

características naturales, en beneficio de la humanidad. En este sentido, las limitaciones serán parte del derecho, estableciendo los requisitos formales (legales) para su imposición.

La propiedad por lo tanto, sí debe seguir su evolución y Costa Rica en nuestra opinión debe continuar en ese camino.

Por todo lo anterior, lo dicho en el presente ensayo puede servir como punto de partida a la urgente reforma no sólo del artículo cuarenta y cinco, sino de TODA la Constitución.

ALCANCES DE LA FRASE "NO SON APLICABLES A LOS PAGARES LAS DISPOSICIONES DE LAS LETRAS DE CAMBIO REFERENTES... A LAS EXIGENCIAS DEL PROTESTO" CONTENIDA EN EL PARRAFO FINAL DEL ARTICULO 802 DEL CODIGO DE COMERCIO

Prof. Dr. Gastón Certad M. (*)

- A) Concepto
 - B) Protestos tipificados en nuestro Código de Comercio a propósito de la letra de cambio
 - C) Protesto por falta de aceptación o aceptación parcial
 - D) Protesto por falta de fecha (sólo en las letras emitidas a plazo cierto desde la vista)
 - E) Protesto por falta de pago o pago parcial
- ### 3. DE LOS PROTESTOS Y EL PAGARE
- A) El principio general contenido en el párrafo 1º del artículo 802 de nuestro Código de Comercio y su relación con el párrafo final de este misma norma
 - B) El regate y el protesto por falta de aceptación o aceptación parcial facultativa
 - C) El pago a plazo cierto desde la vista

(*) Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y en el Collegium Academicum de la Universidad Autónoma de Centro América.

SUMARIO:

1. DEL PAGARE

- A) Concepto
- B) Elementos
- C) Diferencias con la letra de cambio

2. DEL PROTESTO

- A) Concepto
- B) Protestos tipificados en nuestro Código de Comercio a propósito de la letra de cambio:
 - i) Protesto por falta de aceptación o aceptación parcial;
 - ii) Protesto por falta de fecha (sólo en las letras emitidas a plazo cierto desde la vista); e
 - iii) Protesto por falta de pago o pago parcial.

3. DE LOS PROTESTOS Y EL PAGARE

- A) El principio general contenido en el párrafo 1o. del artículo 802 de nuestro Código de Comercio y su relación con el párrafo final de esa misma norma
- B) El pagaré y el protesto por falta de aceptación o aceptación parcial. Incompatibilidad
- C) El pagaré emitido a plazo cierto desde la vista y el protesto por falta de fecha. Compatibilidad.
- D) El pagaré y el protesto por falta de pago o pago parcial. Compatibilidad

- E) El párrafo final del artículo 802 del Código de Comercio. Alcances e interpretación

- i) Antecedentes históricos de la norma

- ii) Derecho comparado

- F) La presentación al Tribunal del testimonio del protesto por falta de pago y del protesto por falta de fecha (en los pagarés librados a plazo cierto desde la vista), es requisito sine qua non de la ejecutividad del pagaré, cuando la acción cobratoria se dirige contra los demás obligados al pago

- G) La cláusula de “devolución sin gastos” o “sin protesto” o cualquier otra equivalente escrita en el pagaré.

1. EL PAGARE

A) Concepto

Nuestro actual Código de Comercio define el pagaré como:

“...Un documento por el cual la persona que lo suscribe promete incondicionalmente pagar a otra una cierta cantidad de dinero dentro de un determinado plazo” (artículo 799).⁽¹⁾

El conocido comercialista argentino Carlos Malagarriga nos dice que “el pagaré a la orden, que los franceses llaman *billet a ordre*, los italianos *cambiale propria* o *vaglia cambiario* y los ingleses *promissory note*, es un título de crédito de la categoría de los abstractos, que contiene la promesa de pagar a una persona o a su orden, sin contraprestación, cierta cantidad de dinero, a un vencimiento en él fijado o a su presentación”.⁽²⁾

Para el tratadista colombiano Rodrigo Becerra Toro “el pagaré es un título-valor contentivo de una promesa incondicional de pagar una suma de dinero, emitida directamente por quien la acepta, en beneficio de otra persona, o a su orden, o del tenedor que lo exhiba, una vez se extinga el plazo convenido”.⁽³⁾

Para el comercialista francés Jean Guyenot “el pagaré es un título escrito por el cual una persona, denominada el suscriptor, se compromete pagar a otra, llamada beneficiario, cierta suma de dinero, en una fecha determinada”.⁽⁴⁾

(1) En este trabajo cuando se cite un artículo sin indicar el Código o ley de procedencia se entenderá que corresponde al Código de Comercio vigente.

(2) *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, II, Tipografía Editora Argentina, S.A., 3a. edición, Buenos Aires, 1963, p. 747.

(3) “*Teoría general de los títulos-valores*”, Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 122.

(4) “*Curso de Derecho Mercantil*”, II, Ediciones Jurídicas Europa América, 1a. edición, Buenos Aires, 1975, p. 103.

El connotado profesor italiano Federico Martorano, después de recalcar que el *Codice Civile* no define ni la letra de cambio ni el pagaré, pero que ello no obsta para reconstruir la estructura de tales títulos con fundamento en las normas que indican sus requisitos esenciales, define al pagaré como “una promesa, incondicional, dirigida de un sujeto a otro, de pagar una suma determinada”, afirmando más adelante que en el pagaré existe un verdadero empeño cartular.⁽⁵⁾

“La ley ...denomina “*vaglia cambiario*” a la cambial que contiene una *promesa de pago*, admitiendo que puede denominarse también “*pagheró cambiario*” o “*cambiale*”.”⁽⁶⁾

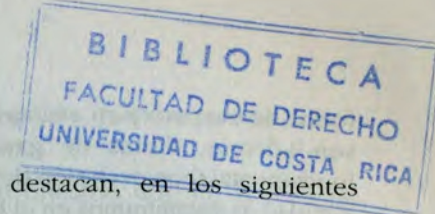
Para nuestros Tribunales de Alzada, el pagaré “...es un título de valor de contenido crediticio de dinero y por consiguiente un negocio jurídico unilateral y acto de comercio que documenta una sola declaración de contenido volitivo, vinculante, recepticia, dirigida a persona incierta en su creación y que como título valor es probatorio, constitutivo y dispositivo, que reúne los caracteres de literal, autónomo, abstracto, completo, y con poder de legitimación, en virtud del cual una parte, librador, girador o deudor se obliga por escrito, pura y simplemente, esto es, incondicionalmente, a pagar al primer tomador, o al portador o nuevo tenedor legitimado del título, una suma de dinero determinada, puesto que el derecho del acreedor queda también incorporado al título al igual que la obligación correlativa...”⁽⁷⁾

(5) “*Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari*”, Morano Editore, Napoli, 1979, pp. 257-258.

(6) PAVONE LA ROSA, Antonio. “*Cambiale; b) Diritto sostanziale*” en Enciclopedia del Diritto, V, Giuffrè Editore, Milano, 1959, p. 840.

(7) TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, sentencia No. 182 de las 10:15 hrs. del 30 de abril de 1991. Proceso ejecutivo de B.N. de C.R. contra C.N. de G.B., en Revista Judicial No. 61, Año XIX, San José, abril de 1995, p. 254, n. 273.

“La doctrina exige que la obligación que se incorpora en un pagaré, debe ser una promesa incondicional de pagar una suma determinada de



B. Elementos

De las anteriores nociones se destacan, en los siguientes elementos, propios del pagaré:

- a) Es un título-valor o, más exactamente, un título cambiario;
- b) Que contiene una promesa incondicional de pago;
- c) Que la prestación es en dinero;
- d) Que el suscriptor crea el título y se obliga directamente al momento mismo de la emisión;
- e) Que su beneficiario es nominado (a la orden); y
- f) Que la promesa es exigible a su vencimiento.

C) Diferencias con la letra de cambio

Nuestros autores Gómez y Gutiérrez afirman que “el pagaré y la letra son los documentos cambiarios por excelencia, afines en su naturaleza jurídica de títulos-valores a la orden, en su génesis, en su

dinero, en la época convenida y en el lugar que se indique, y nuestro Código de Comercio en su artículo 800 recoge ese concepto de la doctrina y entre los requisitos del pagaré esta blece que debe contener la promesa pura y simple de pagar una cantidad de dinero determinada, refiriéndose también a la incondicionalidad y al pago en dinero, el artículo 799 del mismo cuerpo de leyes”.

TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, sentencia No. 540 de las 8:50 hrs. del 4 de mayo de 1983. Ejecutivo de J.P.C. c/ S.S.A. y otro, en Revista Judicial No. 35, Año X, San José, diciembre 1985, p. 202, n. 848.

