



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CUARTA PARTE

LA CONSTITUCION DEL DERECHO CARTULAR

LA CONSTITUCION DEL DERECHO CARTULAR

SUMARIO: 231. Constitución del derecho cartular.—232. Unilateralidad del acto.—233. Teoría de la emisión.—234. Teoría de la creación.—235. La revocabilidad de la aceptación.—236. Teoría de la creación y titularidad del derecho cartular.—237. Conclusión.—238. Doctrina.—239. Declaración cartular y su destino a un titular indeterminado.—240. Consecuencias de la teoría de la creación.—241. Carácter negocial de la declaración cartular.—242. Con referencia a la pluralidad de las declaraciones cartulares.—243. Vicios del negocio de emisión.—244. Vicios de la declaración cartular.—245. Alcance de la teoría aceptada.—246. Doctrina.—247. Resumen.—248. Con referencia a la pluralidad de obligaciones en el mismo título.

231.—Puede parecer ilógico haber dejado casi para el fin el estudio de la constitución del derecho cartular, esto es, la investigación... relativa al nacimiento del derecho!

En verdad, desde un punto de vista extrínseco y formal esa falta de lógica no se puede negar. Pero tiene una justificación: solamente de la disciplina completa del título de crédito se pueden sacar argumentos para resolver los problemas jurídicos relativos a la constitución del derecho cartular. En consecuencia se hace necesario tratar ante todo, lo que se refiere a esa disciplina, para proceder después a la investigación de la constitución del derecho, que en cierto sentido representa la síntesis de los resultados aceptados en las páginas anteriores.

232.—La doctrina cambiaria ya llegó a sostener, desde el siglo pasado, la unilateralidad del acto en el que asienta la constitución del derecho cartular.

Las distintas teorías que cimentaban la obligación cambiaria en un contrato, a poco fueron vencidas y cedieron el lugar a las que asientan la obligación indicada en un acto unilateral. La discusión entre tanto permanece, en lo que se refiere al contraste entre la teoría de la emisión y la de la creación ⁸⁵⁶.

⁸⁵⁶ Una exposición crítica completa de las diversas teorías, se encuentra en el multitudinado trabajo de *Arcangeli*, en la *Rivista di diritto commerciale*, 1910, que sigue a la teoría de la emisión, y al cual remito al lector.

233.—Los que sustentan la teoría de la emisión, entienden que la obligación cartular tiene como fuente un negocio jurídico unilateral, con el que se asume la obligación; negocio que se perfecciona con la emisión del título.

En ausencia de una emisión válida, la obligación no se asumirá válida-

La crítica de las doctrinas contractualistas se encuentra implícita en las páginas anteriores, pues es evidente su contraste con lo que estamos exponiendo. Refiriéndonos a las doctrinas contractualistas aludimos, en este ámbito, a las que ven un contrato en la declaración cartular (entre el subscriptor y el tomador inmediato), aunque distinto del de la relación fundamental. Al contrario, las teorías que reconocen en la declaración cartular una declaración probatoria, encuentran la única fuente del derecho cartular en el contrato fundamental y hasta, con mayor precisión, niegan la existencia de un derecho cartular, porque no reconocen otro derecho que no sea el derivado de la relación fundamental. Por eso no tienen concordancia con la declaración cartular ni con la constitución del derecho cartular, sino que conciernen a un problema lógicamente anterior. He aquí por qué su crítica se encuentra en los capítulos en los que al comienzo de estos estudios dedicamos a la naturaleza del derecho cartular. Por esto, en aquella ocasión también nos ocupamos de la teoría procesalista de *Carnelutti*.

Ahora recordaremos las teorías contractualistas que, en realidad, se refieren a un verdadero contrato cartular, y que, por tanto, admiten la naturaleza constitutiva de la declaración cartular, negando que simplemente sea probatoria.

Son teorías que cumplieron una notable función histórica, pues a través de las mismas fue como se difundió, al principio, el concepto de la declaración cartular como declaración de voluntad y no como declaración probatoria.

Eso no impide que ahora se deban abandonar (cf. para una exposición crítica resumida *Ennecerus-Wolff-Kipp, Lehrbuch des Bürg. Recht*, ed. 1927, vol. I, parte II, pág. 568). En realidad, las teorías que tienen como fundamento del derecho cartular un contrato que se perfecciona con el apoderamiento del título por el primer portador (como *Thöl*, en su célebre teoría del *Begebungsvertrag*) no pueden explicar por qué el portador del título pueda ser titular, cuando no lo sea el portador anterior (art. 21 de la ley cambiaria; 16 de la Convención de Ginebra). Si la declaración cartular fuese una declaración contractual, cada sucesivo titular del derecho no podría gozarlo, sino como derivado del adquirente originario, y por esto, no se podría evitar el contraste entre el supuesto carácter derivado de su adquisición y la consagración explícita legislativa, de su titularidad, independiente de la existencia del derecho del portador anterior.

Si el derecho de cada portador se derivase del anterior, cuando mucho podríamos llegar a admitir (por ejemplo, a través de la teoría de la delegación, que realmente constituye el último resultado de las teorías contractualistas en la tradición francesa) que sería invulnerable a las excepciones extra-cartulares que se habrían podido oponer al portador anterior, mas nunca se podría explicar por qué el portador sucesivo puede ser titular, aunque no lo haya sido su antecesor.

Entonces, desearo permanecer en el terreno de las teorías contractualistas, es forzoso reconocer en la declaración cartular un contrato a favor de tercero y esta es realmente la fórmula de *Goldschmidt, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, vol. XXVI, pág. 12. Pero tampoco esta fórmula consigue explicar el fenómeno,

mente; el vicio relativo a la emisión pertenecería a la propia asunción de la obligación cartular, y como tal, oponible a todos los poseedores, aun de buena fe.

La gravedad de esta última consecuencia, llevó a varios escritores a aminorar el rigor de la teoría de la emisión, sustentando la inoponibilidad del vicio de emisión al poseedor de buena fe, o llegando, de una vez, con lo que abandonan la teoría de la emisión, a considerar como base de la obligación, la simple declaración unilateral de voluntad, independientemente de la emisión del título ⁸⁵⁷.

pues al final resultaría la falta de derecho del tercero, en la hipótesis de nulidad del supuesto contrato, lo que en realidad no sucede.

En consecuencia fue necesario el paso a las teorías unilaterales. Este paso está marcado precisamente por las teorías mixtas, que muchas veces mencionamos; éstas ven en la constitución del derecho cartular, al mismo tiempo, un contrato del subscriptor con el tomador y una declaración unilateral para con terceros (como en la fórmula de *Vivante*) o un contrato y un negocio unilateral (en la fórmula de *Bracco*).

Mas estas teorías, a su vez, desbarran ante el obstáculo de admitir una doble naturaleza de una sola declaración cartular (en el primer enunciado) o de reconocer una doble fuente de la misma obligación cartular (en el segundo enunciado); chocan contra la objeción (al respecto recuérdense las páginas anteriores sobre la naturaleza del derecho cartular) de que la posición peculiar del tomador, en cuanto a la oposición de las excepciones, no encuentra explicación en su posición especial respecto del nexo cartular, sino en la circunstancia de que él al mismo tiempo es sujeto de un convenio extra-cartular, tanto que a falta de este supuesto ni siquiera sería vulnerable por las excepciones extra-cartulares. En el derecho brasileño, cf. para la crítica de las teorías dualistas a *Saraiva*, en su fundamental *Direito cambial brasileiro*, vol. I pág. 173.

De aquí precisamente la mayor importancia de las doctrinas unilaterales sobre las contractualistas.

El problema, en el fondo, es paralelo al de la titularidad, en el lado activo del derecho cartular, y las soluciones teóricas de los dos problemas se presentan concordando.

La evolución que observamos se nota particularmente en las doctrinas alemana e italiana; la francesa, en la actualidad, se mueve en sus definiciones más modernas, en el ámbito de las teorías mixtas, como en el tratado de derecho comercial de *Lacour y Bouleron*; en el de los *Effets de commerce*, de *Lescot*; en la *Cauce*, de *Capitant*, y otros.

En el derecho brasileño parece aceptada la teoría de la creación (para los títulos al portador art. 1506 Cod. Civ.; para los títulos cambiarios v. a *Whitaker*, pág. 19; a *Saraiva*, pág. 102), que sustentaremos en las siguientes páginas.

⁸⁵⁷ Como se desprende del texto, la teoría de la declaración unilateral pura de *Siegel* (*Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*) se debe distinguir de la teoría de la creación, formulada al principio por *Kuntze*, *Die Lehre von den Inhaberpapier* (Leipzig, 1857).

Es interesante observar en el Derecho Brasileño, la posición de *Octavio Mendes*,

234.—Sin embargo, hay una tendencia, que cada vez más se va imponiendo, incluso en la doctrina italiana ⁸⁵⁸, que considera como fundamento de la obligación cambiaria la creación del título. La declaración cambiaria es perfecta con la simple creación del título. Que salga de las manos del deudor es una *conditio juris* para la eficacia de la obligación ⁸⁵⁹, pero el negocio es perfecto desde la creación del título, y en consecuencia, la excepción de falta de emisión no puede oponerse válidamente al tercero poseedor de buena fe.

235.—Las discusiones de la doctrina cambiaria, también en este terreno reflejan discusiones generales sobre todos los títulos de crédito, y es en este aspecto en el que se deben considerar.

El sistema legislativo italiano, no ofrece apoyo exegético seguro para ninguna de las tesis que se comparan.

Los que sustentan la teoría de la emisión recurren al artículo 265 del Código de Comercio, según el cual la aceptación se puede revocar hasta que el título se restituya al acreedor ⁸⁶⁰; ahora podrían recurrir al art. 34 de la ley cambiaria, que tiene por rehusada la aceptación que se cancela antes de la restitución del título ⁸⁶¹.

Titulos de credito, S. Paulo, 1931, que se adhiere a las teorías contractualistas (lo que además es coherente con su adhesión a la tesis de la causalidad de la declaración cambiaria), pero al mismo tiempo sostiene, en concordancia con el art. 1506 del cod. civ., que la emisión puede ser involuntaria (v. también pág. 5, 11 y 286 del *Diritto commerciale terrestre* del mismo autor).

Carvalho de Mendonça combate las teorías contractualistas, en la pág. 108 (sobre los títulos al portador), en la pág. 199 (sobre la cambial).

⁸⁵⁸ A la que se adhieren entre otros *Vivante*, n. 967 (sin embargo cf. después n. 244); *Bonelli*, n° 30; *Messineo*, pág. 84 y siguientes. Sobre los títulos al portador, la teoría de la creación parece consagrada por el código alemán (§792) y por los que, siguiendo su ejemplo, reglamentaron los títulos al portador (cf. por ejemplo, el art. 1506 del cod. civ. brasileño). En este punto, también fueron los títulos al portador los que abrieron el camino a la teoría general de los títulos de crédito.

⁸⁵⁹ Mientras el título se encuentra en las manos del deudor, realmente el titular activo y el sujeto pasivo se identifican.

⁸⁶⁰ En este sentido *Arcangeli*. En contra, *Messineo*, pág. 89, 1ª edición, a quien sigo en la crítica de este argumento.

⁸⁶¹ Estos artículos (cf. art. 29 de la convención internacional) no tienen antecedentes en la ordenanza de cambio germánica, y con frecuencia se acostumbra en Alemania argumentar precisamente, a falta de ellos, a favor de la teoría de la creación. Igualmente en el derecho brasileño, el art. 12 del D. 2044 reza: "la aceptación, una vez firmada, no se puede cancelar ni retirar", lo que aunque se vincula a la aceptación de la teoría de la creación en la ley cambiaria brasileña, no es consecuencia necesaria, y ni oportuna, de esta teoría. En cambio, la sec. B. E. A. (inglesa), está en el mismo sentido que la ley italiana.

