y "derecho incorporado".

Si no se acepta interpretación no queda establecida la necesidad de decir en el documento el nombre del títulovalor. Esto no es grave y hay legislaciones que no lo exigen aunque la costumbre sí ha sido, desde la letra de cambio, el expresar en alguna forma el nombre del documento. Si se opta por creer en la omisión de la ley, la costumbre amparará la necesidad de la expresión, según el art. 3° del código. Naturalmente se habla del nombre como determinación clara, no de una palabra sacramental. Además en la reglamentación de los diferentes títulosvalores se exige aveces el nombre como requisito particular de cada uno (754-1 la palabra "bono", 759-1, la mención de ser certificado de depósito, 768,1, la mención de carta de porte o conocimiento de embarque, 774-1, la de factura cambiaria, 776-1, la misma, 401 en los títulos de acciones).

Este análisis de los requisitos que debe llenar el título lo hemos adelantado más que para establecer que las acciones de sociedades anónimas lo son, cosa dicha por la ley, para concluír que otros documentos no tipificados por la ley pueden ser títulosvalores.

Porque la supresión de la frase incidental del proyecto del Intal, "tanto los tipificados por la ley como los consagrados por los usos", se justifica porque lo relativo a las costumbres, a los usos, a la libertad contractual,son asuntos más generales que el Código trata en los puntos correspondientes. Repetir estas normas generales es casuismo que antes obscurece que aclarar. Pero un proyecto uniforme de ley cambiaria para más de viente países sí conviene que establezcan cosas como la posibilidad de títulos por costumbre, ya que si la ley mercantil de un país no reconoce el valor de la costumbre, o de la libertad de escoger formas contractuales no tipificadas, no resultaría una ley uniforme la del proyecto.

Pero nuestro código, ya desde el art.3º había dicho que la "costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar en que hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella. En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la genral del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior".

CAPITULO IV

4. EL PAGARE

4.1. GENERALIDADES

- ¿Que son títulos-valores?

Ante todo conviene no confundirlos con la noción de título ejecutivo, pero no todo título ejecutivo es título-valor.

Los títulos-valores están destinados a circular. Son documentos comerciales necesarios para legitimar el ejercicio de un derecho literal y autónomo a ello incorporado-

- La literalidad

El -erecho literal, o simplemente la literalidad, significa que el tenedor solo puede reclamar por la vía del proceso ejecutivo de- pago de lo que conste el título, aunque lo adeudado realmente sea superior.

- La autonomía

La autonomía implica que el tenedor puede ser completamente ajeno al negocio que originó la creación del título-valor (una compra venta, un préstamo de dinero, etc) y por lo mismo no deberá preocuparse por los vicios anteriores al momento en que recibió el título.

- Principal diferencia con otros documentos

El art. 619 de C. de Co. clasifica los títulos-valores en crediticios de participación o corporativos y de tradición o representativos de mercaderías. El pagaré es de contenido crediticio.

La sustancial diferencia con otros documentos que otorgan mérito ejecutivo radica en que una vez creado el título-valor, solamente mediante existencia material se puede hacer valer el derecho cambiario incorporado en él. Otra importante diferencia: el documento que no sea título-valor, así preste mérito ejecutivo, puede estar tan ligado a las partes y al negocio a que hace alusión, que no es posible transferencia sin transmitir también todas las defensas que el deudor pueda tener contra el acreedor original.

- Espacios en blanco

Como antentado contra la disciplina jurídica y causa potencial de la comisión de delitos contra la propiedad, es el

art'622 del C. de Co. Aquí se faculta al tenedor de un título-valor para que llene los espacios en blanco "conforme a las instrucciones del suscriptor".

4.2. EL PAGARE EN ESPECIAL

4.2.1. Definición

Según el profesor RAMIRO RENGIFO, el pagaré es"un título-valor que contiene una promesa que una persona (el promitente) le hace a otra (el beneficiario),de pagarle en un tiempo futuro determinado en forma incondicional, una determinada cantidad de dinero. La promesa puede ser hecha a persona determinada o al portador.

4.2.2. De sus requisitos en general

Existen requisitos facultativos y esenciales. La omisión de estos puede no afectar el negocio jurídico que originó el documento o acto pero sí la calidad del título-valor. Los facultativos son secundarios y por consiguiente no afectan el carácter del título-valor. Los arts. 621, 671, 709 y 711 del C. de Co, tratan sobre este asunto.

- Requisitos facultativos.

a. Lugar y fecha de creación

b. Lugar de cumplimiento

c. La forma de vencimiento

1. A la vista

2. A un día cierto determinado

3. A un día cierto no determinado

4. Con vencimientos ciertos sucesivos

5. A un día cierto después de la fecha

6. A un día cierto después de la vista

- Requisitos indispensables.

a. Mención del derecho que en el título se incorpora

b. Nombre y firma de quien lo crea

c. Promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero.

d. Nombre del beneficiario o indicación de ser pagadero al portador.