“Para que un documento tenga la naturaleza jurídica del pagaré necesariamente ha de contener una promesa pura y simple, incondicional, de pagar una cierta o determinada cantidad de dinero...”. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, sentencia No. 808 de las 14:30 hrs. del 11 de octubre de 1977. Ejecutivo de M.R.M. y otro c/ V.M.R.M. y otro, en Revista Judicial No. 11, Año III, San José, marzo 1979, p. 160, n. 2867.

forma de traspaso y en una casi homogénea regulación positiva. Ambos son además, títulos de garantía y en realidad el único aspecto fundamental (con exclusión de aquellos formales) que viene a alterar esa afinidad lo encontramos en el hecho de ser el primero, como su nombre lo indica, “una promesa de pago” y el segundo en ser “una orden de pago”. De este hecho, de esta distinta concepción de ambos títulos, derivan todas las diferencias que entre el pagaré y la letra de cambio tiene lugar”.⁽⁸⁾

La diferencia esencial entre ambos títulos cambiarios es, en efecto, la condición de *orden de pago* que contiene la letra frente a la condición de *promesa de pago* que incorpora el pagaré; de ella descienden, entre otras, la necesaria presencia de tres posiciones subjetivas distintas en la cambial (librador, librado y tomador) y de dos en el pagaré (librador y tomador).

Además, la promesa contenida en el pagaré tiene su “causa” en la relación jurídica en virtud de la cual el emisor suscribe el título y emite el documento a favor del tomador. La letra de cambio, que contiene una orden de pago, presupone, por el contrario, desde el momento mismo de su emisión, la existencia de dos relaciones subyacentes: la *relación de provisión*, o sea la relación de la que se deriva para el librador un crédito frente al librado y que por ello justifica, en las relaciones entre ellos, la orden de pago que con la emisión del título el primero dirige al segundo; y la *relación de valor*, o sea la relación en base a la cual el librador promete frente al tomador de pagar la suma indicada en el título.⁽⁹⁾

Sobre el particular la Sección Segunda de nuestro Tribunal Superior Contencioso Administrativo, ha dicho: “... Si bien existe similitud entre ambos al pagaré no son de aplicación algunas disposiciones especiales de la letra de cambio, por una serie de circunstancias, dentro de las que se pueden enumerar las siguientes:

- a) Las personas que intervienen en la letra de cambio se obligan en momentos diferentes, lo que no ocurre en el pagaré, en donde todos –deudores y fiadores– se obligan en forma simultánea;

(8) GOMEZ R., Carlos-GUTIERREZ C., Alfonso, “*El pagaré sujeto a tractos sucesivos y su nulidad en el derecho positivo costarricense*”, en Revista Judicial, número 46, junio de 1989, San José, p. 78.

(9) PAVONE LA ROSA, Antonio, *op. cit.*, en nota 6, p. 840(10) Sentencia No. 45 de las 10 hrs. del 28 de febrero de 1981. Ejecutivo de B.A.C. c/ I.R.S.A. y otra, en Revista Judicial No. 60, Año XIX, San José, octubre 1994, p. 287, n. 268.

- b) En el pagaré no existe la figura del girado, mientras que en la letra de cambio resulta indispensable;
- c) El pagaré no puede ser aceptado mientras que en la letra de cambio el girado puede pedir la aceptación en los casos preceptuados en la ley; y
- ch) En la letra de cambio se pueden hacer duplicados, lo que no puede hacerse en el título base de esta acción...”.⁽¹⁰⁾

2. DEL PROTESTO

A) Concepto

Determinar lo que es el protesto requiere de la emisión de un juicio valorativo de las normas que sobre el mismo, limitadamente a la letra de cambio, contempla nuestro Código de Comercio.

Los artículos 745, 750, 760, 776, 780, 781, 782, 783, 786, 791, 793 y 794 aluden al protesto (por falta de aceptación, por falta de fecha –en las letras a plazo cierto desde la vista o aquellas que deban presentarse para su aceptación en un plazo fijado por estipulación especial del librador o de algún endosante– y por falta de pago) como acta notarial; mientras los artículos 777, 778, 779 y 784 se refieren “al acta de protesto”, los tres primeros, y al “documento del protesto”, el último. Se aprecia entonces que no contiene nuestro Código –y nos parece correcto que así sea– un concepto de protesto.

Lo cierto es que la palabra “protestar” deriva del término latino *protestari*, declarar el ánimo que uno tiene en orden a ejecutar una cosa.⁽¹¹⁾ No nos parece que el protesto, tal y como está configurado en nuestros días, responda a una aplicación literal del significado de la voz latina, ni tampoco al que le da el Diccionario de la Real Academia, aunque esta última, al definir el término “protesto” lo califica, en su primera acepción, como una “diligencia”, lo que sí se acerca más a la verdadera naturaleza de este instituto, y en su segunda acepción, como el “testimonio por escrito de ese mismo requerimiento”.

(10) Sentencia No. 45 de las 10 hrs. del 28 de febrero de 1981. Ejecutivo de B.A.C. c/ I.R.S.A. y otra, en Revista Judicial No. 60, Año XIX, San José, octubre 1994, p. 287, n. 268.

(11) “*Diccionario de la Lengua Española*”, II, Real Academia Española, 20a. edición, Madrid, 1984.

Ahora bien; la doctrina cartular mayoritaria define al protesto, en general, como el acto auténtico (en cuanto efectuado, generalmente, por un funcionario público) y formal o solemne mediante el cual se hace constar un hecho de importancia (presentación para la aceptación y declaratoria de no aceptación total o parcial de la orden por parte del librado o fijación de la fecha de presentación de una letra con vencimiento a plazo cierto desde la vista o sometida por estipulación del librador o de algún endosante a un plazo para su aceptación; presentación para el pago y declaratoria de no pago total o parcial del título por parte del obligado) en relación con el título cambiario. Como común denominador de todos esos conceptos doctrinales encontramos que se dirigen fundamentalmente al acto del protesto realizado, normalmente –aunque no exclusivamente– por un Notario Público, olvidando lo que el protesto significa para el interesado.

Nos parece entonces que debe definirse el protesto como el conjunto de diligencias realizadas por el tenedor de una letra de cambio y por un Notario Público, o a falta de éste, por una autoridad administrativa o dos personas del lugar –debiendo en estos dos últimos casos protocolizarse el acta ante un Notario dentro de los ocho días naturales siguientes– para que quede constancia auténtica de que la letra no ha sido aceptada, total o parcialmente, o siendo emitida a plazo cierto desde la vista, quede especificada la fecha de la aceptación, o de que no ha sido pagada, total o parcialmente, con la finalidad, bien de conservar las acciones de regreso y las garantías de los demás signatarios del título (en los protestos por falta de aceptación y por falta de pago), bien para determinar el momento de vencimiento de la obligación cartular (en el protesto por falta de fecha).

Así las cosas, para el portador de la letra protestarla será, entonces, conseguir que se haga constar fehacientemente, en las formas y dentro de los plazos exigidos por la ley, la negativa (total o parcial) de la aceptación por parte del librado o la fecha de presentación o de aceptación en un letra emitida a plazo cierto desde la vista o la negativa (total o parcial) de pago de la obligación cambiaria. Por el contrario, para el Notario Público, o quien o quienes hagan sus veces, protestar una letra será levantar el acta respectiva con los requisitos y en los términos legalmente establecidos.⁽¹²⁾

(12) En el mismo sentido del texto véase CASTRO, B.R., "Ley de cambio de Costa Rica", tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1956, pp. 81-82; y ESPINOZA B., Ana Lucía, "El protesto de la letra de cambio", tesis para optar al grado de licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, San Pedro, 1988, pp. 325-327.

Lo anterior es conteste con nuestra legislación, pues la norma que regula la cláusula de devolución sin gastos o sin protesto, como se verá más adelante, afirma que mediante ella se dispensa "al tenedor de hacer que se levante protesto por falta de aceptación o por falta de pago para poder ejercer sus acciones" (artículo 786).

B) Protestos tipificados en nuestro Código de Comercio a propósito de la letra de cambio

La abogada Espinoza Blanco afirma que "...dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen tres tipos de protestos: por falta de aceptación o aceptación parcial (art. 766 inc. a) y 776, párrafo 1, C. Com.); por falta de pago o pago parcial (art. 766, párrafo 1 e incs. b) y c) y 776, párrafo 1, C. Com.); y por falta de fecha de la aceptación (art. 750, párrafo 2, C. Com.).

El primero y el tercero se puede realizar antes del vencimiento y el segundo, antes o al vencimiento, según el caso. Asimismo, los dos primeros serían los ordinarios y el tercero, extraordinario".⁽¹³⁾

i. Protesto por falta de aceptación o aceptación parcial

Como la letra de cambio es un título cambiario que incorpora la orden, pura y simple, que el librador dirige al librado, para que éste pague al tomador una determinada cantidad de dinero, resulta siempre beneficioso, y en algunos casos indispensable, que el tenedor de la letra se la presente al librado para que éste manifieste si acepta o no la orden que le gira el librador. Las razones por las cuales el librador gira la orden de pago al librado son totalmente irrelevantes y pueden ser de la más variada naturaleza –desde una relación comercial u obligatoria entre ellos hasta la simple amistad–. La abstracción que caracteriza a este documento hace que esa causa sea totalmente intrascendente.