Sin embargo, estas normas no resuelven la cuestión ⁸⁶², porque apenas tratan de la revocación de la aceptación, y ésta, aun para los partidarios de la teoría de la creación, sin duda puede verificarse antes que el título salga de las manos del obligado, pues este desapoderamiento de cualquier manera es una condición necesaria para el ejercicio del derecho.

Por esto es que la teoría de la emisión tampoco puede invocar en su apoyo ningún argumento análogo que se podría sacar de la disciplina del endoso cambiario, también susceptible de cancelación antes de la tradición del título.

236.—En realidad, si nos atenemos firmemente al principio codificado de que el titular del derecho es el propietario del título; o de participaciones sociales u obligaciones, que habiendo quedado en la cartera de la sociedad, entren en circulación irregularmente: o de una cambial a la orden del propio girador que entre en circulación contra la voluntad de éste. En todas las hipótesis, la oponibilidad de la excepción al tercero de buena fe (lo cual derivaría de la teoría de la emisión en contraste con la teoría de la creación), me parece que contraría a la equidad y a las exigencias de la práctica; tendremos que abandonar la teoría de la emisión para adoptar la de la creación.

En efecto, la teoría de la emisión, despojaría de la titularidad del mismo derecho, a quien fuese, en nuestro derecho, propietario del título.

De hecho, aun cuando el título se haya extraviado o robado, o puesto en circulación sin voluntad alguna de emisión, el que lo adquiriera de buena fe, es propietario de él, y titular del derecho respectivo, en los términos del art. 20 de la ley cambiaria (16 de la convención).

Este (como también el revocado artículo 332 del Cod. de Com.) no sólo comprende el caso del título transmitido a *non domino* durante la circulación, sino también, con la amplitud de su redacción, la del título que entró en circulación en rebeldía de su autor; hasta la excepción, que en materia de cosas muebles, excluye, del principio de la protección de buena fe, la hipótesis de cosas extraviadas o robadas, desapareció del sistema italiano, en materia de títulos de crédito (art. 20 de la ley cambiaria; 57 del Cod. de Com. para los títulos al portador; 7 del R. D. n° 1364 de 7 de junio de 1923, para los títulos nominativos) ⁸⁶³.

Mas, si así es, esto significa que la regularidad de la emisión del título no es un presupuesto indispensable para la validez de la adquisición del derecho cartular y que el negocio cartular es perfecto, independientemente

⁸⁶² Cuando el título, de hecho, sale de las manos del aceptante sin su voluntad el art. 265 (y ahora el art. 34), como observó *Messineo, ob. cit.*, no ofrece solución para el problema de la oposición o no oposición de la excepción de falta de emisión.

de la emisión. En efecto, si ésta se vinculase a la propia constitución del derecho cartular, quedaría viciado a consecuencia de la falta de emisión regular, y la excepción, por tanto, sería una excepción real oponible a cualquier poseedor ⁸⁶⁴. Pero esto, evidentemente, estaría en contraposición con la irreivindicabilidad del título, pues en realidad se llegaría a quitar con una mano lo que se dió con la otra ⁸⁶⁵.

⁸⁶³ Cf. lo que indiqué en el capítulo del "Titular" sobre la posición de estas normas en el derecho comparado.

⁸⁶⁴ En efecto, no se podría recurrir al límite peculiar de la oposición de las excepciones extra-cartulares (art. 21), porque la excepción correspondería al propio derecho cartular, y no, como veremos, al límite de la oposición de algunas excepciones relativas al propio negocio cartular, porque éste se deduce de la teoría de la creación. Y en realidad, la teoría de la emisión, como se formula por los que la adoptan íntegramente, presupone la oposición de la falta de emisión, a cualquier portador.

⁸⁶⁵ Cf. ahora a *Valeri*, vol. I, pág. 236 y vol. II, pág. 243, en relación con la primera edición de estos estudios. El argumento del texto, ya aducido por *Bruschettini*, fue rechazado por *Arcangeli*, observando que el problema de la titularidad es distinto del de las excepciones oponibles al portador. Pero esa distinción, a la que también en estos estudios se recurrió y se recurrirá, no puede conducir a consagrar reglas tan diametralmente opuestas como las que se derivarían de la admisión simultáneamente, de una constante oposición de la excepción de la falta de emisión, y de la constante irreivindicabilidad consagrada en el art. 20.

En el derecho brasileño, el art. 1506 acepta la teoría de la creación para los títulos al portador. En efecto, en los términos de este artículo "la obligación del emisor subsiste aunque el título haya entrado en circulación contra su voluntad". El art. 622 excluye el principio en *matière des meubles possession de bonne foi vaut titre* ("Hecha por quien no sea propietario, la tradición no enajena la propiedad"); el art. 521, a su vez, reza: "Aquel que haya perdido o al que le hayan sido robados, cosa mueble o título al portador, puede recuperarlos de la persona que los detente, dejando a salvo a ésta el derecho de repetir contra quien se los transmitió".

El derecho brasileño por un lado excluye la oposición de la excepción de emisión involuntaria, y por otro, no tutela al que adquiere de buena fe a *non domino*.

Aplicando un razonamiento análogo, aunque inverso, a la doctrina italiana, el principio del art. 1506 llevaría a la conclusión de que se tutele el que adquiere de buena fe la posesión de un título al portador que circule contra la voluntad del emisor (por robo, extravío, apropiación indebida). Efectivamente, el emisor, se podría decir que es el primer propietario del título; por tanto, el principio aplicable al título que ha entrado a la circulación contra la voluntad del emisor se debería aplicar también al título que circula contra la voluntad de su propietario.

Los principios de los arts. 622, 524 y 521 llevan a la conclusión de que no se tutela al que, aunque de buena fe, adquiere a *non domino*, y de que tampoco se tutela al que aunque de buena fe adquiere un título en circulación contra la voluntad de su propietario (por robo, extravío, apropiación indebida).

Hay quien limite la reivindicabilidad a los casos de robo o extravío (con la carga del reembolso del precio en caso de adquisición en subasta, mercado o bolsa,

Por otro lado, admitiéndose que la titularidad del derecho le pertenece con autonomía al propietario del título por el simple hecho de ser propietario, lógico es admitir también el perfeccionamiento del derecho mediante el simple perfeccionamiento del título. Y éste precisamente se verifica con su creación ⁸⁶⁶.

lo que lleva a *Carvalho de Mendonça* a negar el carácter de "reivindicación" en estas hipótesis); hay quien aunque negando (art. 1506) la oposición de la excepción al poseedor de buena fe, admite la reivindicación (con la carga del reembolso en la hipótesis arriba indicada); hay quien distinga el caso del emisor (indicado en el art. 1506) del del propietario despojado, negando en el primer caso, pero admitiendo en el segundo (con la carga del reembolso, en la hipótesis arriba indicada) la reivindicabilidad contra el poseedor de buena fe.

Cf. para referencias a *Carvalho de Mendonça*, pág. 131 y sigs. (p. 93 sobre los títulos nominativos); a *Pontes de Miranda, Títulos ao portador*, p. 385. El derecho brasileño, como lo indiqué, en materia cambiaria, sobre la posición del tercero poseedor de buena fe, acepta principios análogos a los italianos, pues (art. 36, párrafo 5 del D. n. 2044) admite que el tercero poseedor de buena fe siempre prevalezca frente al que denunció la pérdida de la posesión. Cf. *Whitaker*, pág. 28.

En general, en los derechos que aceptan el principio creacionista, se acepta la regla indicada en el texto, y hasta en el caso de robo y extravío; en los que no se acepta esa regla o exceptúan su aplicación al caso de robo o extravío, no se acepta la teoría de la creación.

⁸⁶⁶ El art. 541 del proyecto del Código de Comercio italiano de 1919 acepta la teoría de la creación para los títulos al portador, de igual manera, como ya se indicó, a lo que se consagró en el código germánico.

Esta norma sería ilógica si no se aplicara también a los títulos a la orden y a los nominativos. Realmente hay títulos que pueden ser indistintamente a la orden o al portador (como el cheque, que de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1930, se considera al portador siempre que sea emitido con el nombre del tomador en blanco), o nominativos y al portador (como las acciones y las obligaciones), y pueden, aun después de que se hayan emitido, convertirse de nominativos en al portador o viceversa. Ahora bien, me parece sumamente incongruente admitir una etapa distinta de perfeccionamiento de una misma obligación, que es idéntica constantemente, por el simple hecho de que sea distinta la ley de circulación del título.

Para comprobar la inoportunidad práctica de la teoría de la emisión en relación con la teoría de la creación, conviene recurrir a los ejemplos de la vida práctica y no a la hipótesis escolar, de la cambial que se lleva el viento, y que de este modo entra en circulación, sin voluntad de emisión.

Tómese el ejemplo de cheques circulares, cuya forma se encuentra totalmente satisfecha, con excepción del nombre del tomador, que se roben al Banco o de los cuales se apropie un funcionario, y de este modo entren en circulación; o de participaciones sociales u obligaciones, que habiendo quedado en la cartera de la sociedad, entren en circulación irregularmente; o de una cambial a la orden del propio girador que entre en circulación contra la voluntad de éste. En todas las hipótesis, la oponibilidad de la excepción al tercero de buena fe (lo cual derivaría de la teoría

237.—La constitución del derecho se realiza, por tanto, con la creación del título ⁸⁶⁷.

A su vez, éste se debe transmitir, debe salir de las manos del signatario creador, y así se da su adquisición por el primer titular activo del derecho, con un procedimiento análogo al que examinamos en la circulación del título, o sea con un negocio autónomo (extra-cartular) de emisión, semejante al negocio de transmisión, examinado cuando tratamos de la circulación del derecho ⁸⁶⁸.

238.—Estas son las conclusiones que con predominio ahora se aceptan en la doctrina italiana ⁸⁶⁹.

239.—Entre tanto, es conveniente observar que con la adopción de la teoría de la creación, se dió un paso de alcance especial.

Ante todo, con esto se admite que la declaración cartular no sólo es una declaración *unilateral*, sino que se hace a un *sujeto indeterminado*, y por eso constituye una declaración no recepticia ⁸⁷⁰.

La obligación cartular no se asume en relación con un titular determinado, de igual manera que, a su vez, el derecho cartular no tiene un ti-

de la emisión en contraste con la teoría de la creación), me parece que contraría a la equidad y a las exigencias de la práctica.

⁸⁶⁷ La teoría que yo sigo, en relación con la excepción de falta de emisión, prácticamente implica su inoposición al adquirente de buena fe, como lo determinan las exigencias prácticas, que hicieron aceptar esta consecuencia incluso a algunos de los partidarios de la teoría de la emisión, como *Rocco*. En el derecho brasileño, cf. art. 1506 del cod. civ.

Distinto es el problema de la posibilidad (por demás evidente) de que el propietario o emisor despojado, obre contra los responsables del desapoderamiento.

⁸⁶⁸ La distinción entre "creación" y "emisión" del título, a veces se expresa en leyes especiales. Por ejemplo, cf. la ley francesa de 23 de enero de 1929, sobre las partes sociales, que (art. 1º) menciona la distinta posibilidad para las sociedades de "crear" y "emitir" estos títulos.

