

Sobre la posibilidad de emitir pagarés cambiarios “electrónicos”

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

I. Planteamiento

El tema de los títulos cambiarios electrónicos viene rondando desde hace ya muchos años. No obstante, el problema se suele plantear en términos algo equívocos. En su tratamiento se suelen confundir, en efecto, dos cuestiones distintas. Una, la de si pueden emitirse hoy en forma electrónica (sin soporte físico) letras de cambio, cheques y pagarés *cambiaríos* (esto es, sometidos a la disciplina cambiaria). Otra, la de si el marco normativo vigente contempla la existencia de derechos de crédito dinerarios (no incorporados documentalmente) que se encuentren sometidos a una disciplina equivalente (en lo sustantivo y en lo procesal) a la cambiaria (en cuanto ésta puede considerarse prototípica de la propia de los títulos-valores).

La respuesta a ambas preguntas ha de ser negativa a la vista del Derecho actualmente en vigor (con la excepción que supone el régimen de las anotaciones en cuenta *–infra III–*). Pero el fundamento jurídico de esta respuesta es diferente en cada caso. En relación con la primera cuestión lo decisivo es que, de conformidad con la regulación actual, los pagarés, las letras y los cheques son por su esencia cosas muebles corporales (*infra*, II.1). En cuanto a la segunda, la idea básica es que el régimen de la cesión de créditos –que es de aplicación general a falta de una disciplina legal especial– presenta relevantes diferencias con el de la circulación de los títulos-valores (*infra*, II.2). Pero, naturalmente, estas afirmaciones habrían de cambiar si se introdujeran las oportunas modificaciones le-

gislativas, en cuyo caso el problema se trasladaría desde el plano de la identificación del régimen aplicable al de la corrección y adecuación técnica de las normas que eventualmente se dictasen (*infra*, III).

II. La situación de lege data

II.1. La imposibilidad de emitir en forma electrónica letras, pagarés y cheques sometidos a la Ley Cambiaria y del Cheque

A la vista del derecho vigente, los pagarés (como las letras y los cheques) únicamente pueden existir bajo la forma de cosas (muebles) materiales. La Ley Cambiaria y de Cheque (LCCh) sólo se ocupa de derechos vinculados jurídicamente con un soporte material (papel, aunque teóricamente podría ser un cosa mueble de otra naturaleza).

Así se pone de manifiesto en buen número de preceptos legales, Por ejemplo, la LCCh habla de “título” (arts.1.1º, 94.1º, 106.1º); se refiere a lo que puede y no puede figurar “escrito” en el documento (arts. 7, 11, 14, 15, 96, 109, 113, 115, 118, 134); contempla la posibilidad de que se incorpore un suplemento mediante una “hoja adherida” (arts. 13, 96); exige que el endoso (arts. 16 y 96) y la aceptación (art. 29) figuren “escritos” en el título; da por supuesto que el librado ha de tener en su “poder” la letra para su aceptación (art. 34), prevé que el notario ante el que se levante protesto

retenga el título en "su poder" (arts. 53.1, 96, 147.2) y presume pagado el cheque que se hallare "en poder" del librado después de su "vencimiento" (art. 140.1); admite la emisión de duplicados (arts. 79 y 81) y copias (arts. 82 y 83, 96); distingue entre "dorso" (arts. 16.2, 96, 122.2) y "anverso" (arts. 29.1, 36, 96, 132, 143, 145); presume la existencia de un "espacio" reservado para las cláusulas facultativas - art. 51.2)... Todo ello sin contar con que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, las firmas que se pongan en el título han de ser manuscritas. Recuérdese, a este propósito, que la disp. final 1ª LCCh se remitió a una normativa específica para la regulación de la emisión de letras con firma impresa del librador. Lo que confirma que la suscripción del librador (y, por extensión, la de todos los demás firmantes -también en el cheque y en el pagaré-) debe ser, a falta de esa especial regulación, autógrafa.

Pero, sobre todo, ha de tenerse en cuenta que la LCCh parte indudablemente de la consideración de las letras, de los cheques y de los pagarés como genuinos títulos-valores, en los que la posesión se configura -por tanto- como condición indispensable para el ejercicio de los derechos a los que se refieren. Las manifestaciones de esta concepción son muy significativas y determinan extremos esenciales de la disciplina legal. Obsérvese, en este sentido, que toda persona contra la que se ejerza una acción cambiaria puede exigir, al realizar el pago, la entrega del título, con el protesto en su caso (arts. 60.1, 96 y 151 LCCh; sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 45.1 LCCh para el caso de que el pago lo efectúe el librado de la letra o el firmante del pagaré). Derecho a *rescatar* el título que ostenta también el deudor cuando es demandado mediante una acción causal o subyacente (cfr. art. 1170 CC). Y recuérdese que si un obligado cambiario paga a quien ya no posee el título puede verse obligado a pagar nuevamente si el tenedor legítimo del título reclama el cumplimiento. Finalmente, la relevancia de la posesión en el régimen jurídico de los títulos cambiarios explica también que

sea necesario articular mecanismos de amortización y reintegración de la legitimación cartular en los supuestos de extravío, sustracción y destrucción de la letra (arts. 84 a 87, 96 LCCh).