Negándose a aceptar la orden de pago, total o parcialmente, el librado no incurre en ningún tipo de responsabilidad frente al tenedor del título, pero este último tiene acción de regreso contra el librador, pues

(13) *Op. cit.* en nota anterior, pp. 331-332; en el mismo sentido véase LACHNER G., Ronald, "El protesto en el pagaré", tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San Pedro de Montes de Oca, 1996, pp. 104-113.

su responsabilidad es garantizar la aceptación y el pago de la letra por parte del librado.⁽¹⁴⁾

En todo lo concerniente a la presentación de la letra para que sea aceptada y a la aceptación misma nos permitimos remitir al paciente lector a nuestro trabajo publicado en el número 8 de la Revista Judicial.⁽¹⁵⁾

Es necesario aclarar que de esta materia se exceptúan las letras libradas a la vista, porque ellas vencen con la presentación misma (artículo 759, párrafo 1o.), presentación que entonces se hace con el objeto de requerir el pago de la cambial.

La falta de aceptación (que no solo comprende la negativa total de aceptar, sino la aceptación parcial, pues en este caso faltaría aceptación respecto a una porción de la suma cambiaria) le da derecho al tenedor a ejercer acción de regreso contra los obligados cambiarios que le garantizaron la aceptación (artículo 766, inciso a), produciendo un debilitamiento del crédito cartular, ya que el designado para cumplir la obligación no ha querido comprometerse a ello.

La negativa de aceptación, total o parcial, deberá hacerse constar por acta notarial (protesto por falta de aceptación) (artículo 776). El protesto consiste en prueba pública de que el tenedor cumplió con su obligación de presentar la letra para su aceptación y que la misma fue denegada, total o parcialmente por el librado. "Este protesto revierte la obligación de pago sobre el librador de la letra y sobre los endosantes de la misma, así como sobre un eventual avalista. El protesto por falta de aceptación es muy importante para que el tenedor tenga acción de regreso contra el librador y demás firmantes de la letra que han garantizado dicha aceptación".⁽¹⁶⁾ El levantamiento del protesto por falta de aceptación no releva al tenedor de la letra de su presentación al pago y, eventualmente, del levantamiento del protesto por falta de pago (artículo 776, párrafo 50).

Tenemos entonces que el protesto por falta de aceptación es fundamento para la acción ejecutiva de regreso que tiene su tenedor contra todos los obligados en la letra de cambio. La falta de protesto por no aceptación total o parcial, perjudica la letra sólo en lo relativo al librador, sus garantes y endosantes, pues su tenedor todavía puede

esperar el vencimiento del título, con la fe de que el librado pague espontáneamente, en cuyo caso, al mismo tiempo en que se cumple con la obligación cartular habría una aceptación implícita de la orden.⁽¹⁷⁾

ii. Protesto por falta de fecha en las letras emitidas a plazo cierto desde la vista

Estatuye el párrafo segundo del artículo 750 que:

"Cuando la letra sea pagadera a plazo cierto desde la vista, o cuando deba presentarse para su aceptación en un plazo fijado por estipulación especial, la aceptación deberá llevar la fecha del día en que se haya dado, salvo que el portador exija que se ponga la fecha en que fue presentada. A falta de fecha, el portador, para conservar sus derechos recurrir contra los endosantes y contra el librador, hará constar la omisión mediante un protesto, levantado en tiempo hábil".⁽¹⁸⁾

Las letras a las que se refiere esta norma –letras en que la presentación para su aceptación es obligatoria, según se enseña– vencerán, o serán exigibles, dentro de ciertos días, semanas, meses o años –según se haya estipulado– contados a partir de la fecha en que el documento se le presenta al librado para su aceptación (es decir, en el término de un año a partir de su fecha, artículo 748). Nótese que en estas letras, si no consta la fecha en que se presentaron para su aceptación o la fecha en que la aceptación efectivamente se dio, es imposible saber cuándo vencen; también es imposible saber si el título fue presentado para su aceptación en tiempo hábil.

Se trata éste, sin duda, de un requisito de ejecutividad de la letra de cambio, pues sirve para determinar la exigibilidad de la obligación cartular en él incorporada. En caso de no pago al vencimiento, para plantear la acción ejecutiva contra el deudor principal y los garantes, este protesto debe acompañar a la letra como prueba de la exigibilidad de la obligación cartular.⁽¹⁹⁾

(14) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota anterior, p. 105.

(15) "La aceptación de la letra de cambio", San José, junio de 1978, pp. 69 ss.

(16) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, p. 106.

(17) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, p. 107.

(18) Para nosotros "levantado en tiempo hábil" se refiere al mismo plazo dado para levantar el protesto por falta de aceptación.

(19) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, p. 119.

En nuestro Código de Comercio de 1853, la situación se resolvía, sin que fuera necesario acudir al levantamiento de un protesto, de la siguiente manera:

“Artículo 404.-Si la letra estuviere girada a uno o muchos días o meses vista, pondrá el aceptante la fecha de la aceptación; y si rehusare hacerlo, correrá el plazo desde el día en que el tenedor pudo presentar la letra sin atraso de correo. Si bajo este concepto se computare vencida la letra, es cobrable el día después de la presentación”.

En forma similar resolvía el problema nuestra Ley de Cambio de 1902:

“Artículo 77.- La aceptación debe fecharse cuando el plazo haya de contarse desde la aceptación. Si el aceptante omitiere consignar la fecha, cualquier tenedor de la letra puede poner la fecha verdadera de la aceptación; y caso de que por error u otra causa se pusiere una fecha inexacta, ello no perjudica al portador de buena fe”.

De lo dicho se colige que antes de 1964, nuestra legislación cambiaría no contemplaba el protesto por falta de fecha en las letras libradas a plazo cierto desde la vista.

iii. Protesto por falta de pago o pago parcial

La letra de cambio, por ser un título de presentación, se libra para ser pagada a quien resulte ser su acreedor el día de su vencimiento; no tiene el deudor, entonces, al producirse la exhibibilidad de la obligación, que buscar a un acreedor probable y generalmente desconocido; es su tenedor quien tiene la obligación de presentar el título al deudor, requiriéndole su cancelación (artículo 762, párrafo 1º).

En este título cambiario pueden existir varias personas que garantizan su pago (el librador, el avalista, el fiador y el endosante); todos ellos responden, *in solidum*, en última instancia, del no pago de la letra; sin embargo, para que se vean obligados a responder, debe primero producirse una negativa de pago por parte del librado.

En las letras a la vista, la presentación de la letra para su pago debe efectuarse en el plazo fijado legalmente, en el diferente fijado por su librador o en el menor fijado por algún endosante (artículo 759, párrafos 1º y 2º; las letras emitidas con las restantes formas de vencimientos

legalmente admitidas, deben presentarse para su pago el día fijado, es decir, el día de vencimiento (artículo 762, párrafo 1º) o al día siguiente, si éste no fuere hábil (artículo 797, párrafo 1º), o bien dentro del plazo legalmente fijado para levantar el protesto por falta de pago (dentro de los ocho días siguientes al de su vencimiento, artículo 776, párrafo 4º); en este último caso, el tenedor deberá responder ante el deudor por los daños y perjuicios causados con su incumplimiento (artículo 762, párrafo 2º, norma que tutela el interés del deudor de pagar el día fijado). Claro que el portador del título y el deudor cartular pueden pactar una prórroga para el pago, o acordar una renovación de la letra, acuerdos que surtirán efectos sólo entre ellos, sin afectar o favorecer a los demás signatarios del título.⁽²⁰⁾

La presentación para el pago de la letra de cambio debe hacerla su tenedor en el domicilio del deudor, pues éste ignora quién vaya a ser, al momento del vencimiento, su acreedor; por ello es requisito formal de la letra la indicación del lugar de pago (artículo 727, inciso e), que de no hacerse será el lugar que aparezca junto al nombre del librado (artículo 728, párrafo 3º). Sin embargo, la letra de cambio puede ser pagadera en el domicilio de un tercero, coincida o no éste con el del librado (artículo 730, párrafo 1º, la denominada “letra domiciliada”), caso en el cual allí presentará la letra el tenedor.

La presentación para el pago debe hacerse mediante la exhibición material del título (artículos 672 y 762) por el sujeto legitimado activamente (portador legítimo del documento, esto es, la persona a cuya orden el título se emitió o que lo posea como consecuencia de una serie ininterrumpida de endosos traslativos de dominio) a exigir el pago del sujeto legitimado pasivamente (el librado o el domiciliado, si se trata de una letra domiciliada).

La falta de presentación de la letra de cambio para su pago, los términos ahora indicados, tiene nefastas consecuencias para portador de la letra en lo tocante a la acción de regreso, lo que la configura como una verdadera carga (salvo en los taxativos casos en que la ley la dispensa, elencados en el artículo 776 *in fine*).

Sobre el particular, nuestra distinguida colega Espinoza Blanco dice en su tesis: “En línea de principio puede asegurarse entonces que la falta de presentación de la letra en los plazos respectivos hace que se extinga el crédito contra los obligados de regreso, o sea, decae la acción de regreso salvo al librador que no puede haber hecho provisión.

(20) ESPINOZA B., Ana Lucía, *op. cit.* en nota 12, p. 182.