La posibilidad para una sociedad de crear partes sociales u obligaciones, conservándolos en cartera (cf. n. 141), claramente evidencia la distinción entre creación y emisión de estos títulos, tal como esta distinción se manifiesta en la cambial, en la hipótesis de la cambial a la orden del propio girador (cf. n. 239).

⁸⁶⁹ *La Lumia, Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, pag. 1; *Bigliani, Rivista di diritto commerciale*, 1937, I, pag. 113 (aunque sustenta una tesis distinta sobre el régimen anterior a la ley cambiaria); *Ferrara, La girata delle cambiali*, pag. 114; *Bracco, La cambiale nella legge uniforme*, n. 202; *Valeri, Diritto cambiario*, vol. I, pag. 236 y vol. II, pag. 243. Como ya indicamos, es idéntica la conclusión de la doctrina brasileña, cf. *Trajano de Miranda Valverde, Sociedades anónimas*, Rio, 1937, pag. 419.

⁸⁷⁰ Cf. *La Lumia, ob. cit.*, y sobre la teoría general de las declaraciones no recepticias, el volumen de *Barassi, La Notificazione delle dichiarazioni stragiudiziali*, Milán, 1908.

tular determinado, sino un titular indeterminado, cuya determinación, como vimos, depende de la propiedad del título.

Los dos principios se concilian, y podemos decir que se apovan recíprocamente, ya que a su vez se armonizan con la delimitación del derecho cartular ante el conjunto de las relaciones existentes entre las partes, independientemente de que sería imposible la "objetivación" del derecho y la asunción de la obligación cartular a favor de un sujeto indeterminado ⁸⁷¹.

Se ha escrito, pues, con mucho beneficio, una abstracción del derecho, en relación con su destinatario ⁸⁷²; esta consecuencia también se impuso a los partidarios de la teoría de la emisión ⁸⁷³.

Esta consecuencia se concilia, por un lado, con la indeterminación del titular del derecho cartular, y, por otro, encuentra en la Convención de Ginebra un fundamento propio y autónomo ⁸⁷⁴, de manera que, a su vez, puede constituir una confirmación de la premisa.

⁸⁷¹ Como deriva de las citas de doctrina, hechas paso a paso, los distintos principios que fuimos enumerando, tuvieron cada uno de ellos su historia; por eso tienen un fundamento exegético independiente y se consideraron aisladamente por los diversos autores, favorables ya a uno o a otro de esos principios.

Es su coordinación la que permite presentar una construcción coherente. V. en este sentido, con relación a la primera edición de estos estudios, especialmente los trabajos citados de *Valeri*, y de *Ferrara Junior*.

⁸⁷² *Arcangeli, Rivista di diritto commerciale*, 1910, I, pag. 437.

⁸⁷³ En este sentido *Arcangeli*, cit., y aún más, *Siegel*, que admitiendo la inoposición de la excepción de falta de emisión, abandona prácticamente el terreno de la teoría de la emisión, tanto que con frecuencia se le incluye entre los fundadores de la teoría de la creación. En el derecho brasileño cf. a *Octavio Mendes*, cit. pag. 87.

⁸⁷⁴ Fue lo que demostró *Bigiavi, Rivista di diritto commerciale*, 1937, I, pag. 113, recurriendo particularmente a las disposiciones de derecho internacional privado.

Aceptada la teoría de la creación, quizá sea más exacto ver en el negocio cartular una *manifestación*, en lugar de una *declaración* (aunque *no recepticia*), de voluntad, admitiendo que el negocio jurídico pueda resultar tanto de una declaración, cuanto de una manifestación de voluntad (sobre un examen de este problema en la doctrina portuguesa, cf. a *Antonio de Arruda Ferrer Correia, Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, São Paulo, 1939, p. 44). Según la teoría de la creación la voluntad constituye el contenido del negocio cartular, mas no hay además de eso una "voluntad" de declarar para otro sujeto ("determinado"). Al contrario, en las declaraciones se encuentra (independientemente de la voluntad que constituye el objeto de la declaración) una voluntad de declarar para otro sujeto (determinado o al público). V. antes n. 34 y a *Manigk, Willengeschäft und Willenderklärung*, Berlín, 1907.

Mientras tanto, podemos seguir hablando de "negocio" jurídico, pues la premisa de la tesis arriba expuesta, es la de que el negocio jurídico pueda resultar de una declaración lo mismo que de una manifestación de voluntad, aunque, por lo menos en general, requiera el derecho, como fundamento del negocio jurídico, una declaración (y no simplemente una manifestación) de voluntad.

Justamente es en esta indeterminación del titular, y por tanto, en la asunción de la obligación con relación a un titular indeterminado, en donde se asienta la "circulación" de los títulos de crédito; y con esta indeterminación se armoniza y justifica la regla de la inoponibilidad de las excepciones.

Por el contrario, la emisión sólo es posible en relación con un titular determinado; para evitar esta necesidad sería preciso admitir que la emisión se hace en relación con el público. Esta es, por ende, una consecuencia que difícilmente puede aceptarse en materia de títulos de crédito ⁸⁷⁵.

Es posible la creación de un derecho que corresponda a un sujeto indeterminado, pero determinable. Por tanto, la abstracción de la persona del destinatario de la declaración peculiar en todos los títulos de crédito, y admitida universalmente, constituye un nuevo apoyo de la teoría de la creación.

Esta teoría, además, textualmente se confirma precisamente en el aspecto en que constituye su máxima dificultad. Es inútil negar que lo que se opone a la teoría de la creación, es la circunstancia de que en el fondo implica la existencia de la declaración cartular, aun cuando el título mismo no haya entrado en circulación: la entrada en circulación del título, constituye una condición para su eficacia; da la posibilidad de que se haga valer el derecho cartular; pero no es una condición para el perfeccionamiento de la declaración ⁸⁷⁶. Mas justamente es esta consecuencia extrema la que se confirma con la nueva ley cambiaria, dado el reconocimiento expreso de la cambial y del cheque a la propia orden del girador ⁸⁷⁷. Me parece que así se reconoce verdaderamente que el título de crédito constituye un valor, de existencia objetiva, por así decirlo, y que en la creación de este valor —que por eso se puede hacer a favor de su propio autor— es donde se debe asentar la constitución del derecho cartular ⁸⁷⁸.

En el transcurso de este volumen a menudo usamos y continuaremos usando el término "declaración" con su connotación actual.

⁸⁷⁵ Lo acepta *Mossa, Dichiarazione cambiaria*, Pisa, 1930, pág. 94 (y parece que en el derecho brasileño, *Pontes de Miranda*, pág. 206) negando, por ende, que la declaración cartular constituya un negocio jurídico. V. adelante, n. 241.

⁸⁷⁶ Justamente es en este terreno en el que la teoría de *Siegel* puede distinguirse de la teoría de la creación.

⁸⁷⁷ Además, un fenómeno semejante se presenta con las participaciones sociales y con las obligaciones, en el caso en que queden en la cartera de la sociedad, para utilizarse en el momento oportuno.

Estos ejemplos además demuestran que la distinción entre creación y emisión encuentra una precisa correspondencia en las exigencias de la práctica.

⁸⁷⁸ La referencia de la letra de cambio a la propia orden, del girador en favor de la teoría de la creación, en *Valeri*, vol. I, pag. 256. La cambial girada a la orden

240.—La aceptación de la teoría de la creación ⁸⁷⁹ naturalmente acarrea una serie de consecuencias. De este modo, es al momento y al lugar de la creación a los que se debe atender, para juzgar del perfeccionamiento de la constitución del derecho, así como a su localización, para los fines del derecho internacional privado ⁸⁸⁰.

La teoría de la creación precisamente implica la afirmación de que el negocio con el que el título entra en circulación (*emisión*), es un negocio extra-cartular ⁸⁸¹, idéntico a aquel a través del cual se realiza después la circulación del título por sus sucesivos poseedores ⁸⁸².

El negocio de emisión es causal y bilateral ⁸⁸³, como causal y bilateral

del propio girador también se admite en el derecho brasileño: art. 1, D. 2044. Cf. al respecto a *Pontes de Miranda*, pag. 155.

La letra de cambio a la orden del propio girador, económicamente se basa en el hecho de que la letra de cambio persigue la movilización de un crédito del girador contra el girado: por tanto, es natural que se pueda girar a la orden del girador, utilizando éste la letra sucesivamente, por medio de un endoso en el caso en que la quiera o descontar o transmitir a un acreedor suyo.

Justamente en la duplicata brasileña (cf. ns. 130 y 321) hay una identidad constante entre la persona del girador y la del tomador, lo que es natural tratándose de un título que obligatoriamente se liga con una venta mercantil a plazo, sobre mercancías, del girador al girado.

Recuérdese que la letra de cambio a la orden del propio girador es perfecta, independientemente de la aceptación; también endosable (así como lo es la duplicata brasileña) antes de la aceptación, lo que evidencia el argumento indicado en el texto, a favor de la teoría de la creación.

⁸⁷⁹ Naturalmente que la teoría de la creación no excluye que para los fines de normas particulares, se deba recurrir a otro criterio. La jurisprudencia, por ejemplo, constantemente recurre al momento de la emisión para juzgar de la regularidad fiscal de la cambial: cf. cas. del Reino de 22 de abril de 1936, *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1936, 145.

Igualmente para decidir sobre la ley de aplicación internacional sobre la validez de una cláusula de oro; convenio que a mi entender se debería regir por la ley del lugar de emisión y no por la del lugar de creación del título. Cf. *Nassbaum, Money in the Law*, cit. pag. 386, nota 25.

⁸⁸⁰ Cf. a *Bigiavi, ob. 1. cit.* Precisamente consagra esa consecuencia el artículo 47 de la ley cambiaria brasileña, sustentándose ese sistema a favor de la teoría de la creación.

⁸⁸¹ Me atrevo a afirmar que es justamente la distinción entre la asunción de la obligación cartular y el negocio de emisión, el elemento verdadero de las doctrinas dualistas, que por eso distinguen la posición del tomador y la del tercero. El error de estas teorías está en haber considerado esa distinción en la propia obligación cartular y no en la existencia, al lado de la declaración cartular, de un negocio de emisión distinto.

⁸⁸² También cf., a *Valeri*, vol. I. p. 132.

⁸⁸³ Realmente notamos su conexión en los títulos abstractos, con la determi-

es el negocio en virtud del cual el título pasa después a manos de sus propietarios sucesivos. Es distinto de la asunción de la obligación cartular, pues ésta se realiza precisamente a favor de un titular indeterminado, en tanto que la transmisión del título no puede realizarse sino a favor de un titular determinado y por una causa determinada.

La emisión del título es *conditio juris* de la eficacia de la obligación cartular⁸⁸⁴.

Los vicios del negocio de emisión, quedan, en consecuencia, sujetos a la misma disciplina de los vicios del negocio de transmisión.

Los vicios relativos a la propia constitución del derecho, esto es, a la propia declaración cartular, por el contrario, quedan sujetos a una disciplina distinta.

Examinaremos, por separado, lo que se refiere a los vicios del negocio de emisión (y el examen, en principio, ya se realizó al investigar la circulación del título, pues se vió que la emisión del mismo se verifica en virtud de un negocio que corresponde al que preside a su sucesiva transmisión) y lo que se refiere a los vicios de la creación, y veremos dentro de qué límites éstos dan lugar a excepciones, que aunque correspondan a la propia declaración cartular, en algunos casos no son oponibles a terceros.

Mas, antes de internarnos en esta investigación, es necesario detenernos en el examen de una teoría que, partiendo de los resultados aceptados por la teoría de la creación, y de los límites que encuentra la oponibilidad de las excepciones relativas a la propia declaración cartular, ahora es casi dominante en Alemania y no dejó de seguirse en Italia.