En suma, *de lege data* no resulta posible emitir pagarés, letras o cheques en forma electrónica. Ni siquiera cuando el documento electrónico de que se trate recoja las menciones exigidas por la Ley (cfr. arts. 1, 94 y 106 LCCh). O, si se prefiere expresarlo en términos positivos: sólo mediante su "incorporación" a un soporte material (esto es, sólo emitiendo un documento en papel con las características formales exigidas legalmente) es posible crear derechos de crédito sometidos a la especial disciplina cambiaria. Ésta no puede aplicarse, en los términos en que actualmente está redactada, a derechos incorporales.

En los tribunales debe citarse a este respecto la clara SAP de Barcelona (sección 1ª) de 13 de julio de 2010 [JUR 2011\314635].

Obsérvese que esta conclusión no se ve alterada por la circunstancia de que un pretendido pagaré (o letra o cheque) electrónico se emita con la cláusula "no a la orden". En efecto, la Ley Cambiaria no puede aplicarse a derechos no incorporados a documentos (en papel) por mucho que se indique en el soporte electrónico que son "no a la orden". De hecho, los créditos no incorporados a títulos-valores no son técnicamente endosables (cfr. art. 347 C. de c.) y siempre se transmiten con arreglo a la disciplina general de la cesión de créditos "y demás derechos incorporales" (arts. 1526 y ss. CC), por lo que configurarlos expresamente como "no a la orden" carece de significado práctico. Por otro lado, un pagaré "no a la orden" emitido en papel sigue siendo un pagaré, si bien se habrá de transmitir en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria (lo mismo que sucede con la letra y el cheque "no a la orden": arts. 14, 96 y 120.3 LCCh). Lo que ciertamente significa que su circulación carecerá de los efectos que la Ley anuda a la transmisión de los títulos mediante

endoso (inoponibilidad de excepciones personales, efecto legitimador, posibilidad de adquisición *a non domino*). Pero aun así cabe sostener (con la advertencia de que se trata de una cuestión discutida en la literatura jurídica) que incluso en un título nominativo directo como el pagaré “no a la orden” la posesión juega un papel determinante: resulta siempre necesaria para reclamar el pago y, en su caso, ejercitar la acción cambiaria. De manera que la posesión del documento por el adquirente del derecho cambiario le asegurará que el deudor no pueda liberarse pagando al antiguo acreedor (transmitente) aun cuando no le haya sido notificada la cesión operada.

Y, por supuesto, tampoco el régimen legal de la firma electrónica y el de los contratos celebrados por vía electrónica sirven para fundamentar la posibilidad de existencia de pagarés cambiarios electrónicos. Y ello porque el requisito de que las letras, los cheques y los pagarés se emitan en papel no se limita a ser una mera exigencia de forma de la declaración de voluntad (en cuyo caso podría jugar –pasando por alto que el precepto se refiere a contratos– el “principio de equivalencia” enunciado en el art. 23.3 de la Ley 34/2002, de comercio electrónico). Antes bien, la existencia de un soporte físico constituye, como se ha apuntado previamente, el presupuesto de hecho de la aplicación de un determinado régimen jurídico que, sin ese punto de referencia material o corpóreo, carece en gran medida de sentido. Y, por supuesto, una vez asumido que tales títulos han de ser necesariamente emitidos en papel resulta irrelevante en dicho ámbito la regla según la cual *“la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”* (art. 34 Ley 59/2003, de firma electrónica).

II. 2. *El régimen aplicable a los derechos de crédito que constan en soporte electrónico*

Por supuesto, nada obsta a que existan documentos electrónicos que hagan

referencia a la obligación de pagar una suma de dinero (los cuales tendrán, naturalmente, la fuerza probatoria que les atribuyen las leyes procesales). Y nada impide que el redactor de tales documentos electrónicos los denomine letras, pagarés o cheques. Lo que sucede es que los derechos de crédito reflejados en ellos se regirán, en lo que concierne a su ejercicio y transmisión, y a falta de una disciplina con rango de Ley que establezca otra cosa, por las reglas generales (y, especialmente, por las referentes a la cesión “ordinaria” de créditos).