Recordemos aquí que en las letras que contengan la cláusula sin protesto no se exonera al portador de la presentación dentro de los plazos correspondientes (art. 786, párrafo 2, C. Com.), y por ello en las letras que contengan la cláusula "sin protesto" o "sin gastos" la falta de presentación al pago origina la decadencia de la acción de regreso frente al librador que pruebe haber hecho provisión de fondos, endosantes y las demás personas obligadas, y se excluyen además aquellas obligadas en vía directa (art. 793, párrafo 1 y 757, párrafo 1, C. Com.)

En las que *no contengan la cláusula "sin protesto"*, la presentación sigue siendo necesaria y dentro del plazo dicho (...), pero en ellas es más bien la falta de pago la que origina la decadencia de la acción de regreso según se especifica en el art. 793, párrafo 1, C. Com.; aunque es obvio que sin presentación no puede haber un protesto válidamente levantado.

Ahora bien, la posición del portador frente al aceptante no se ve perjudicada por la falta de presentación al pago, pues conserva frente a él y su avalista la correspondiente acción directa (art. 753, párrafo 2 y 757, párrafo 1, C. Com.)⁽²¹⁾

La negativa de pago debe hacerse constar por acta notarial (protesto por falta de pago (art. 776, párrafo 1º).

Este protesto no es un acto de intimación para constituir en mora al deudor, no es un requerimiento formal de pago; tiene efectos probatorios, demostrativos de que el tenedor fue diligente, que no omitió el cobro de la obligación cambiaria y de que, al hacerlo, se topó con una negativa por parte del deudor.⁽²²⁾ Con esta prueba en su poder, el tenedor podrá, sin más trámite, dirigir sus acciones cobratorias cambiarias contra los garantes solidarios de la obligación, quienes se verán compelidos a saldar el débito con la prueba del no pago del deudor principal.

Si la letra de cambio fuere emitida a la vista, el protesto deberá extenderse dentro del mismo plazo en que una letra de este tipo debe presentarse para su pago, es decir, un año a partir de su fecha (artículo 776, párrafo 4º).

En lo tocante a las letras con las restantes formas de vencimiento legal y taxativamente admitidas, el protesto deberá hacerse dentro de los ocho días siguientes a aquel en que la letra sea pagadera (artículo 776, párrafo 4º). "La razón por la cual pese a poderse requerir el pago no

(21) *Op. cit.* en nota 12, pp. 191-192.

(22) GUYENOT, Jean, *op. cit.* en nota 4, p. 70.

puede levantarse protesto el día del vencimiento (art. 762 párrafo 1 y 776 párrafo 4 C. Com.) la encontramos en el principio general de la "*favor debitoris*", ya que teniendo estas letras (a fecha fija, a plazo cierto desde la fecha o desde la vista) un vencimiento predeterminado, se ha preferido dejar todo el día disponible al deudor cartular para que cancele, pues se supone que él se preparará para pagar a lo largo del mismo o bien para procurarse los medios necesarios a tal fin; todo esto antes de "golpearlo" con un protesto.⁽²³⁾ Estos plazos de presentación son de *caducidad*, pues la contravención a los mismos implicará la *preclusión de la acción* contra los garantes de la obligación cartular para siempre.

Las diligencias de protesto por falta de pago deben practicarse "en el domicilio designado en la letra; en su defecto, en el que tenga actualmente el pagador, y a falta de ambos, en el último que se le hubiere conocido" (artículo 777, inciso c). Entre los requisitos formales de la letra aparece, bajo el inciso e) del artículo 727, la "indicación del lugar en que se ha de hacer el pago"; ahora bien, si éste se omitiese, "el lugar designado junto al nombre del librado se considerará domicilio de éste y *como lugar del pago*" (artículo 728, párrafo 3º); pero si junto al nombre del librado no hay ningún lugar designado "el documento no valdrá como letra de cambio" (artículo 728, párrafo 1º).⁽²⁴⁾ Parece así existir abierta contraposición entre ambas normas; ante esto, ¿cómo ha de interpretarse lo dicho en el inciso 3) del artículo 777? ¿Qué debe entenderse por las frases "en su defecto" y "a falta de ambos" contenidas en esta última norma? Consideramos que, *prima facie*, el protesto debe hacerse en el lugar indicado en la letra o bien, de no haber indicación, en el lugar designado junto al nombre del librado, pero si ese no fuere ya el domicilio del pagador, se deberá levantar entonces en su domicilio actual y, a falta de éste, en el último que se le hubiere conocido.

El protesto por falta de pago debe levantarse contra todos aquellos que hayan recibido la orden de pago, salvo en las letras no aceptables o en las que se hubiere producido ya una aceptación por intervención (el librado, aceptante o no y el domiciliado, en el caso de las cambiales domiciliadas) y contra quienes, no habiéndola recibido, hayan de hecho

(23) ESPINOZA B., Ana Lucía, *op. cit.* en nota 12, p. 355.

(24) Así lo ha establecido, pero a propósito de la falta de indicación del lugar de emisión sin que exista un lugar junto al nomador, la jurisprudencia del Tribunal Superior Primero Civil en sentencia No. 968 de las 8:15 hrs. del 14 de junio de 1988, en Revista Judicial No. 54, Año XVI, San José, junio 1991, p. 232, n. 367.

asumido la obligación (el aceptante por intervención y el designado a intervenir en caso de necesidad). Son estos los legitimados pasivos.

Si alguno de esos sujetos no se encontrare en el lugar en que debe levantarse el protesto, las diligencias se entenderán con sus mandatarios o dependientes. Si tampoco estos estuvieren, el protesto deberá efectuarse con cualquier persona que allí se hallare. Si no se encontrare nadie, se hará constar así en el acta, bajo la responsabilidad del Notario, y se tendrá por válido y formalizado el protesto (artículo 777, inciso b).

El requirente es aquel sujeto por cuya cuenta se realiza el protesto, esto es, quien directamente, o al través de su representante o mandatario con poder suficiente, dirige el encargo al oficial público, esto es, el portador legítimo de la letra, el cesionario y el adquirente *mortis causa* del título. También pueden ser requirentes los endosatarios en virtud de endosos no traslativos de dominio (para el cobro, en comisión de cobro, para el cobro judicial y en garantía o en prenda), pues por expresa disposición legal están autorizados "...para llevar a cabo todas las diligencias necesarias para conservar los derechos inherentes al título..." (artículo 701), lo que incluye el encargo de realizar el protesto; y el gestor de negocios.⁽²⁵⁾ Son estos los legitimados activos.

El efecto más importante del protesto por falta de pago es que por su medio se hace constar de manera indubitable, no sólo el cumplimiento de la carga que representa, para efectos del derecho de regreso, la presentación de la letra para requerir el pago, sino también la negativa, total o parcial, al requerimiento hecho, con lo que se evita la caducidad cambiaria. Además, mediante el acta de protesto, se genera la prueba de la efectiva existencia de la letra en la fecha en que la misma se levantó, así como su contenido y descripción; sirve también de punto de partida desde el cual se computa el plazo para enviar el aviso de la falta de pago (artículo 785, párrafo 1º). Aun en los casos en que el protesto sea tardío, y no tenga ya la posibilidad que caduque el derecho de regreso, puede servir, dado el requerimiento que involucra y la exigencia de hacer constar la negativa o la falta de respuesta recibida (artículo 778), como plena prueba de la falta de pago para efectos, por ejemplo, de la acción causal (artículo 683). Además, en las letras emitidas a la vista (artículo

759, párrafo 1º), y en los casos de regreso anticipado por falta de pago en que sean necesarias la presentación y el protesto (artículos 766, incisos b y c y 776, párrafos 6º y 7º), el protesto por falta de pago tiene el efecto de determinar con autenticidad el momento final de su vencimiento.

Otro efecto del protesto por falta de pago es que fija el momento desde el cual la transmisión de la letra por endoso produce los efectos de una cesión ordinaria (artículo 745, párrafo 1º).

El protesto por falta de pago tiene además la virtud de interrumpir la prescripción de la acción directa (artículo 796).

Desde el punto de vista procesal nos encontramos con que el protesto por falta de pago, juntamente con la letra, formarán el título ejecutivo contra cualquiera de los obligados en ella; salvo cuando la ejecución se dirija contra el aceptante en que no será necesario presentar el protesto (artículo 783).

En nuestra legislación tenemos dos casos de dispensa *ex-legè* de la carga de presentar la letra para su pago y de tener que levantar protesto por falta de pago total o parcial: la fuerza mayor (artículo 794) y la quiebra declarada, suspensión de pagos o concurso civil de acreedores del librado, aceptante o no, y la quiebra declarada del librador de una letra no sometida a aceptación (artículo 776), pues cuando eso sucede, por efectos legales, todas las deudas de la persona se consideran vencidas (artículos 885 y 917, este último del Código Civil).

Existe en nuestro Código, además, un caso de dispensa unilateral de levantar protesto por falta de pago, que se presenta cuando, por disposición escrita en la letra, o en documento unido materialmente a ella, el librador, el endosante o un avalista incluyen la denominada cláusula de "devolución sin gastos", "sin protesto" o cualquier otra indicación equivalente, que releva al tenedor del título de la obligación de tener que levantar protesto por falta de pago total o parcial del mismo (artículo 786), esto con el afán de reducir gastos o evitar el descrédito que surge del protesto o bien de allanar el camino de regreso.