241.—Realmente no es difícil comprender que una vez aceptada la teoría de la creación, la doctrina considerase un problema ulterior y preguntase si verdaderamente hay un negocio jurídico en la constitución de derecho cartular, o por el contrario, una declaración de voluntad no comercial cuyos efectos, predeterminados por la ley y escapando a la voluntad de las partes, se consagrarían en virtud de los principios de la protección a la buena fe y de la protección a la apariencia del derecho⁸⁸⁵.

nación de la causa de la obligación cartular (cf. antes, n. 67), y en todos los títulos de crédito, con la determinación de la causa de la transmisión de la propiedad; cf. ns. 214 y 215.

⁸⁸⁴ Antes de su realización, existe el negocio cartular, pero aún no es eficaz la obligación cartular (*Carlin, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 1889, p. 16). En consecuencia, ésta queda latente siempre que el título sea propiedad del deudor, o vuelve a ser de su propiedad, pero con la posibilidad de que adquiriera toda su fuerza cuando el título sea propiedad de persona distinta del deudor. Cf. *Valeri*, vol. I, p. 282.

⁸⁸⁵ Esta es sin discusión alguna la doctrina alemana más reciente, que se debe

Para la teoría de la declaración no negocial, en su más perfecta y elaborada formulación ⁸⁸⁶, la declaración cartular se consubstanciaría precisamente con la declaración de apariencia; a la voluntad de declarar la apariencia se vincularían ex lege sus efectos. Esta declaración sería una declaración al público, de carácter no negocial, cuyos efectos presupondrían justamente una mera declaración (aunque viciada): el riesgo de la confianza así creada, debería recaer sobre el subscriptor y no sobre el público.

La condena de esta teoría se asienta en el carácter impreciso de su punto de partida, pues no se sabe en qué basa, en el ámbito del derecho positivo, el pretendido principio de que el subscriptor está obligado a soportar el riesgo de la apariencia que él haya creado, aunque —obsérvese— sin culpa aunque su declaración de apariencia se encuentre viciada, porque se haya realizado con absoluta violencia o hipnotismo. ¿Por qué en esta hipótesis, la protección de la "generalidad" debe prevalecer sobre la del subscriptor? ⁸⁸⁷. La teoría que se examina no responde a esta pregunta; ni puede responder, precisamente porque el principio de la protección de la apariencia, al que recurre, constituye la expresión de una exigencia general, que por sí sola puede justificar las conclusiones más diversas. Esta exigencia se satisface en

especialmente a *Jacobi* (de quien, entre otros trabajos, se puede leer el volumen sobre los títulos de crédito en el tratado de *Ehrenberg*), que se perfeccionó en Italia, principalmente por *Mossa*, en *La Dichiarazione Cambiaria*, Pisa, 1930, pags. 91 y sigs., y en *Cambiare*, n. 160; seguido por *Sotgia*, en *Apparenza giuridica e dichiarazione alla generalità*, Roma 1935, pag. 205. Cf. en el Derecho brasileño a *Pontes de Miranda*, *Letra de Cambio*, pag. 83 y sigs.

En sentido contrario la doctrina italiana dominante, *La Lumia*, *Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, p. 1; *Valeri*, *Diritto cambiario*, vol. I, p. 255.

En los *negocios jurídicos* es distinto el problema de basar, en general, el vínculo del promitente, en el conocimiento (o en el deber de tener conocimiento) para emitir una declaración de voluntad vinculatoria, o sea en su imputabilidad, o sólo en la existencia objetiva de una declaración y en la confianza que así se despierta. Sobre las diversas teorías sobre el fundamento de la eficacia vinculatoria de la declaración negocial, cf., a *Antonio de Arruda Ferrer Correia*, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, São Paulo, 1939, p. 75 y sigs.

⁸⁸⁶ Por obra de *Mossa*, que en principio substituye la apariencia de declaración de *Jacobi*, por la declaración creadora de apariencia: sobre la crítica cf. a *Valeri*, I, p. 255.

⁸⁸⁷ *Mossa*, en verdad, *Dichiarazione cambiaria*, pag. 113 entiende que la excepción sea oponible, cuando al cesar la violencia el subscriptor en general declare a la generalidad que se quiere valer de dicha excepción. Pero ¿dónde está determinada esa obligación de aviso? ¿Y qué quiere decir un aviso a la generalidad? ¿Cuál es la publicidad que se requiere, ante la innegable falta de una disposición legislativa al respecto? ¿Y cómo conciliar este sistema con las exigencias de la simplificación práctica que se deben tener en cuenta, en la materia de los títulos de créditos?

las diversas instituciones, de manera distinta y con reglas, que, por eso, sólo pueden encontrar en este principio una justificación genérica.

Tan es verdad, que refiriéndonos genéricamente a la protección de la apariencia, es difícil encontrar elementos para una disciplina distinta de las diversas excepciones, que tanto frente a nuestro sentimiento de equidad ⁸⁸⁸, cuanto frente a la ley ⁸⁸⁹, presentan un carácter diferente. He aquí, por qué el principio de la protección de la apariencia, estando —¿y quién puede negarlo?— vivo y actuando en la disciplina de los títulos de crédito, precisamente porque están destinados a circular, se realizó concretamente mediante conceptos técnicos más precisos y aptos para satisfacer las exigencias indicadas con los límites y formas en que parecieron dignos de protección.

Por otro lado tampoco conviene olvidar que en la cambial y en los títulos de crédito en general, la autonomía de las partes no queda abolida ⁸⁹⁰, aunque se reduzca su campo de acción en cumplimiento de las exigencias de seguridad y simplicidad de la circulación, que imponen una especie de cierta uniformidad del derecho. Realmente, es verdad que el formalismo peculiar de los títulos de crédito marca una directriz obligatoria a la voluntad privada, pero eso no impide que el sistema jurídico reconozca que compete a ésta fijar el contenido de la obligación ⁸⁹¹ (importe, vencimiento, tomador, lugar del pago, etc.), de tal modo que podamos afirmar la existencia de un “negocio” jurídico.

No importa que algunas consecuencias de éste no se quieran o prevean por el declarante, pues se ha considerado desde hace mucho como perfectamente compatible con el negocio jurídico ⁸⁹².

De aquí podemos ver, en la declaración cartular, no sólo una manifestación de voluntad, sino con mayor precisión, un negocio jurídico ⁸⁹³, aunque

⁸⁸⁸ Creo que es instintivo —por ejemplo— considerar más grave el vicio de la violencia física en la suscripción de la cambial, que el de la emisión involuntaria, y éste, más grave que el de la falta de entrega de la mercancía por cuya adquisición se emitió la cambial.

⁸⁸⁹ Por eso es distinta a la disciplina de los arts. 20 y 21. Generalmente se admite la distinción entre las excepciones oponibles al tercero que las conoce, y las que sólo se oponen al tercero, que al adquirir la cambial haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor; entre las sancadas y las no sancadas por la buena fe del poseedor intermedio.

⁸⁹⁰ Hasta en el sistema de la convención aumentó, por ejemplo, con el reconocimiento de la eficacia cambiaria, en algunos casos, de la cláusula de intereses.

⁸⁹¹ Cf. el estudio de A. Scialoja, sobre las *Fonti delle obbligazioni*, en *Saggi di vario diritto*, Roma, 1930.

⁸⁹² Cf. por último a Barassi, *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, Milán, 1934, pag. 87.

⁸⁹³ Cf. ahora a Valeri, vol. I, pag. 253.

teniendo en cuenta las peculiaridades de este negocio; esto, además, no constituye una preocupación relativa únicamente a la teoría de los títulos de crédito, porque son frecuentes los negocios jurídicos sujetos a normas distintas de las generales.

Esta confirmación no carece de importancia práctica, porque como consecuencia, podremos recurrir a la doctrina de los vicios del negocio jurídico ⁸⁹⁴ al examinar los vicios de la declaración cartular.

242.—Las conclusiones arriba expuestas, naturalmente, valen para todas las declaraciones cartulares. En consecuencia, cuando como en los títulos a la orden, un título de crédito puede contener diversas declaraciones ⁸⁹⁵, cada una de ellas es perfecta a su creación ⁸⁹⁶.

Sin embargo, conviene recordar que todas las declaraciones cartulares, al igual que las de grado distinto, necesitan de un punto común de apoyo, constituido precisamente por la existencia de un título de crédito. De otra

⁸⁹⁴ Es además sintomático que también los que ven en la declaración cartular una declaración a la generalidad, recurran, en materia de vicios, a la doctrina general del negocio jurídico.

Una exasperación, si me es lícito usar este término, de la teoría creacionista, y tal vez, la más rigurosa traducción jurídica de la imagen de la incorporación, es la que constituye la teoría de *Tito Ravá, Il titolo di credito nella teoria dell'acquisto del diritto*, Milán, 1936, a la que tuvimos oportunidad de referirnos (n. 187). En esta teoría se sostiene que en el título de crédito sólo existe la creación de un bien, independientemente de cualquier asunción de la obligación. Esta surge en el preciso instante en que surge el crédito, esto es, por el hecho de la entrada del título en la circulación. La teoría de *Ravá*, en principio, es exacta cuando pone en evidencia la independencia de la creación del bien frente a la eficacia de la relación obligacional (que supone la distinción entre deudor y acreedor), pero a mi modo de ver es inexacta cuando olvida el contenido de ese bien, que presupone precisamente una declaración negocial del deudor.

⁸⁹⁵ Por tanto, las del endoso y del aval son declaraciones unilaterales a favor de un sujeto indeterminado.

La posibilidad de un endoso en blanco confirma esta afirmación respecto del endoso; tal posibilidad, en efecto, se asienta en la concepción del endoso como declaración unilateral a favor de un sujeto "determinable" pero no "determinado".

Además, tuvimos oportunidad de observar (antes n. 209) que el endoso constituye un negocio unilateral, cuando se le considera en su función de requisito para la tradición del título; es lógico admitir que es un negocio unilateral, cuando se le considera como fuente de la obligación de regreso.

A su vez, la independencia del aval, de la validez intrínseca de la obligación del avalado, confirma esta conclusión sobre el aval (cf. antes ns. 73 y 143).

⁸⁹⁶ A su vez, cada declaración cartular se puede vincular con más de un sujeto (p. ej. coemitentes), todos solidariamente responsables (cf. antes n. 143). Esto lo mismo puede suceder en los títulos al portador que en los nominativos.

manera, sería inconcebible que el propietario del título fuese el titular de todos los derechos cartulares en él consignados.

En la hipótesis de que haya una única obligación cartular —y es la hipótesis peculiar de los títulos al portador y de los nominativos ⁸⁹⁷— la creación del título y la de la declaración cartular coinciden.

Sin embargo en la hipótesis de que haya pluralidad de obligaciones cartulares —como en los títulos a la orden, en general— la creación del título y la de la declaración cartular se deben considerar por separado ⁸⁹⁸.

Al respecto, es necesario distinguir la declaración “principal” ⁸⁹⁹ y las demás declaraciones cartulares.

La primera se vincula tanto a la constitución de la obligación cartular respectiva, cuanto a los requisitos para que el título constituya el punto de referencia común ⁹⁰⁰ de todas las declaraciones cartulares.

En forma análoga, el endoso cambiario se debe considerar tanto como una condición para la transmisión del título, cuanto como una declaración cartular, en tanto que es fuente de obligación de regreso.

En el examen de la declaración cartular principal, se debe distinguir la disciplina que le es peculiar en cuanto constituye un requisito del título y la que le es peculiar, en cuanto constituye una fuente de obligación.