Así, la luz de la disciplina vigente en nuestro país, el “tenedor” (¿?) de estos documentos informáticos que reflejan el derecho a percibir una suma de dinero no gozará de la legitimación propia de quien posee un título a la orden y justifica su derecho mediante una serie no interrumpida de endosos (o de la legitimación de quien simplemente posee un título al portador), por lo que habrá de probar su titularidad de acuerdo con las reglas generales. Del mismo modo, el adquirente del derecho (cesionario) deberá procurar que el deudor conozca la transmisión operada –mediante la correspondiente notificación– si quiere evitar que éste pueda pagar de buena fe al cedente (anterior acreedor, que puede seguirlo siendo de forma aparente) con efectos liberatorios (cosa que no debe preocupar al adquirente de un verdadero pagaré, letra o cheque desde el momento en el que obtiene la posesión del documento). Además, aunque haya adquirido el derecho de buena fe, el *accipiens* no será “inmune” a las excepciones personales que el deudor pudiera hacer valer frente a los titulares anteriores (ya que este efecto de inoponibilidad de excepciones sólo está previsto expresamente por la Ley en relación con algunos títulos-valores y siempre que sigan determinadas leyes de circulación). Y la buena fe en su adquisición tampoco protegerá al adquirente frente a la falta de titularidad del transmitente dado que no le serían aplicables las reglas que prevén la adquisición *a non domino* de los títulos cambiarios (arts. 19.2, 96 y 127 LCCh)... Y, en el plano procesal, al acreedor le

estará vetado el acceso al juicio especial cambiario regulado en los arts. 819 y ss. LEC.

III. La situación de lege ferenda

Naturalmente, el legislador tiene la posibilidad de intervenir con el objeto de modificar el panorama que se acaba de describir. La Ley puede, perfectamente, atribuir a determinados derechos de crédito un régimen de ejercicio y transmisión equivalente o similar al propio de los títulos-valores (mecanismos de legitimación en virtud de datos formales, inoponibilidad de excepciones personales, posibilidad de adquisición *a non domino*...).

Así se hizo en su momento en relación con los valores mobiliarios por la Ley del Mercado de Valores (LMV), que configuró legalmente un tipo de derechos, los representados mediante anotaciones en cuenta, a los que sometió a una disciplina semejante a la de los derechos incorporados a títulos (disciplina en la que, dicho en términos muy generales, el concepto de posesión se sustituyó a efectos funcionales por el de inscripción registral). De esta forma, buscando unos niveles de seguridad y agilidad del tráfico equiparables a los proporcionados por el régimen de los títulos-valores, se previó la posibilidad de adquirir *a non domino* de quien según los registros apareciera legitimado para transmitir los valores (art. 9.3 LMV); se introdujo una regla general de inoponibilidad de excepciones personales (art. 9.4 LMV); se estableció una presunción de titularidad fundamentada en el contenido de los asientos registrales (art. 11.1 LMV) y se consideró oponible la transmisión (también frente a la entidad emisora) desde el momento en que se hubiera anotado registralmente la transmisión operada (art. 9.2 LMV).

Pero esta posibilidad de representar los valores por medio de anotaciones en cuenta con sujeción, por tanto, al régimen específicamente previsto para éstas, se limita a los "valores negociables" (arts. 2.1 y 5.1 LMV).

Fuera de este ámbito, y a falta de una normativa que prevea un régimen diferente, se aplicarán a los derechos de crédito las normas generales.

Obsérvese, en todo caso, que una eventual Ley que viniera a regular los títulos cambiarios electrónicos (o un instrumento equivalente, fuera cual fuera su nombre) habría de abordar un amplio conjunto de cuestiones. Por ejemplo, el sistema que se instaurara habría de garantizar la "unicidad" del "documento" (es decir, que los diferentes titulares no pudieran generar copias o reproducirlo), permitir que se reflejaran en él sucesivas declaraciones de voluntad (e incluso menciones que complementaran declaraciones previas pero incompletas), asegurar su inalterabilidad, prever mecanismos transmisivos y legitimatorios, etc. Y la solución probablemente más evidente pasa, al igual que en el caso de las anotaciones en cuenta, por la intervención de un tercero encargado de la llevanza de los registros informáticos en los que hayan de quedar reflejadas la existencia, las transmisiones y las restantes vicisitudes del derecho de crédito que se pretende someter a un régimen análogo al de las letras, los pagarés y los cheques.

Siempre en el plano del *iure condendo*, cabe observar que la Propuesta de Código Mercantil de 2013 supedita la posibilidad de que los títulos-valores se emitan en soporte electrónico a que una Ley lo autorice expresamente (art. 610-1, 2º apartado). Y, específicamente en relación con los títulos cambiarios (que el Proyecto denomina "títulos de crédito") resulta muy destacable el art. 631-6, según el cual: "1. Los títulos de crédito podrán documentarse en soporte papel o en soporte electrónico. 2. Reglamentariamente se establecerán los requisitos que han de reunir los títulos de crédito documentados en soporte electrónico a fin de garantizar la seguridad del soporte así como la autenticidad, la integridad y la intangibilidad del contenido; el modo de transmisión y de legitimación del titular; y la pérdida de validez o de eficacia".