Habida cuenta de estas hipótesis de dispensa, frente a lo establecido en el artículo 783, cabe preguntarse si en esos casos la letra de cambio pierde su condición de título ejecutivo. La respuesta negativa nos parece la más correcta, porque sería ilógico que por un lado se permitieran las dispensas de levantar protesto y por el otro se le negara la fuerza ejecutiva al título.

Si el protesto por falta de pago no se levanta, se producen los mismos efectos de la falta de protesto por no aceptación de la cambial.

"Entre el protesto por falta de pago y el protesto por falta de aceptación existen *diferencias prácticas* muy importantes. La falta de protesto por falta de aceptación, *no perjudica* el derecho del tenedor, ya

(25) Esta hipótesis fue admitida por la jurisprudencia italiana en Appello Firenze del 12 de diciembre de 1959, citada por MARTORANO, Federico, *op. cit.* en nota 5, p. 284, solución que nos parece justa y arreglada a derecho si consideramos que la gestión de negocios está prevista precisamente para que los derechos de una persona no se vean perjudicados por falta de un representante.

que, aunque no tiene acción de regreso inmediata por falta de aceptación, aún puede esperar el vencimiento de la letra con la esperanza de que, siendo exigible, el librado pague, y en caso de que ello no suceda, puede todavía levantar el protesto por falta de pago y tener derecho a accionar contra los garantes.

El caso del protesto por falta de pago es diferente. El mismo artículo 776 estipula que el protesto por falta de aceptación no exime al tenedor del deber de presentar el título para su pago ni de la obligación de levantar el protesto en caso de negativa por parte del deudor. El deber de protestar por falta de pago se mantiene *siempre* y como se ha visto, es *condición necesaria para el ejercicio de las acciones* por parte del tenedor del título impagado. La omisión del protesto *acarrea el perjuicio del derecho del poseedor del título de ser pagado por los garantes del mismo*.⁽²⁶⁾ Es decir que sin protesto por falta de pago, o realizado fuera de los plazos legalmente establecidos, *perece por caducidad* el derecho del tenedor de accionar contra los garantes de la letra.

3. DE LOS PROTESTOS Y EL PAGARE

A) El principio general contenido en el párrafo final del artículo 802 de nuestro Código de Comercio y su relación con el párrafo final de esa misma norma

Utilizando una técnica legislativa muy generalizada en esta materia, nuestro Código de Comercio establece que se le aplicarán al pagaré todas las disposiciones relativas a la letra de cambio, *mientras ello no sea incompatible con su naturaleza* (artículo 802, párrafo 1º).⁽²⁷⁾

(26) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, pp. 111 y 112.

(27) Doctrinariamente se dice del pagaré que es un título estrechamente emparentado con la letra de cambio, cuyas características salientes jurídicas y económicas reúne; por tal motivo al pagaré se le aplican la mayor parte de los principios doctrinales que regulan las letras de cambio, salvo por supuesto, aquellos que sean absolutamente incompatibles con su misma naturaleza...". TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, sentencia No. 263 de las 9:40 hrs. del 2 de mayo de 1977. Ejecutivo de E.F.S.A. c/ B.R.G.G. y otros, en Revista Judicial No. 9, año III, San José, setiembre de 1978, pp. 194-195, n. 862.

1) Frente a esta disposición se debe entonces analizar cuáles normas e institutos de la letra de cambio no le son aplicables al pagaré por impedirlo su distinta naturaleza jurídica. Ya vimos líneas atrás que mientras la letra de cambio incorpora una orden incondicional de pago, el pagaré incorpora una promesa de pago; en ello descansa, precisa y primordialmente, la distinta naturaleza jurídica de ambos títulos cambiarios. Así las cosas, no serían aplicables al pagaré debido a su distinta naturaleza jurídica (de promesa y no de orden) todas aquellas normas de la letra de cambio que vayan destinadas a regular la relación librador-librado, sujeto o posición subjetiva esta última que no existe en el pagaré, precisamente por consistir en una promesa.

Concomitante e innecesariamente, el párrafo final del artículo 802 establece que "no son aplicables a los pagarés las disposiciones de las letras de cambio referentes a la presentación, para que sean aceptadas, a la aceptación, a la aceptación por intervención y a las exigencias del protesto".

¿Qué quiere decir esta última norma con "las exigencias del protesto"? ¿Será que no se aplica al pagaré el protesto, como institución cambiaria en general, es decir, ninguno de "los tres protestos" contemplados dentro de la letra de cambio? ¿O será más bien que no se aplican el pagaré el o los protestos de letras de cambio que sean incompatibles con su distinta naturaleza jurídica? A nosotros nos parece más bien, y acto seguido pasaremos a demostrarlo, esto último -pues ese es el condicionamiento general de todo el artículo 802.

B) El pagaré y el protesto por falta de aceptación o aceptación parcial Incompatibilidad

"El suscriptor del pagaré -nos dice Ripert- es al mismo tiempo librador y girado, por lo que deben suprimirse en la teoría del pagaré todas las cuestiones que se refieren a las relaciones entre el librador y el girado".⁽²⁸⁾ Por su parte, Messineo afirma que "...puede decirse que resultan inaplicables como absolutamente incompatibles con la naturaleza del pagaré...; casi todas las concernientes a la aceptación

(28) "Tratado Elemental de Derecho Comercial", 1a. edición, Tipografía Editora Argentina, S.A., Buenos Aires, 1954, p. 253.

ordinaria... por cuanto en él no funciona el instituto de la aceptación".⁽²⁹⁾ Por su parte, el jurista colombiano Becerra Toro afirma: "En cuanto toca a la presentación para la aceptación, a este documento no le son aplicables las reglas de la letra de cambio porque el creador del pagaré se obliga directamente a firmarlo, no así el librador de la letra que expide una orden que debe ser presentada a otro (librado) para que la acepte o la rechace...".⁽³⁰⁾

Y es lógico que en el pagaré no exista aceptación, ya que éste es una simple promesa de pago que hace el emisor al tomador. No existe, en el pagaré, ese juego de regresos, propio de la letra, donde el tenedor de la misma debe presentarse ante el librado para solicitar la "aceptación" de la orden de pago emitida por el librador. Como de todos es sabido, la aceptación constituye al librado de la letra de cambio en deudor principal de la obligación cambiaria, y por medio de ella se obliga, frente al tenedor, al pago del título. En el pagaré, el emisor se está obligando frente a su tenedor desde que suscribe la promesa de pago en que este título consiste: absurdo sería pretender que el tenedor tuviera, en acto posterior, que presentar el pagaré al librador solicitándole la aceptación de lo que ya, de por sí, prometió pagar.⁽³¹⁾

Si en el pagaré no hay aceptación porque es promesa y no orden de pago, entonces, por resultar incompatibles con su distinta naturaleza jurídica, no se le aplican a este título las normas de las letras de cambio relativas a la presentación para que sean aceptadas y de la aceptación.

Y si al pagaré no se le aplican las normas de la aceptación de la letra de cambio; si en el pagaré no hay aceptación porque no hay librado, porque no hay destinatario de una orden de pago que no existe, *ergo*, tampoco se le aplican las normas que regulan el protesto por falta de aceptación, pues no puede protestarse lo que no existe. Es ésta una verdad de perogrullo.

En síntesis; el protesto por falta de aceptación contemplado por nuestro Código de Comercio respecto a la letra de cambio NO se aplica al pagaré por ser incompatible con la naturaleza de este título.

(29) Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1955, p. 385.

(30) *Op. cit.* en nota 3, p. 125.

(31) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, pp. 115 y 116, quien a su vez en nota 2 cita a GUYENOT, Jean, *op. cit.* en nota 4, p. 107.

C) El pagaré emitido a plazo cierto desde la vista y el protesto por falta de fecha. Compatibilidad

Al pagaré se aplican, entre otras, las normas de las letras de cambio referentes al vencimiento, con la salvedad o excepción de que el pagaré puede ser emitido válidamente a tractos (artículo 802, inciso b).⁽³²⁾ Ello quiere decir que el pagaré puede emitirse a la vista, a plazo cierto desde la vista, a plazo cierto desde su fecha y a fecha fija (artículo 758).