Igualmente, para el endoso se debe distinguir la disciplina que le es peculiar en cuanto integra la tradición del título, y aquella que le es peculiar en cuanto es fuente de la obligación de regreso.

⁸⁹⁷ Esta regla no deroga la responsabilidad del transmisor de una acción nominativa de sociedad, por las aportaciones aún no efectuadas, porque la responsabilidad existe para con la sociedad y no para con el portador del título, y no es una obligación que se relacione con la transmisión del título, sino una consecuencia del hecho de que el transmisor haya sido socio.

⁸⁹⁸ Se puede observar que de entre las reglas jurídicas, algunas tratan la calificación de determinados bienes como objeto de derechos reales, *res* en el sentido jurídico; otras, por el contrario, la disciplina de los derechos que tienen por objeto estos bienes (cf., a Ghiron, *Sulla dottrina delle cose immateriali*, en *Studi in onore di Vivante*, vol. I. p. 509). Generalmente se descuida la importancia de la calificación legal de un bien como objeto de derecho, pues sobre las cosas materiales, de cualquier manera ésta es intuitiva.

Por último, la teoría de la creación justamente trata de evidenciar la distinción entre lo que se refiere a la constitución del título, como bien objetivo de derechos, y lo que se refiere a la relación obligatoria que de él deriva.

⁸⁹⁹ La del girador, en la letra y en el cheque; del emitente en el pagaré y en el cheque circular; del capitán, en la carta de porte marítima; del almacén, en el certificado de depósito y así sucesivamente.

⁹⁰⁰ Por esto es que aquellos elementos que son idénticos para todas las declaraciones constantes de un mismo título, derivan de la declaración principal.

La materia de este capítulo se vincula con la declaración cartular en cuanto es fuente de obligaciones.

Examinando los requisitos del título, tuvimos oportunidad de examinar la declaración cartular principal, en cuanto constituye uno de aquellos requisitos; examinando la circulación tuvimos oportunidad de examinar el endoso en cuanto a su función en la transmisión del título ⁹⁰¹.

243.—Los vicios de la emisión del título, y entre ellos naturalmente la falta de una voluntad válida en la emisión, constituyen vicios del negocio de emisión.

Estos vicios no pueden quedar sujetos a una disciplina distinta de la que regula a todos los vicios de la transmisión del título, disciplina que necesariamente es única, tanto en relación con la transmisión por la cual el título sale de las manos del que lo creó, cuanto de aquella por la cual el título continúa circulando.

Por tanto, nuevamente podemos recurrir a la disciplina que examinamos en el capítulo de la circulación, en relación con la transmisión del título.

Lo que se dijo nos autoriza a sostener que dichos vicios se pueden oponer por cualquier deudor ⁹⁰², al que haya participado en la relación de emisión ⁹⁰³, y al que de éste ⁹⁰⁴ haya adquirido el título, con la mala fe ⁹⁰⁵ o

⁹⁰¹ Cf. también más adelante, n. 248.

⁹⁰² En cuanto acarreen la nulidad de la adquisición. Pero cuando tan sólo ocasionen la anulabilidad, sólo se pueden oponer por el deudor cuya emisión sea anulable.

⁹⁰³ Y al sucesor anómalo.

⁹⁰⁴ Cf. n. 221. Quien adquiere en virtud de un negocio de emisión viciado, en última instancia, se encuentra en la misma posición que quien adquiere en virtud de un negocio de transmisión viciado: la buena fe no es suficiente para que sea inoponible la excepción, pues no basta para sanear los vicios del negocio de transmisión. Quien, a su vez, adquiere del que adquirió en virtud de un negocio de emisión viciado, se encuentra en la posición de quien adquirió *a non domino*: se tutela siempre que consigue la posesión del título, de buena fe, conforme a la ley de su circulación, y siempre que a su vez el transmisor se encuentra legitimado.

⁹⁰⁵ Sobre el derecho anglo-norte-americano cf. *Daniel*, § 983 y sigs., con relación a la falta de un negocio de emisión, y sec. 56 N. I. L.

Los vicios del negocio de emisión es raro que en la práctica se presenten solos, porque cuando hay un vicio en el negocio de emisión (p. ej. incapacidad) generalmente hay también un vicio que corresponde al negocio (de creación) cartular. Por esto, no está excluida la hipótesis contraria, p. ej. incapacidad en la emisión, a pesar de la capacidad en la anterior creación de la obligación. No veo razón para derogar las reglas del texto. Cf. también a *Mossa*, n. 211. En contra, *Valeri*, vol. II, pag. 6, entendiendo que la incapacidad del negocio de emisión (a pesar de la capacidad en la creación del título), sea oponible a cualquier portador. En el derecho brasileño cf. en el mismo sentido del texto a *M. Torres*, nota 20, n. 28, de la 3ª edición.

culpa grave; no así al tercero adquirente de buena fe ⁹⁰⁸.

244.—Pasemos ahora a examinar los vicios del negocio de creación.

Las premisas puestas en las páginas anteriores nos permiten aclarar las reglas ya establecidas al respecto en la jurisprudencia, cuya justificación, es aún dudosa.

La disciplina del acto de constitución (de creación) del derecho cartular, en principio, queda sujeta a las normas peculiares de los negocios jurídicos ⁹⁰⁷.

En materia de títulos de crédito, es constante la doctrina que sostiene que hay, entre las excepciones que se vinculan a la constitución del derecho, muchas que son inoponibles al tercero poseedor de buena fe.

De esta manera la doctrina que excluye la oposición al tercero poseedor de buena fe ⁹⁰⁸, las excepciones de error ⁹⁰⁹, dolo y violencia ⁹¹⁰, es exacta.

⁹⁰⁴ Lo que, es innecesario agregar, no excluye que el emitente pueda demandar por daños y perjuicios a los responsables de la emisión irregular.

La inoponibilidad del vicio de emisión al tercero de buena fe, justamente constituye la consecuencia de la teoría de la creación y su justificación práctica. Cf. los casos prácticos indicados en la nota 866.

⁹⁰⁷ Es la doctrina dominante en los sistemas jurídicos modernos. La historia de la cambial demuestra que la capacidad cambiaria con frecuencia fue distinta de la general para la realización de los negocios jurídicos.

Se discute si la asunción de la obligación cartular es o no un acto excedente de los poderes de administración ordinaria. El problema se debe examinar de distinta manera para cada título de crédito. En la que se dice respecto de los títulos abstractos, la propia abstracción de la obligación cartular, dado el rigor de sus consecuencias, es bastante por sí sola para llevar a la conclusión de que su asunción excede a la administración ordinaria. Cf. a *Bolaffio*, *Commentario*, V. Edición pag. 615, y en igual sentido los arts. 9 y 10 de la ley cambiaria y los arts. 12 y 13 de la ley del cheque.

⁹⁰⁸ Entonces el creador del título sólo puede obrar contra los eventuales responsables de la creación irregular.

⁹⁰⁹ Cf. la referencia expresa del art. 736 del Cod. de Com. Argentino.

⁹¹⁰ La declaración cartular, constituyendo un negocio unilateral, además no es recepticio, y no puede en rigor ser "simulada" (cf. a *Ferrara*, *Simulazione*, V ed., pag. 90; a *Valeri*, II, p. 235).

En efecto, hablando de simulación de una deuda cartular a veces (cf. n. 86) se hace mención, no de la simulación de la propia declaración cartular, sino de la asunción de la deuda sin relación fundamental alguna que la justifique (o independientemente de la relación fundamental que la ley exige, en el caso en que se trate de un derecho causal).

Lo mismo pasa en el caso de la indicación en el título de una suma superior a aquella de la deuda derivada de la relación fundamental: en este caso, la falta de relación fundamental es parcial.

En lo que respecta a los derechos causales, realmente hay un fenómeno análogo

Esta inoponibilidad no puede encontrar su justificación en la literalidad o en la abstracción del derecho cartular, porque éstas pueden vedar las

al de la simulación (de la causa); la excepción correspondiente es oponible al tercero que la conoce e inoponible al tercero que lo ignora, conforme a los principios desarrollados en el texto que coinciden, *mutatis mutandis*, con los generales de la simulación (cf. ns. 138 y 139).

Por el contrario en lo que se refiere a los derechos abstractos, la aproximación no es exacta, en vista de la propia abstracción del derecho; pues, como vimos, en efecto la excepción correspondiente constituye una excepción extra-cartular, oponible sólo dentro de los límites que se refieren a la oponibilidad de las excepciones extra-cartulares (cf. n. 86).

A veces, se habla de "simulación" para indicar el caso de la letra, girada sin provisión (sobre la hipótesis análoga en lo que se refiere a la duplicata en el derecho brasileño, cf. n. 130) o contra una persona imaginaria (cf. n. 248). Este uso se vincula al hecho de que en Francia, al principio de la evolución histórica de la cambial, la provisión constituía un requisito de validez del título (cf. n. 277), aún hoy, en el sistema francés constituye un requisito de su (aunque no de "validez") regularidad (arts. 116 y 156, cod. com. franc.; cf. antes ns. 34 y 93). Sin embargo, en esta hipótesis no hay simulación de la asunción de la obligación cambiaria; con motivo de la utilización de la cambial, el girador fraudulentamente trata de hacer creer en la existencia de una relación fundamental, que no existe. En consecuencia, el caso no sólo se refiere a la validez sino más bien a la regularidad del título y a la licitud de su utilización. En efecto, es importante frente a las normas que tratando de garantizar el perfecto desempeño, en el caso concreto, de las funciones típicas de la cambial, tachan de ilícito el acto del que busca su propia ventaja, creando la apariencia de créditos, que no existen. Pero en los sistemas actuales carece de importancia frente a la validez de la obligación del girador: decidiendo de otra manera, llegarse a la disminución de la responsabilidad del deudor, exactamente en el caso en que se debería agravar.

En Francia, también se habla de "simulación" (cf. *Lescot*, vol. I, p. 326), cuando es falsa o imaginaria la firma del girador. También en este caso el fenómeno es distinto. Por un lado no hay ninguna obligación cambiaria del que figura como signatario; por otro lado hay una falsedad del que forja esa cambial. No existe como en la simulación, una declaración que no corresponde a la voluntad real del declarante; hay la inexistencia de declaración y de voluntad del que figura como declarante, a la vez que es un sujeto distinto el que forja la apariencia de una obligación, realmente inexistente.

Asimismo se habla en Francia de simulación, cuando el lugar consignado en la cambial, como lugar de pago o de emisión, es distinto del real, para burlar la exigencia legal del requisito de la *distantia loci*, necesaria en aquel país, hasta la ley de 1894. En esta hipótesis la posibilidad de hablar de simulación se relacionaba con la causalidad de la cambial y por tanto con hecho de que ésta fuese válida sólo mientras concudiese el requisito de la *distantia loci*.

Abandonada esta exigencia, la indicación de un lugar de emisión o de pago, distinto del derivado de la relación fundamental, no constituye un vicio que afecte directamente al negocio cambiario.

excepciones extra-cartulares, o también a las causales, mas no las que se ligan a la propia constitución de la obligación cartular.

Lógicamente estas excepciones ⁹¹¹ deberían ser oponibles a cualquier portador del título ⁹¹².

En realidad, tanto en esta hipótesis, como en aquellas análogas, respecto de la fecha del vencimiento, etc., hay un convenio extra-cartular que determina un lugar o una fecha, distinta de la consignada en la cambial; la indicación consignada en la cambial se utiliza en su transmisión para dar la impresión de una relación fundamental distinta de la real. El vicio se refiere a la regularidad del título; por un lado tendrá importancia frente a las normas que eventualmente dispongan sobre el lugar "real" de la emisión o pago; por otro lado, el convenio extra-cartular arriba indicado fundamentará una excepción oponible en los límites del art. 21. Y es en este aspecto en el que la hipótesis en estudio se aproxima a la de simulación (relativa) y se puede aproximar a la de falta de relación fundamental examinada en la n. 86, en la que igualmente se habla de simulación (absoluta).