Ahora bien; cuando una letra de cambio ha sido emitida a plazo cierto desde la vista, su tenedor debe presentarla al librado *para su aceptación* en el término de un año a partir de su fecha, o en el término fijado por el librador o en el menor fijado por el endosante (artículo 748). Si aplicamos esta norma al pagaré, que no tiene aceptación, el término del año —o el fijado por el librador o el menor fijado por el endosante— *para su visa*, esto es, para que comience a correr el plazo *desde la vista* que se ha establecido para determinar el vencimiento de la obligación cambiaria. Tenemos entonces que esta norma, no obstante encontrarse dentro de las disposiciones de la aceptación de letras de cambio, no es incompatible con la naturaleza del pagaré con esa forma de vencimiento. "El pagaré cambiario pagadero a cierto tiempo vista —nos dice Messineo—, debe ser presentado al visto del emitente en el término que se indica en el artículo 28 de la Ley Cambiaria; o sea, dentro de un año a contar del visto puesto por el emitente en el título... Si el emitente se niega a poner el visto, fechado, debe ello hacerse constar mediante protesto; la fecha de éste sirve para fijar el inicio del término de la vista".⁽³³⁾

Además, en estos casos es imperioso, y por ende una obligación para el tenedor del pagaré, hacer constar en el título la fecha en que el documento se presentó para su vista, pues resulta de vital importancia para determinar cuándo será exigible la obligación incorporada. Y si la fecha de presentación del pagaré para su vista no se anotare por

(32) Esta reciente reforma (Ley No. 7558 del 3 de noviembre de 1995) al inciso b) del artículo 802 nos parece del todo infeliz, pues no existe *ratio legis* para admitir como válido un pagaré emitido a tractos mientras que se considera nula la letra emitida bajo esa misma forma de vencimiento; o ambos son válidos —y en ese sentido nos parece debió haberse hecho la reforma— o ambos son nulos situación existente antes de la reforma, de mayor coherencia, sin duda, que la actual.

(33) *Op. cit.* en nota 29, p. 386.

Y
las
otras
formas
?

cualquier razón, "el tenedor, para conservar su derecho a recurrir contra los endosantes, deberá hacer constar la omisión mediante un protesto, levantado en tiempo hábil" (artículo 750, párrafo 2º), norma ésta que tampoco es incompatible con la naturaleza del pagaré a plazo cierto desde la vista, a pesar de encontrarse dentro de los artículos destinados a regular la aceptación en la letra de cambio. Sin esa fecha, el pagaré (la letra tampoco) no podrá ser cobrado cambiariamente, pues resultaría imposible saber cuándo empezó a correr el plazo cierto para determinar su vencimiento.

"Ahora bien; en el caso del pagaré, ¿se podrá admitir que el ordenamiento jurídico es tan incoherente como para, por un lado admitir el vencimiento a plazo cierto desde la vista, y, por otro, denegar el medio demostrativo de la presentación al no admitir el protesto por falta de fecha?"⁽³⁴⁾ No.

Tenemos así, con meridiana claridad, que el protesto por falta de fecha no sólo es aplicable a los pagarés librados a plazo cierto desde la vista sino que es una condición indispensable para demostrar su exigibilidad.

En síntesis; el protesto por falta de fecha concebido para las letras de cambio libradas a plazo cierto desde la vista es aplicable a los pagarés emitidos con esa misma forma de vencimiento por no ser incompatible con la naturaleza intrínseca de éste, pues es parte vital de la mecánica misma de su funcionamiento.

D) El pagaré y el protesto por falta de pago y pago parcial. Compatibilidad

Dejamos claramente sentado, líneas atrás, en cuanto a la presentación para el pago y el protesto por falta de pago de la letra de cambio, cuanto sigue:

- a. Que se libra, por ser un título de presentación, para ser pagada a quien resulte ser su acreedor el día de su vencimiento;
- b. Que las distintas personas que en ella intervienen como garantes solidarios de la obligación cartular (librador, endosantes, avalistas, fiadores), para que se vean obligadas a responder, debe ante todo producirse una negativa de pago, total o parcial, por parte del librado;

- c. Que la presentación para el pago debe hacerla el tenedor en el domicilio del deudor o del domiciliario (en la letra domiciliada) mediante la exhibición material del documento y dentro de los distintos plazos fijados por ley según los distintos tipos de vencimiento, aunque la letra contenga la cláusula de devolución sin gastos;
- d. Que la falta de presentación para el pago, en estos términos, hace decaer para el tenedor la acción de regreso, salvo en las poquísimas excepciones legalmente admitidas;
- e. Que la negativa de pago debe hacerse constar por acta notarial denominada protesto por falta de pago, levantado dentro de los plazos y en el lugar legalmente establecidos y sin el cual se produce la preclusión de la acción contra los garantes de la obligación cartular para siempre;
- f. Que este protesto no es un acto de intimación para constituir en mora al deudor sino medio de prueba fehaciente de la existencia de la cambial en ese momento, su contenido y descripción y de la diligencia del tenedor en presentarla oportunamente para su pago y de la negativa de pago (total o parcial) del deudor;
- g. Que este protesto, aunque tardío, sirve de plena prueba del incumplimiento del deudor para los efectos de la acción causal;
- h. Que este protesto sirve también para determinar auténticamente el momento final del vencimiento en las letras emitidas a la vista y en los casos de regreso anticipado por falta de pago en que sean necesarias la presentación y el protesto;
- i. Que este protesto es útil, además, para fijar fehacientemente, el momento desde el cual la transmisión de la letra por endoso produce los efectos de una cesión ordinaria;
- j. Que este protesto, *in fine*, tiene la virtud de interrumpir la prescripción de la acción directa.

Pues bien; ninguna de las anteriores características y efectos de la presentación para el pago y del protesto por falta de pago de la letra de cambio son incompatibles con la naturaleza del pagaré.

Y es que la presentación para el pago del pagaré es importante para que el deudor cartular verifique la legitimación activa de su tenedor (que el título haya sido emitido a su nombre o que haya llegado a sus manos mediante una cadena ininterrumpida de endosos traslativos de dominio) y determinar así quién es su acreedor.

(34) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, p. 119.

Así tenemos que el cumplimiento de la obligación del tenedor del pagaré de presentárselo al deudor cartular para su pago debe poder ser demostrado. Para eso está el protesto.

Sin embargo, el objetivo más importante de la presentación para el pago del pagaré es la conservación, por parte de su tenedor, del derecho de accionar en vía de regreso contra los endosantes, fiadores y avalistas del título, cuando no haya sido cancelado totalmente. Estas personas, que son garantes solidarias de la obligación cartular incorporada en el pagaré frente a su tenedor, sólo están obligadas a pagar cuando se produzca y constate la negativa de pago del librador (artículo 766), pues en esta materia el hecho de que esos sujetos sean garantes solidarios no da derecho al portador del título a solicitar directamente de ellos, sin más, el cumplimiento de la obligación cartular. Y esto debe ser demostrado. Para ello está el protesto. Así las cosas, nos parece lógico concluir, que siendo el protesto por falta de pago un acto necesario para conservar las acciones en vía de regreso, este instituto no atenta contra la naturaleza del pagaré, tornándose más bien en requisito indispensable para su ejecutividad.⁽³⁵⁾

Así lo han reconocido algunos autores: "...el protesto no es aplicable al pagaré, en estricto sentido jurídico, sólo cuando se levanta para dejar constancia de una negativa de aceptación. Pero no desvirtúa su naturaleza el protesto que surge del no pago del título".⁽³⁶⁾

"Los pagarés pueden también perjudicarse por falta de protesto en tiempo y forma, pero con una diferencia con las letras de cambio. La letra no se perjudica con respecto al aceptante y sólo se perjudica con respecto al librador cuando éste ha hecho oportunamente provisión de fondos; en cambio, en los pagarés el protesto no es necesario para conservar las acciones con respecto al suscriptor y puede decirse entonces que los pagarés no se perjudican por falta de protesto con respecto al portador, y que sólo es necesario el protesto para conservar las acciones con respecto a los deudores por garantía, como son, por ejemplo, los endosantes".⁽³⁷⁾

(35) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, pp. 123-124.

(36) GOMEZ R., Carlos-GUTIERREZ C., Alfonso, *op. cit.* en nota 8, p. 80.

(37) PALMA ROGERS, Gabriel, "Derecho Comercial", II, 1ª edición, Editorial Nascimento, Santiago, 1941, cit. por LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, p. 125, nota 2.

De estas palabras del profesor chileno se desprende que el emisor del pagaré no puede alegar caducidad por falta de protesto, caducidad que sólo puede ser alegada por los garantes en vía de regreso.

"En cambio, las disposiciones normativas sobre el pago (C. de Co., arts. 691 a 696) propias de la letra son plenamente aplicables al pagaré, tales como la necesidad de la presentación al pago, las oportunidades para ello, la aceptación de pago parcial, el beneficio del plazo y sus efectos frente al pago antes de tiempo, y el pago de lo debido mediante la modalidad del depósito.

En lo relativo al protesto por falta de pago es aplicable lo dispuesto en los artículos 697 y ss. del C. de Co. para el caso de la letra...

Como ocurre en la letra de cambio, si en el pagaré no se hace la presentación para el pago o se omite la diligencia del protesto, obra la caducidad de la acción cambiaria por vía de regreso, o sea, contra los secundariamente obligados".⁽³⁸⁾

En síntesis, las disposiciones normativas de la letra de cambio que establecen todo lo concerniente a la obligación del tenedor de presentarla para el pago y de levantar protesto por falta de pago en caso de negativa total o parcial del mismo son plenamente aplicables al pagaré por no ser incompatibles con la naturaleza jurídica de este título y constituir más bien una parte trascendental de su régimen funcional.

E) El párrafo final del artículo 802 del Código de Comercio. Interpretación y alcances

Habiendo quedado demostrado que el único de los tres protestos concebidos a propósito de la letra de cambio que no es aplicable al pagaré, por ser incompatible con la naturaleza de este título, es el protesto por falta de aceptación, volvamos ahora al texto del párrafo final del artículo 802, en lo que aquí interesa:

"...No son aplicables a los pagarés las disposiciones de las letras de cambio referentes... a las exigencias del protesto".

Nos resulta claro ahora que el legislador del 64 se refería al protesto por falta de aceptación (por eso, precisamente por eso, se habla en esta norma del protesto

(38) BECERRA TORO, Rodrigo, *op. cit.* en nota 3, p. 125.

al singular y no “de los protestos”), porque es el único, de los tres concebidos para la letra de cambio, que es incompatible con su naturaleza jurídica de ser una promesa de pago.

Y no se nos diga que no es posible distinguir allí donde la ley no distingue, porque, pura y simplemente, la ley *sí* distingue: interpretada la norma de comentario tomando en consideración lo establecido en el párrafo primero de ese mismo artículo y, en general, el resto de las disposiciones normativas que regulan la presentación para el pago y el protesto por falta de pago en las letras de cambio, resulta claro, como creemos haberlo demostrado líneas atrás, que la inaplicabilidad de las exigencias del protesto de letras de cambio a los pagarés se refiere única y exclusivamente al protesto por falta de aceptación. Además, si se viene discutiendo en el párrafo sub examine de la no aplicación al pagaré del instituto de la aceptación; si todo este párrafo se refiere a ese instituto (“a la presentación para que sean aceptadas, a la aceptación, a la aceptación por intervención”); si en este párrafo no se habla más que de aceptación, parece lógico concluir que la única exigencia que resulta inaplicable al pagaré es la del protesto por falta de aceptación.

Nuestro querido y distinguido colega y discípulo Ronald Lachner afirma sobre la norma de comentario:

“Este último párrafo, que se ha querido resaltar, es el que ha traído más problemas para la aceptación del protesto en el pagaré. Su infeliz redacción, ha dado lugar a una interpretación errónea del verdadero sentido del mismo. Así, la doctrina nacional, los jueces, los abogados y comerciantes en general, atendiendo a la redacción del mismo han sentenciado: El protesto, sea del tipo que sea, no es aplicable al pagaré por expresa disposición de Ley”.⁽³⁹⁾ Pero semejante interpretación, si es que la hay, no sólo surge de una mala técnica hermenéutica sino de un desconocimiento total de las características y de los efectos de la presentación para el pago y del protesto por falta de pago en los títulos cambiarios de garantía.

(39) *Op. cit.* en pág. 13, p. 137. No tenemos conocimiento de que nuestros Tribunales se hayan pronunciado expresamente de esa manera; tampoco lo ha hecho la doctrina nacional; pero lo que sí parece ser cierto, dado la falta de jurisprudencia sobre este punto, es que ha habido una interpretación tácita de nuestros operadores de derecho cartular en ese sentido.

i) Antecedentes históricos

La primera regulación que se dio en nuestro país a los títulos-valores fue en el Código de Comercio del 22 de junio de 1853 (Libro II, Títulos IX y X). Bajo el Título X del Libro II de ese cuerpo de leyes se regulaban las libranzas y los vales o pagarés a la orden; allí se establecía, con disposición parecida a nuestro numeral 802, que las libranzas y los vales o pagarés a la orden producirán las mismas obligaciones y efectos que las letras de cambio, *menos en cuanto a la aceptación* (art. 505); y se agregaba que “el tenedor no tiene derecho a exigir la aceptación de las libranzas a plazo, ni puede ejercer repetición alguna contra el librador y endosantes, *hasta que se protesten por falta de pago*” (artículo 507), protesto al que hacían alusión también los artículos 509 y 515, en cuanto a los vales y pagarés, 514, en cuanto a las libranzas y 515 y 512.

Resulta claro entonces que el Código de Comercio de 1853 establecía la obligación del protesto por falta de pago para los pagarés, dándosele la categoría de requisito indispensable para que su tenedor pudiera ejercer la acción de regreso contra los garantes de la obligación cambiaria.

Estas disposiciones cartulares del Código de Comercio de 1853 fueron derogadas con la promulgación de la Ley de Cambio del 25 de noviembre de 1902. En lo tocante a la regulación del pagaré en esta Ley nos parece importante transcribir el texto del artículo 181, cuya redacción es muy similar a la del párrafo final de nuestro actual artículo 802, del que parece ser su fuente:

“A más de las anteriores disposiciones, estarán sujetos los vales o pagarés a la orden a las que rigen las letras de cambio, con las necesarias modificaciones. *Pero no se aplicarán a los vales las disposiciones de las letras referentes a la presentación para que sean aceptadas, a la aceptación, a la aceptación por intervención, a la expedición de varios ejemplareres y a la exigencia del protesto*”.

La conclusión no puede ser otra que en nuestro país, desde los inicios de su historia normativa cartular hasta nuestros días, el pagaré debe ser presentado por su tenedor para su pago y, de la negativa total o parcial del mismo, debe levantarse protesto en tiempo hábil. No vemos la razón porqué, luego de más de cien años de admitirse normativamente esos institutos en el pagaré, deba interpretarse la actual disposición de nuestro Código como excluyente de esos institutos.

ii) Derecho comparado

La Ley Uniforme concerniente a la Letra de Cambio y Pagaré a la orden (Convención de Ginebra), promulgada en Ginebra, Suiza, el 7 de junio de 1930, que es fuente inspiradora de muchas leyes cambiarias y Códigos de Comercio en sus aspectos cartulares, incluido en nuestro, regula al pagaré por referencia a la letra de cambio. Su artículo 77, con una redacción casi idéntica al primer párrafo de nuestro 802, del que parece ser su fuente, establece, en lo que aquí interesa:

“Serán aplicables al pagaré, en tanto que no sean incompatibles con la naturaleza de este título, las disposiciones relativas a la letra de cambio y referentes:

...A las acciones por falta de pago...”.

Por su lado el artículo 44 estatuye que la negativa de pago se deberá hacer constar por un acto auténtico (protesto por falta de pago); mientras que su artículo 78 dispone:

“Los pagarés pagaderos a cierto plazo de la vista deberán presentarse para la visa del suscriptor, en los plazos fijados en el artículo 23. El plazo de la vista se contará desde la fecha de la visa puesta por el suscriptor sobre el pagaré. *La negativa del suscriptor de dar su visa fechada, se hará constar mediante un protesto (artículo 25) cuya fecha servirá de punto de partida para el plazo a contar desde la vista*”.

Con la transcripción de estas disposiciones queda demostrado que, al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, también para los signatarios de la Convención de Ginebra, el protesto por falta de fecha en los pagarés emitidos a plazo cierto desde la vista y el protesto por falta de pago son perfectamente compatibles con este título cambiario.

En México, cuya legislación mercantil es considerado por algunos fuente inspiradora, conjuntamente con la hondureña, de nuestro actual Código de Comercio, la situación se presenta con mucho más claridad.

El artículo 172 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Mercantiles de 1932 dice:

“Los pagarés exigibles a cierto plazo de la vista deben ser presentados dentro de los seis meses que sigan a su fecha. La presentación sólo tendrá el efecto de fijar la fecha de vencimiento y se comprobará en los términos del párrafo

final del artículo 82”. (por visa suscrita por el girador de la letra misma o, en su defecto, por acta ante notario o corredor).

Concomitantemente, el artículo 174 *ejusdem* enumera los artículos de la letra de cambio que son aplicables al pagaré, incluyendo dentro de ellos los numerales 139, 140, 142, 143, 144, 148 y 149, todos relativos al protesto y a la forma de levantarlo.

El Código de Comercio de Honduras de 1950, de clara inspiración mexicana, sigue puntualmente a dicha ley en sus artículos 592 y 594, mientras que en el párrafo segundo del artículo 593 regula expresamente dónde debe levantarse el protesto por falta de pago del pagaré y los efectos de su omisión.

“Incluso el proyecto de la Ley Uniforme Centroamericana de Títulos-valores (LUCA) de 1963, regula al pagaré por referencia general, de la misma manera que el Código Guatemalteco y que el Código Argentino”.⁽⁴⁰⁾

La conclusión no puede ser otra: legislaciones conexas a la nuestra, como las aquí revisadas, admiten la necesidad de la presentación del pagaré para su pago, del protesto por falta de pago y del protesto por falta de fecha (en los pagarés librados a plazo cierto desde la vista) y, al mismo tiempo, que el único protesto incompatible con la naturaleza jurídica de este título es el protesto por falta de aceptación. Si eso es así, ¿será posible que el Código de Comercio de Costa Rica sea el único por estos lares que prohíba todo tipo de protesto en el pagaré? ¿o será más bien que los operadores del Derecho Comercial costarricense han malinterpretado tácitamente el párrafo final del artículo 802?