Cuando las partes indican un lugar de emisión distinto del real, no siempre quieren sujetar la obligación a las reglas derivadas de esta indicación. Esta manifestación de voluntad es válida, cuando no contrarie disposiciones imperativas de la ley.

Cuando la prueba de una excepción real (p. ej. incapacidad) requiere la demostración del lugar en que efectivamente se emitió, se le podrían aplicar las mismas reglas que examinaremos respecto de la fecha más adelante en el n. 244.

El fraude en perjuicio de acreedores, en la asunción de una deuda cartular, constituye a su vez un vicio causal; por tanto, sujeto a la disciplina propia de las excepciones causales y no a la de las excepciones relativas a la creación de la obligación cartular.

⁹¹¹ Quizá no sea inútil una aclaración: las excepciones que vamos a examinar en el texto, son las que se vinculan con normas establecidas en interés del deudor.

Por esto, la creación del título (o su emisión) se puede reglamentar por normas que, en cambio, persiguen la tutela del portador: es obvio que la inobservancia de tales normas no se puede oponer al portador.

Examinamos y volveremos a examinar un fenómeno análogo en las normas que aunque tratando de que el título cumpla con una función determinada, no por eso persiguen una tutela del deudor, ni por eso acarrear la causalidad del título, ni su inobservancia es oponible al portador (cf. ns. 93 y 276).

⁹¹² Especialmente se debe a *Mossa* el haber puesto en evidencia esta categoría de excepciones y su naturaleza.

Es evidente que estas excepciones son oponibles sólo por el deudor a cuya declaración cartular se refieran.

Cf. en el derecho brasileño el art. 1507 del cod. civ. (excepción basada en la nulidad interna del título). *Pontes de Miranda*, pag. 207, habla de excepciones no literales de la declaración cambiaria.

La distinción que se va a desarrollar en el texto, sobre las excepciones oponibles (aunque relativas a la propia declaración cartular), en el derecho brasileño, correspondería casi a la distinción entre excepciones que acarrear la nulidad, y excepciones que acarrear la anulabilidad de la obligación. Este paralelismo es imposible en el derecho italiano, en vista del hecho de que *siempre* es oponible la ex-

En realidad, la explicación de la inoponibilidad se asienta precisamente en la indeterminación del titular activo del derecho.

Las excepciones de error, dolo y violencia realmente se refieren al acto de la constitución del derecho ⁹¹³, pero la demostración de esas excepciones implica el análisis de la relación de emisión que, como vimos, es extraña a la constitución del derecho cartular.

Por eso es que no se pueden oponer al tercero poseedor ignaro, que no haya participado en la relación de emisión; realmente implicarían un examen de esa relación de la que tal poseedor es extraño ⁹¹⁴, de manera que quedaría expuesto a excepciones basadas en relaciones que le son desconocidas y sobre las que le faltaría hasta la posibilidad de defenderse eficazmente.

Mas estas razones no subsisten cuando el poseedor haya participado en la relación de emisión o conozca ⁹¹⁵ el vicio de constitución ⁹¹⁶.

cepción de incapacidad, que en este caso acarrea la anulabilidad. (Sobre las discusiones al respecto, en el derecho brasileño, y sobre la distinta disciplina de la excepción de incapacidad, cf., más adelante, n. 244). Además, también en el derecho brasileño el paralelismo arriba indicado no tomaría en cuenta la disciplina de las excepciones causales en los derechos causales.

⁹¹³ A la vez que las excepciones extracartulares se basan en un convenio distinto, invocable eventualmente aun cuando el título sea nulo, es fuente de derechos que se encuentran sujetos al respectivo plazo de prescripción, y al final la excepción extracartular se basa en el derecho de repetición (cf. n. 74) que, en el caso en que el título se hubiese pagado, se podría deducir en vista del convenio extracartular.

⁹¹⁴ Esta explicación fue adelantada por *Arcangeli* en el estudio fundamental, muchas veces citado, de la *Rivista di diritto commerciale*, 1910, I, pag. 437.

⁹¹⁵ Entiendo que al apreciar el conocimiento o ignorancia del poseedor, siempre hay que tener en cuenta el momento de la adquisición del título, aplicando la regla general de que *mala fides superveniens non nocet*.

⁹¹⁶ Nótese que es suficiente el simple "conocimiento" del vicio, a diferencia de lo que observamos sobre la oponibilidad de las excepciones extra-cartulares (art. 21). En efecto, éstas sólo son oponibles al portador que participó del convenio relativo, o que al adquirir el título haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor.

Esta diferencia encuentra su justificación en el hecho de que, en el primer caso, se trata de excepciones relativas a la propia constitución del derecho cartular, a diferencia de lo que ocurre en el segundo. La construcción del texto lógicamente trata de justificar por qué las excepciones extracartulares son inoponibles al tercero, siempre que no ocurra la hipótesis del art. 21, a la vez que las excepciones cartulares que son inoponibles al tercero lo son sólo en el caso de que no conociese el vicio. Realmente, admitida la justificación del texto sobre la inoponibilidad de estas últimas excepciones, de la propia explicación deriva el límite de la inoponibilidad.

Desde el punto de vista práctico, recuérdese que el límite de la inoponibilidad de las excepciones extracartulares, coincide con la posibilidad de que a su vez el deudor recupere de su deudor la suma pagada al tercero (cf. n. 85). Esta posibilidad no subsistiría para la más importante de las excepciones cartulares inoponibles, o sea:

Esta me parece ⁹¹⁷ que sea la justificación de la inoponibilidad de las referidas excepciones, al tercero poseedor, que ignora el vicio, siendo al mismo tiempo la razón de la oponibilidad a cualquier poseedor, lo mismo que al tercero que ignora el vicio, de otras excepciones, que igualmente se vinculan con la constitución del derecho.

De hecho, es constante la jurisprudencia que consagra la oponibilidad a cualquier poseedor, tanto de las excepciones de falsedad u homonimia de la firma, de falta o exceso de poderes ⁹¹⁸, de falsificación del contenido del título ⁹¹⁹ y ⁹²⁰ de ⁹²¹ incapacaci-

el error (que no se debe a influencia de parte contraria). Por esto, es natural que la excepción entonces se deba oponer al tercero que la conozca. Sobre las excepciones causales, deriva del propio concepto de causalidad y de abstracción, a que se deben sujetar o a la reglamentación de las excepciones cartulares, o a la de las extracartulares, según que el derecho sea causal o abstracto (n. 246), coincidiendo el distinto límite de su inoponibilidad con las justificaciones en que se basa la distinción entre derechos cartulares, causales y abstractos.

⁹¹⁷ Acompañando a *Arcangeli, ob. i. cit.*

⁹¹⁸ Sólo es propia de los títulos cambiarios la sanción especial del art. 11 de la ley (en el derecho brasileño cf. art. 46 del Decreto n. 2044), que determina que el representante que firma una cambial sin poder bastante queda obligado, no sólo personalmente (lo que corresponde a las reglas generales), sino también cambiariamente. A este respecto en el derecho anglo-norte-americano, cf. a *Daniel, ob. cit.* § 342.

Sobre la posibilidad de que el representado oponga al tercero la excepción del conflicto de intereses con el representante que asume la obligación en nombre del representado, cf. Cass. 23 de noviembre de 1934, *Rivista di diritto commerciale*, 1935, II, 408.

⁹¹⁹ El art. 88 de la ley cambiaria dispone, al respecto, consagrando la jurisprudencia anterior, que "En el caso de alteración del texto de la cambial, el que firmó después de la alteración, responde en los términos del texto alterado; el que firmó antes, responde en los términos del texto original.

En tanto que no aparezca del título o no se demuestre que la firma se haya puesto antes o después, se presume que se puso antes".

La orientación que se sigue, en principio corresponde a la que se basa en el principio de la autonomía de las obligaciones cambiarias (art. 7 de la ley cambiaria).

A su vez, el principio de la autonomía (o independencia, conforme a la terminología del art. 43, D. n. 2044, en el derecho brasileño) de las obligaciones cambiarias, coincide con los principios generales de todos los títulos de crédito. Así como el deudor no puede oponer al portador excepciones derivadas de sus relaciones personales con los anteriores portadores, tampoco puede oponer excepciones personales a otros deudores.

⁹²⁰ En las hipótesis precedentes más que de vicio de la declaración cartular, se trata de la inexistencia de ésta o de su inexistencia con aquel alcance que aparentemente derivaría del título cuyo contenido es falso.

⁹²¹ Es pacífica la oponibilidad de las excepciones que se vinculan con la falta de

dad ⁹²².

Todos estos vicios correspondientes al acto de constitución del derecho, son oponibles a cualquier poseedor; y a diferencia de lo que acontecía con los anteriores, no implican en su demostración ningún análisis de la relación de emisión, de manera que no hay razón alguna para vedar su oposición ⁹²³

los requisitos de forma, tanto del título, cuanto de las distintas declaraciones (p. ej. requisitos de forma del aval cambiario) y por tanto, a la nulidad del título o de la declaración, verificable *ictu oculi*. Cf. ns. 18, 212 y 240.

Recuérdese, al respecto, que en el derecho italiano cualquier declaración cartular debe aparecer del título y de una firma en el título. Sobre el endoso, cf. n. 204, y sobre el aval el n. 73.

⁹²² Sin embargo, se discute la disciplina de las excepciones de violencia absoluta y de hipnotismo. De acuerdo con la tesis del texto, estas excepciones siempre son oponibles al tercero. En igual sentido, *Valeri*, vol. I, pag. 300 y 1, 234; Cass. 11 de mayo de 1934, *Foro it.* 1934 I. 1071 (sobre la hipótesis de la *vis absoluta*).

⁹²³ Se puede observar, desde el punto de vista práctico, que a la vez que en estas hipótesis la inoponibilidad de estas excepciones acarrearía una gravísima renuncia en lo que respecta a la tutela del obligado; su oponibilidad no constituye un obstáculo a la circulabilidad del título, en vista de la rareza de la hipótesis.

Esto también acontece con las excepciones basadas en la nulidad de la emisión de las obligaciones (cf. n. 141). La opinión contraria, que se sustenta en el derecho brasileño, a veces se liga con una interpretación literal del art. 1507, cod. civ. bras. y con la teoría de que los vicios oponibles al tercero de buena fe, deben aparecer del propio título. Sobre el derecho brasileño, cf. (criticando esta interpretación) a *Waldemar Ferreira, Tratado das debentures*, Río, 1944, vol. I, p. 171, que observa justamente que quien adquiere obligaciones, tiene la posibilidad y el deber de comprobar la regularidad de su emisión.

En general, la teoría que basa la oponibilidad o inoponibilidad de la excepción sobre el hecho de que ésta aparezca o no del propio título, en síntesis constituye una formulación simplista, aunque difundida, de la teoría de la apariencia.

Se trata de una formulación inocua si estadísticamente se quiere indicar un resultado frecuente en las reglas de los títulos de crédito; inexacta (como además es inexacta la teoría de la apariencia) si técnica y rigurosamente se quieren resumir las reglas sobre los títulos de crédito.

Estas justamente exigen que ante todo se tenga en cuenta el interés de la circulación y su tutela, mas no que se sacrifiquen los intereses del deudor (y de sus acreedores), o más allá de lo que exige la tutela de la circulación.