F) La presentación al Tribunal del testimonio del protesto por falta de pago, y del protesto por falta de fecha (en los pagarés librados a plazo cierto desde la vista), es requisito *sine qua non* para la ejecutividad del pagaré, cuando la acción cobratoria se dirige contra los demás obligados al pago

“Para que un documento constituya título ejecutivo, debe referirse a una deuda cierta, líquida y exigible, y que además debe resultar del título mismo, puesto que si su existencia depende de otras circunstancias

(40) LACHNER G., Ronald, *op. cit.* en nota 13, p. 135.

ajenas al documento como sería que para conocer de la exigencia de la obligación se remitiera a lo alegado y probado en otro juicio, el título deja de ser suficiente por sí mismo y carece por lo tanto de la idoneidad necesaria para apoyar en él una ejecución".⁽⁴¹⁾

"Sólo pueden fundamentar un proceso ejecutivo, ha reiterado el Tribunal, los títulos ejecutivos creados por la Ley, no siendo posible su creación por interpretación de la Ley, ni paridad de razón, pues el privilegio de ser base de un proceso sumario de este tipo tiene que dársele al legislador".⁽⁴²⁾

Así tenemos que es nuestro Código Procesal Civil, en última instancia, el que concede la facultad, o no, de acceder al proceso ejecutivo, enumerando taxativamente, en su artículo 438, los documentos que tienen fuerza ejecutiva y que, por ende, conceden el acceso a esa vía sumaria de cobro.

Pues bien; a pesar de que en ninguna de los cuatro artículos que regulan el pagaré en nuestro Código de Comercio se dice que este documento es título ejecutivo,⁽⁴³⁾ nuestros Tribunales lo han considerado tal desde su vigencia en 1964.⁽⁴⁴⁾ La ejecutividad del pagaré se ha sustentado en la norma que sanciona la ejecutividad de la letra de cambio;⁽⁴⁵⁾ y dicha norma establece que cuando la ejecución se dirija contra el obligado directo (aceptante, en el caso de la letra, librador en el

caso del pagaré; la llamada acción cambiaria directa) no será necesario presentar el protesto (obviamente por falta de pago) y el tribunal despachará embargo y ejecución, si así se pide, con vista del título;⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾ pero en la medida en que la acción ejecutiva se enderece contra algún otro obligado en el título (acción de regreso), *éste juntamente con el protesto* (obviamente por falta de pago), formarán el título ejecutivo contra cualesquiera de los obligados en él (artículo 783 por remisión del inciso d) del artículo 802).⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾

Nótese que esta norma, en lo que a la ejecución dirigida sólo contra el obligado directo respecta, no exime al tenedor de la letra o del pagaré de la obligación de presentarlo para su pago, ni tampoco de levantar el protesto por falta de pago, en caso de negativa total o parcial del mismo; lo único que establece para este caso concreto es la autosuficiencia del título cambiario como título ejecutivo para que el Tribunal dicte el auto precepto solvendo sólo con vista en él, independientemente de la presentación del testimonio del protesto.

(46) Pues resultaría ilógico que la ley le exigiera al ejecutante demostrarle al mismo deudor directo que ya ha rehusado el pago, que efectivamente lo rehusó.

(47) MESSINEO se refiere a esta situación cuando nos habla del denominado "pagaré seco" (pagaré que no ha circulado y carece de avalistas y fiadores) en donde sólo existe un deudor (el girador), por lo que no es posible ninguna acción en vía de regreso y, por ende no es necesario levantar el protesto por falta de pago, pudiendo demostrarse la falta de pago con medios probatorios distintos al protesto; *op. cit.* en nota 29, p. 383.

(48) Precisamente porque los demás signatarios del título cambiario responden del pago de la obligación cartular en la medida en que el obligado directo no lo haya hecho. Una norma similar la encontramos en el Código de Comercio de 1853 (artículos 490 y 491) y en la Ley de Cambio de 1902 (artículos 150 y 151).

(49) Nuestro TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, en sentencia No. 65 de las 9:05 hrs. del 14 de enero de 1992, a propósito de una ejecución dirigida contra los garantes de una letra de cambio en donde se omitió levantar protesto por falta de pago, dijo: "Como el documento dicho no tiene protesto... no existe la ejecutividad que establece la norma consagrada en el artículo 783 antes mencionado, por cuya razón, no queda otro camino que acoger la excepción de falta de derecho y en relación con ésta la de *sine actione agit*, para declarar sin lugar la demanda, revocar la ejecución y levantar los embargos decretados".

(41) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL DE ALAJUELA, sentencia No. 570 de las 8:05 hrs. del 7 de mayo de 1974. Ejecutivo de W.F.F. c/ I.R.R.

(42) TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, sentencia No. 30-E de las 9:40 hrs. del 8 de enero de 1992.

(43) Al igual que en nuestra Ley de Cambio de 1902; sin embargo, esto no sucedía en el Código de Comercio de 1853, cuyo artículo 513 le reconocía expresamente fuerza ejecutiva a los vales y libranzas.

(44) "En nuestra legislación, para que un título-valor tenga rango de ejecutivo, debe estar expresamente erigido como tal por la ley, y tienen ese carácter la letra de cambio, el pagaré y el cheque...". TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, sentencia No. 40 de las 15:30 hrs. del 14 de enero de 1975, en Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, No. 222, Año XIX, San José, 1974-1975, p. 233, Véase, además, la sentencia citada en nota 42.

(45) Lo que no parece correcto de acuerdo a lo dicho por el Tribunal Superior Primero Civil en el fallo citado en nota 42.

Lo mismo, nos parece a nosotros, sucede con el protesto por falta de fecha que ha debido levantarse en un pagaré librado a plazo cierto desde la vista por no haberlo querido visar el deudor principal, pues este protesto es esencial para comprobar la exigibilidad de la obligación cambiaria. Entonces, en tratándose de esta clase de pagarés, diríase contra quien se dirija la acción ejecutiva, deberá siempre presentarse a estrados judiciales, además del título original (y del testimonio del protesto por falta de pago, sólo si la acción se enderezara contra los demás obligados al pago), el testimonio en donde conste el protesto por falta de fecha.

G) La cláusula de “devolución sin gastos” o “sin protesto” o cualquier otra equivalente escrita en el pagaré

Si resultan aplicables al pagaré, como hasta aquí hemos demostrado, las normas que regulan su presentación para el pago y el levantamiento del protesto por falta de pago en caso de negativa total o parcial del mismo por parte del deudor cartular, también es de aplicación al pagaré, por no ser incompatible con la naturaleza de este título, la renuncia al protesto por falta de pago que se hace mediante la inclusión en el pagaré, o en hoja adherido al mismo de manera fija, de la denominada cláusula de “devolución sin gastos”.⁽⁵⁰⁾ O “sin protesto” o cualquier otra equivalente que acredite por sí misma que ambos protestos, o alguno de ellos, han sido dispensados, suscrita por el librador, el endosante o un avalista del librador o del endosante (artículo 786, párrafo 1º).⁽⁵¹⁾

(50) Cláusula que recibe este nombre porque el protesto le “impone a la persona que hubiere dado lugar al mismo, la obligación de pagar los gastos más los daños y perjuicios” (artículo 782).

(51) No estaba previsto, en nuestro Código de Comercio de 1853, que pudiera dispensarse unilateralmente al tenedor de una letra de cambio de tener que levantar protesto por falta de aceptación y por falta de pago. Por el contrario, la figura sí aparece en nuestra Ley de Cambio de 1902, cuyo artículo 130 disponía:

“El protesto o el documento dicho no pueden suplirse con ninguna otra prueba.

Esto no obsta a que el librador o los endosantes estipulen la dispensa de la formalidad del protesto, ni a que se prescinda del protesto en los casos en que la ley dispensa de la obligación de presentar la letra para su aceptación o pago”.

Mediante esta cláusula, que no es una prohibición sino una dispensa –por eso el portador puede, siempre que lo desee y a pesar de la cláusula, mandar a levantar el protesto– el derecho cartular se agiliza, al desaparecer la obligación del tenedor de tener que levantar el protesto por falta de pago, y se “abaratada”, al no generarse los gastos que conlleva el levantamiento del protesto. Y no se piense que los garantes de la obligación quedan desprotegidos con esta cláusula, pues ellos han asumido sus respectivas obligaciones a sabiendas de la existencia de la misma.

Ello no obstante, el tenedor no quedará dispensado de la obligación de presentar el título para su pago dentro de los plazos correspondientes, invirtiéndose, eso sí, la carga de la prueba, pues en vez de que sea el tenedor quien deba demostrar que presentó en tiempo el título al deudor para su pago, es el garante, para oponerse al cobro, quien deberá probar que el documento no se presentó oportunamente para tal efecto (artículo 786, párrafo 2º).

Cuando la cláusula fuere suscrita por el librador, de cuya manifestación dependen formalmente las demás, por haber sido incluida *ab origine*, producirá sus efectos con relación a todos los signatarios del título; cuando hubiere sido firmada por un endosante o avalista del librador o del endosante, por ser posterior al libramiento de la cambial, sólo causará efectos con relación a estos (artículo 786, párrafo 3º), de donde se deriva que el protesto seguirá siendo presupuesto formal para el ejercicio del regreso contra los demás obligados que no hubiesen puesto una cláusula similar.