Por esto, la teoría de los títulos de crédito nunca se satisface con fórmulas simplistas, por lo que trató de elaborar una serie de conceptos técnicos (literalidad, abstracción, etc.) para alcanzar soluciones más justas y precisas.

Tal procedimiento también se impone en las excepciones que se derivan del propio negocio de creación cartular, y realmente éste es el procedimiento adoptado por la doctrina.

Los casos de incapacidad, violencia absoluta, hipnosis, así como el que se menciona en esta nota, demuestran los diversos resultados derivados de la regla que

al tercero poseedor de buena fe ⁹²⁴; vuelven entonces a ser aplicables las reglas del derecho común, de conformidad con el principio fundamental antes indicado, de que la obligación también se puede basar en los títulos de crédito, sólo sobre la voluntad y la capacidad del obligado; de que ella deriva de un negocio jurídico.

excluye cualquier excepción que no resulte del propio título y de la regla formulada en el texto.

La hipótesis considerada en esta nota, a veces suele oscurecerse por una analogía que sólo superficialmente es exacta: aquella hipótesis del billete de banco o de papel moneda emitidos más allá de los límites legales. Un caso semejante se presenta en el derecho italiano, con los límites de la emisión de los cheques circulares (cf. n. 278). En esta hipótesis es obvio que la excepción es oponible al portador. Se trata de la violación de una regla establecida en interés del portador (cf. nota 911) y no en el del deudor y sus acreedores, como en el caso de la emisión de obligaciones (cf. n. 141).

⁹²⁴ En relación con la incapacidad, se intenta justificar la norma con exigencias especiales de orden público (*Vivante, Valeri*), explicación que puede dar lugar a más de una duda, especialmente en algunos casos, de incapacidad, aunque actualmente están abolidos en nuestro sistema jurídico.

Al examinar, ante el derecho comparado, el problema de la capacidad cartular, es conveniente no olvidar que precisamente en relación con la capacidad, con frecuencia son más profundas las diferencias entre los diversos derechos, diferencias que naturalmente también se reflejan en el problema de la capacidad en materia de títulos de crédito. La disciplina de la capacidad cambiaria no se incluyó, de hecho, en la Convención de Ginebra.

El derecho italiano, por ejemplo, en relación con la edad del sujeto, ignora la distinción entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa, adoptada en el derecho francés y en el brasileño.

En el derecho brasileño, cf. acerca del problema de la capacidad cambiaria, a *Pontes de Miranda, ob. cit.*, pág. 57. Este autor considera como simplemente personal la ejecución de incapacidad relativa en el derecho brasileño, argumentando con el principio de la apariencia; en contra de *M. Torres*, nota 20, n. 28. La jurisprudencia italiana constantemente admite la oponibilidad de la excepción de incapacidad al mismo tercero de buena fe.

Sobre la hipótesis del menor que dolosamente se declara mayor de edad, cf. en de nuestro derecho a *Valeri, vol. II*, pág. 7, donde se encuentran referencias ulteriores; en el brasileño a *Pontes de Miranda, ob. cit.*, donde también se hallan ulteriores referencias.

En este último aspecto, es conveniente recordar la diferencia entre el artículo 1305 del Cod. Civil italiano y el art. 155 del cod. civil brasileño. El art. 155 veda la excepción al menor "que en el acto de obligarse, espontáneamente se declaró mayor", en tanto que el art. 1305 establece lo contrario. La solución de *Pontes de Miranda*, puede ser por eso convincente en el derecho brasileño, pero es contraria al art. 1305 en el derecho italiano.

Permítaseme poner de relieve que en relación con los criterios sustentados en el texto, la incapacidad da lugar a una simple excepción personal en todos los casos

Además ya observamos que la expresión "excepciones personales", con que la ley indica las excepciones inoponibles al tercero poseedor, se refiere a aquellas que derivan de relaciones extra-cartulares; por tanto, se puede aplicar a las excepciones que, aunque derivan de los vicios de constitución del derecho cartular, implican en su demostración la investigación de una relación extra-cartular, como la de emisión, pero no es aplicable a las excepciones que derivando de vicios de constitución del derecho cartular, no im-

(o en los sistemas jurídicos) en que solamente se puede invocar contra la parte que obró de mala fe (como en el caso del art. 336 del cod. civil it. de 1865) o en relación con el perjuicio causado al menor (cf. art. 1305 cod. franc.). Efectivamente, la jurisprudencia francesa dispensa este último requisito, al ver en la incapacidad una excepción real. A su vez los que consideran la incapacidad como una excepción personal, recurren al requisito indicado. Cf. *Lescot*, vol. I, p. 215, que, adhiriéndose a la tesis de la jurisprudencia, agrega que es posible en este caso la validez, como simple promesa de la obligación cambiaria inválida. Quizás sería más exacto (cf. antes n. 18) decir que la invalidez de la obligación cambiaria no abarca la de la obligación del negocio fundamental.

Es en este aspecto en el que se revela la diferencia entre el criterio que acepto y el indicado arriba, de *Valeri*, que ve en la incapacidad una excepción absoluta (cf. a *Valeri*, vol. II, pág. 19), y entiende que por una exigencia de orden público se impone su oposición a cualquier tercero.

Tanto la diversidad del régimen y de caracteres de la incapacidad en el cuadro del derecho comparado, cuanto la oportunidad práctica de restringir la oposición de la excepción de incapacidad, me parece que aunque sea en algunos casos, van más a favor de la tesis del texto, que a favor de las tesis contrarias, como la de *Valeri*, que se encuentra en el extremo opuesto de la de *Mossa*.

Cuando la excepción de incapacidad sea oponible, acarrea como consecuencia la posibilidad de rectificar la fecha en el título (ante o postdatado), precisamente para los fines de probar la excepción (*Valeri*, vol. II, p. 7; *Vivante*, vol. IV, n. 1595; en contra *Mossa*, n. 214). En este caso, en realidad no se trata de la impugnación de la fecha, sino simplemente de la prueba de la incapacidad del subscritor. La fecha, en efecto, se puede considerar en un doble aspecto (cf. en el derecho brasileño a *Saraiva*, pág. 161 y sigs.): como indicación de un hecho, o como expresión de la voluntad del subscritor acerca del momento en que jurídicamente deba valer como momento constitutivo del negocio jurídico. La voluntad del subscritor válidamente se puede manifestar en este sentido, y por eso, la antedatación o postdatación, no son en sí mismas nulas, ni constituyen una simulación, sino que encuentran un límite en el respeto necesario a normas imperativas de ley. Por tanto, la fecha efectiva podrá ser reestablecida, toda vez que se trata de verificar cuál es el momento constitutivo del negocio jurídico en relación con los efectos que la voluntad privada no puede hacer derivar de un momento anterior o posterior al de la constitución del negocio. La investigación de la fecha efectiva se hace para esos fines y sólo para esos fines. Precisamente es lo que sucede en relación con la prueba de la incapacidad; es lo que pasa con el cheque en lo que respecta a su regularidad y a las consiguientes sanciones. Cf. en el mismo sentido, en el derecho norteamericano, Sec. 12 N. I. L.

plican en su demostración aquella investigación, porque no sean conexas con alguna relación extra-cartular ⁹²⁵.

245.—La justificación que de este modo se ha aceptado de la inoponibilidad de muchas excepciones que derivan de la constitución del derecho cartular, nos permite entender que la inoponibilidad del error, del dolo y de la violencia, al tercero poseedor que las ignora, es peculiar no sólo en los títulos abstractos, sino en todos los títulos de crédito.

En efecto, no reposa, como ya vimos, en la abstracción del derecho, sino que deriva del hecho de que el titular del derecho es el propietario del título, y de que el negocio de emisión constituye un convenio extra-cartular ⁹²⁶.

Por eso dicha norma es peculiar de todos los títulos de crédito, porque en todos ellos, independientemente de su abstracción, el titular del derecho es el propietario del título.

La inoponibilidad de las excepciones de error, dolo y violencia, al poseedor del título de buena fe, constituye una regla general para todos los títulos de crédito.

Sobre este aspecto conviene recordar que en los títulos causales, los vicios causales constituyen vicios que se vinculan con la constitución del derecho cartular, pero cuya demostración implica un análisis de la relación de emisión.

Estos vicios, como en varias ocasiones lo hemos indicado, tratándose de los títulos causales, no son oponibles al poseedor que los ignore.

246.—Las conclusiones prácticas a que llegamos son las comunes en la doctrina y en la jurisprudencia ⁹²⁷, mas la explicación que aceptamos fue rechazada ⁹²⁸, prefiriéndose recurrir a otro principio, esto es: de la

⁹²⁵ Ya nos ocupamos del distinto orden de ideas que sigue *Mossa*. Aquí sólo trato de recordar que, según las premisas que establece *Mossa*, llega a consecuencias distintas de las del texto, en relación con la violencia absoluta y la hipnosis. En este caso, *Mossa* reconoce la inexistencia de la voluntad cartular, pero admite, como indicamos, la oposición de la excepción sólo por el suscriptor que, habiendo cesado el efecto de la violencia absoluta o del hipnotismo, haya declarado a la generalidad, su deseo de valerse de la excepción respectiva.

⁹²⁶ Presupone la aceptación de la teoría de la creación.

⁹²⁷ V. *Valeri*, vol. I, pág. 299. Nótese que la coincidencia también concierne al punto de la oposición de estas excepciones al tercero que las conoce, a distinción de lo que sucede con las excepciones reglamentadas en el art. 21. En el derecho norte-americano, cf. Sec. 56 N. I. L.

⁹²⁸ En la doctrina alemana, un orden de ideas quizá no distante del del texto es la de *Staub-Stranz*, en el comentario a la ordenanza alemana de cambio, pág. 237 de la edición de Berlín, 1934.

prevalencia de la declaración, sobre la voluntad, en materia cambial ⁹²⁹.

Pero ¿cuál es la explicación de este predominio de la declaración sobre la voluntad, que, por cierto, no se consagra directamente por ningún artículo de la ley y que se puede observar que es peculiar no solamente en los títulos cambiarios, sino en todos los títulos de crédito? ⁹³⁰.

¿Por qué la declaración, esto es, la voluntad como se manifiesta, debe prevalecer sobre la voluntad real en una medida distinta, y conforme a principios distintos de los generales sobre los negocios jurídicos?

La respuesta a estas preguntas me parece que está precisamente en las páginas anteriores. Concluyendo, podemos afirmar, por un lado, que en materia de títulos de crédito, vale el principio del predominio de la declaración sobre la voluntad, lo que está en plena armonía con la especial importancia que en esta materia adquieren las exigencias de protección al tercero ⁹³¹; y, por otro lado, que la explicación, y con ésta, el alcance más preciso de dicha afirmación, se obtiene al observar que algunas excepciones, aunque relativas a la propia declaración cartular, sólo se pueden investigar concretamente con el examen del negocio de emisión, que es extraño a la constitución del derecho cartular ⁹³². Por eso estas excepcio-

⁹²⁹ En este sentido *Valeri*, ob. cit.; *Ferrara*, *Girata della cambiale*, pág. 130.

⁹³⁰ *Valeri* y *Ferrara* llegan a deducir el principio declarativista, de la disciplina de la obligación cambiaria. Sin embargo, el principio vale para todos los títulos de crédito.

⁹³¹ Y con más generalidad, las de la certeza jurídica.

En vista de que la declaración cartular se destina a un sujeto indeterminado, se podrá sustentar que en su interpretación se deben seguir criterios objetivos, aunque se admita una orientación distinta sobre los negocios jurídicos en general. Deberá prevalecer el sentido deseado, cuando su acreedor lo hubiese conocido.

⁹³² *Messineo*, vol. I, pág. 251, criticó la construcción del texto, porque ésta implicaría una confusión entre la constitución y la transmisión del derecho. Es evidente que no hay confusión alguna, sino reconocimiento de la inevitable conexión práctica que existe entre la constitución y la emisión.

Ferrara Junior, págs. 116 y 141, observa que ninguna de las excepciones del negocio cartular, en lo absoluto, puede implicar la investigación del negocio de emisión, sino que es más fácil comprobar lo contrario pensando en la hipótesis del error.

Messineo, vol. I, pág. 252, entiende que determinadas excepciones, relativas al mismo negocio cartular, sean inoponibles al poseedor, aunque ignore la forma como en "concreto" se realizó la creación del título. Es evidente (y basta pensar nuevamente en la hipótesis del error) que esa creación "en concreto" a que recurre *Messineo*, en realidad está constituida por la creación y por el negocio de emisión, lo que en el fondo concuerda con la tesis del texto.

Ferrara Junior, pág. 141, para el mismo fin, prefiere recurrir al formalismo cartular, pero la referencia es por demás genérica para dar la explicación de la ino-

nes son inoponibles al tercero que las ignora, siempre que no haya participado en el negocio de emisión ⁹³³.

Recuérdese que son inoponibles las excepciones causales al tercero que las ignora y que no haya participado en el negocio de emisión, en los derechos cartulares causales. En efecto, éstos, aunque se vinculan (dada la causalidad del derecho) con la propia constitución del derecho cartular, es obvio que para su verificación implican la investigación del negocio de emisión. En los derechos cartulares abstractos, indicamos que, al contrario, la causa no se liga directamente con el negocio cartular, por lo que las excepciones causales se deben considerar como excepciones extra-cartulares, oponibles, al que es sujeto del convenio relativo o al que al adquirir el título haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor, e inoponibles al tercero poseedor, aunque tenga cierto conocimiento de la excepción.

Sin duda alguna, hay una diferencia en el régimen de las excepciones causales, entre los derechos cartulares abstractos y los causales ⁹³⁴, mas esta diferencia, al fin, no es muy grande dentro del conjunto de los principios propios, de todos los títulos de crédito ⁹³⁵.

Lo que confirma la tendencia de estos estudios en buscar principios

ponibilidad de muchas excepciones y de la oponibilidad de otras.

Valeri (a quien se debe la formulación del principio recordado en el texto, del predominio de la declaración sobre la voluntad interna), vol. I, pág. 299, observa que con la explicación del texto, el elemento causa algunas veces sería de importancia también para la apreciación del elemento voluntad.

En realidad las consideraciones del texto (excluyendo la oponibilidad de las excepciones, siempre que para su investigación sea necesario recurrir al negocio de emisión) evitan esa importancia.

Lescot, vol. I, p. 474, concuerda con las conclusiones prácticas que se exponen en el texto, pero critica la construcción, escribiendo que las excepciones que se examinan se refieren a la propia declaración cartular. La construcción del texto se fundamenta precisamente en la observación de que estas excepciones se refieren a la propia declaración cartular, y por tanto la crítica no me parece procedente.

⁹³³ Sobre la disciplina de los vicios de constitución del derecho cartular, en el derecho anglo-norte-americano, y para la distinción entre las excepciones relativas, oponibles o inoponibles al tercero, cf. a *Daniel*, *ob. cit.* § 983 y siguientes. (§ 987 en relación con el error; § 1006 en relación con la violencia. Debe recordarse la diferencia entre el derecho anglo-sajón y el continental sobre los principios generales relativos al error y a la violencia).

⁹³⁴ Sobre la justificación práctica de esta diferencia cf. n. 244.

⁹³⁵ Recuérdese la importancia de la causalidad en lo que se refiere a los efectos de derecho real, de la circulación de los títulos representativos (cf. ns. 139, 303 y 306), lo que vuelve a poner de manifiesto la importancia de la distinción entre derechos abstractos y causales. Confróntense también los problemas que examinaremos más adelante, ns. 276 y sigs.

básicos fundamentales, sobre la naturaleza del derecho cartular comunes a todos los títulos de crédito, y en poner en evidencia cómo, a veces, los títulos causales se encuentran en situación análoga a aquella en que se encontraban antes, los que hoy son títulos abstractos. Mientras tanto, el examen que hicimos de los diversos títulos de crédito, de su diversa disciplina, aunque dominada por principios básicos comunes, confirma a su vez la oportunidad de subdistinguir entre los títulos de crédito, a los títulos abstractos y a los causales; y entre los derechos cartulares a los derechos abstractos y a los causales ⁹³⁶.

247.—Resumiendo lo que hasta aquí hemos observado, podemos afirmar que el simple conocimiento de los convenios extracartulares (entre los cuales está el relativo a la causa en los derechos cartulares abstractos) así como de sus vicios, en principio carece de importancia, porque las excepciones respectivas sólo se pueden oponer al portador del título que al mismo tiempo sea sujeto del convenio extra-cartular, o que, al adquirir el título, haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor.

El simple conocimiento, en el acto de la adquisición, de la falta de titularidad de su antecesor ⁹³⁷, vuelve de mala fe al poseedor del título, que por eso no se puede considerar como titular del derecho respectivo.

Finalmente, las excepciones que derivan de la propia constitución del derecho (entre ellas, las excepciones causales en los derechos causales) son

⁹³⁶ Por eso no seguiría aquella orientación en la que es irrelevante la distinción entre derechos cartulares abstractos y causales (cf. realmente a favor de la distinción y en el sentido del texto, a *Valeri*, vol. I, p. 9), y que además tiende a resumir coherentemente, en una única categoría, las excepciones extracartulares y las cartulares inoponibles al tercero que las ignora.

Se pone en evidencia la distinción, no sólo en una diversidad de funciones económicas, de estructura y de disciplina jurídica, sino también en una diversidad de la disciplina del régimen de las excepciones causales, que conforme a la diferencia entre derechos abstractos y causales, están sujetos a la disciplina de las excepciones extracartulares o a aquella de las excepciones cartulares (inoponibles, al tercero que las ignora). Esta diferencia, a pesar de que no es grande, prácticamente se justifica (cf. n. 244); históricamente se revela que en la historia de la canbrial, coincide con su paso de título causal a título abstracto; dogmáticamente, con la diferencia entre excepciones extracartulares y cartulares. Confundir en una única categoría tanto las concepciones extracartulares como las cartulares inoponibles al tercero que las ignora (p. ej. error) me parece, por un lado olvidar las razones prácticas que justifican la diferencia de reglamentación; por otro lado, su distinta naturaleza jurídica, que a su vez prácticamente resalta, en lo que se refiere a la prueba de la excepción, al valor del título como documento del convenio extracartular, a la prescripción, y así sucesivamente.

⁹³⁷ O, lo mismo en los títulos cambiarios, en el derecho italiano la culpa grave en la adquisición. Cf. a *Bonelli*, n. 367.

inoponibles al tercero poseedor que ignora el vicio, cuando para su demostración sólo impliquen la investigación de la relación de emisión.

El portador, cuya titularidad no deriva del título sino de un negocio de transmisión del derecho, realizada según las reglas del derecho común, queda sujeto a las excepciones oponibles a su antecesor ⁹³⁸, que al contrario son inoponibles al que originariamente deriva su derecho de la propiedad (o de la posesión a título pignoraticio, etc.) del título.

248.—En los títulos de crédito que implican una pluralidad de declaraciones cartulares, como ya lo indicamos, conviene distinguir por un lado los requisitos propios de cada declaración y sus vicios, y por otro, los requisitos propios del título, y que por esto son el presupuesto de la validez de cualquier declaración en él contenida.

Cuando una declaración cartular, que llamamos principal ⁹³⁹, caracteriza al título de crédito constituyendo un requisito del mismo, en relación con esa declaración, se deberá recurrir a una doble serie de conside-

⁹³⁸ Naturalmente que no de las oponibles al antecesor del antecesor, a menos que también, a su vez, éste también haya sido un poseedor anómalo.

⁹³⁹ La declaración cartular principal (con el mismo sentido *Valeri*, vol. I, p. 93, habla de declaración "originaria"; *Vivante*, n. 1028, de "obligación fundamental") es la que caracteriza al título; por lo que éste no es perfecto si le falta esa declaración, pues las demás declaraciones tienen un carácter eventual. Así, si en la letra cambiaria, la declaración principal es la del girador, faltando ésta, el título no puede constituir realmente una letra cambiaria. Las demás declaraciones (del aceptante, endosante, avalista, etc.), pueden o no existir, y en consecuencia, habrá o no habrá diversas obligaciones cartulares, además de la del suscriptor de la declaración cartular, principal. Cf. antes n. 242.

Esto no significa que la declaración principal se deba poner cronológicamente antes que las otras. Este asunto ya se examinó, al tratar de la cambial en blanco (antes, n. 20).

La "declaración" principal no siempre es la que importa en la "obligación directa", entre las diversas obligaciones que en relación con las diversas declaraciones puestas, pueden derivar del mismo título de crédito. Obligación directa, es realmente aquella cuya falta, o cuyo incumplimiento, o (para usar un término de carácter general) la presunción de cuyo incumplimiento, está subordinada a la posibilidad de hacer valer las otras obligaciones.

En los títulos que tienen la forma de una orden, de la declaración principal deriva una obligación de regreso (tal como en la letra de cambio es directa la obligación del aceptante, en tanto que es de regreso la obligación del girador); en los títulos que tienen la forma de una promesa, la obligación directa deriva de la declaración principal (tal como en el pagaré, en las obligaciones, en los títulos causales examinados en el capítulo relativo de este libro).

Nótese que en la primera hipótesis, aun puede no derivar obligación alguna de la declaración principal: tal es el caso en la letra de cambio girada a la orden del propio girador; lo mismo pasa con la duplicata brasileña (cf. n. 130).

raciones ⁹⁴⁰: considerada de hecho, en relación con los requisitos del título, basta que extrínsecamente sea regular ⁹⁴¹ y la falta de regularidad extrínseca se puede oponer por cualquier obligado, a cualquier portador; considerada como declaración cartular (y por tanto en sus efectos en relación con el obligado), se debe considerar en su validez intrínseca, y sus vicios se pueden oponer sólo por el obligado principal, sea cualquier portador, o sea sólo al portador que conozca el vicio, de acuerdo con el criterio ya indicado.

⁹⁴⁰ Sobre la circulación de los títulos a la orden, es análoga la regularidad extrínseca, y la continuidad de los endosos y es bastante para legitimar al poseedor; para fundar la obligación de regreso es necesaria la validez intrínseca del endoso.

⁹⁴¹ De este modo en la cambial, la declaración cartular del girador o del emisor es válida extrínsecamente, aunque esté viciada y aun sea inexistente intrínsecamente (p. ej. por falsedad de la firma o porque la firma corresponda a un nombre imaginario) es bastante para los requisitos del título, o sea para dar vida a un título de crédito, suficiente como base de obligaciones cambiarias válidas. Tal es el conocido principio de la autonomía de las obligaciones cambiarias: art. 7 de la ley cambiaria. Este artículo, de conformidad con la Convención de Ginebra (más amplia en este aspecto que el proyecto de La Haya) expresamente menciona el caso de firmas de personas imaginarias. Cf. también a *Lescot, Supplément*, n. 3. Cf. en el derecho brasileño el art. 43 D. 2044, en el que no se menciona el caso expresamente.