



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

www.juridicas.unam.mx

QUINTA PARTE

EL EJERCICIO Y LA EXTINCIÓN DEL DERECHO CARTULAR

EL EJERCICIO Y LA EXTINCION DEL DERECHO CARTULAR

SUMARIO: 249. Titularidad y legitimación.—250. Titularidad y legitimación, en la circulación del título.—251. Efectos de la legitimación.—252. Posición del deudor.—253. Oposición al pago.—254. Posición del adquirente del título.—255. Continuación.—256. Necesidad de la presentación del título.—257. Procedimiento de cancelación.—258. Continuación.—259. Su disciplina.—260. Reivindicación.—261. Condiciones ulteriores para el ejercicio del derecho cartular.—262. Plazos de prescripción y de caducidad.—263. Excepciones respectivas.—264. Requisitos del título.—265. Extinción del derecho cartular.—266. Hechos jurídicos cartulares y carga de la prueba.—267. Clasificación de las excepciones.—268. Disciplina del procedimiento.—269. Ejecutividad.

249.—En las páginas anteriores, cuando tratamos de la titularidad del derecho cartular, nos detuvimos sobre la diferencia entre titularidad y legitimación, procurando demostrar que mientras la titularidad deriva de la propiedad del título, la legitimación corresponde al poseedor del título, de acuerdo con la ley de su circulación: nominativa, a la orden, al portador.

Entonces examinamos esa legitimación, distinguiendo la legitimación nominal de la real: aquélla, propia de los títulos nominativos y de los a la orden ⁹⁴²; y ésta, peculiar de los títulos al portador. En los primeros, a distinción de lo que ocurre con los segundos, la persona cuyo nombre figura en el título ⁹⁴³ se legitima, y por tanto el tenedor debe demostrar (eventualmente con auxilio de otros documentos de legitimación: carteras de identificación, cartones de reconocimiento y otros) que es la persona designada en el título; en los segundos, al contrario, el legitimado es el propio tenedor del título, no siendo necesaria la demostración posterior de la identidad del que se presenta como legitimado, porque las dos calidades coinciden *a priori*.

⁹⁴² Esta observación constituye la explicación de la terminología brasileña ya indicada (cf. antes n. 217), que clasifica el cheque y el certificado a la orden como títulos nominativos, transmisibles por endoso.

⁹⁴³ En los títulos a la orden, en virtud de una serie regular de endosos, a partir del del tomador; en los títulos nominativos, en virtud de la inscripción en los libros del emitente.

250.—Al estudiar la circulación de los títulos de crédito, pusimos de manifiesto que las distintas normas que la regulan y en relación con las cuales se clasifican los títulos en nominativos, a la orden y al portador, precisamente respetan la transmisión de la posesión del título y la legitimación del adquirente, legitimación que deriva de la simple posesión en los títulos al portador; de la posesión acompañada de una serie regular de endosos, en los títulos a la orden; de la posesión del título, más el registro del nombre del adquirente en el título y en los libros del emisor, en los títulos nominativos.

251.—También indicamos, implícitamente, los efectos de la legitimación en los títulos de crédito, de acuerdo con la doctrina general de la legitimación, y se hizo notar, más de una vez, que esos efectos se revelan sobre dos aspectos: por un lado, sobre el ejercicio del derecho, y por otro, sobre la transmisión del título.

En efecto, como dijimos, la legitimación interesa en la investidura en el derecho, y por tanto, en materia de títulos de crédito, en la investidura en el derecho cartular.

De allí que el legitimado pueda (esto es, el poseedor del título) ejercitar aquel derecho, naturalmente considerando que sea legitimado, esto es, en tanto que sea poseedor del título, de acuerdo con la ley de su circulación.⁹⁴⁴

⁹⁴⁴ Por tanto es necesario, en las hipótesis de legitimación nominal, que el tenedor demuestre su identidad con la persona cuyo nombre figura en el título (cf. expresamente el art. 694 del cod. de com. argentino), siendo en cambio, para los títulos al portador, innecesaria la demostración de la identidad del tenedor. Correlativamente, en las hipótesis de legitimación nominal, el que paga debe comprobar la identidad del que presenta el título, y en consecuencia, la autenticidad de la firma del recibo de éste.

En este aspecto se investigó si es preciso adoptar un criterio de rigor absoluto, considerando el pago como no liberatorio, toda vez que el que lo presenta no sea realmente la persona mencionada en el título (*Bonelli* nº 206), exceptuando el caso de homonimia, o si, por el contrario, se debe considerar liberatorio tal pago, siempre que el deudor no obre con fraude o culpa (*Messineo*, vol. II, pág. 195; se puede formular al respecto la hipótesis de un pago que se hace como consecuencia de una falsificación en el documento de identificación del tenedor). No me parece que en manera alguna se pueda aplicar la regla del art. 46, pues ésta se refiere a la rapidez para pagar al legitimado, y no para comprobar si el que presenta el título sea el poseedor legitimado.

Siendo así, tal vez sea preferible aceptar la tesis más rigurosa, entre las arriba indicadas, tanto en virtud de los principios generales (pues, en principio, al que paga le toca el riesgo de la regularidad de su pago), cuanto considerando la importancia práctica particular, del problema que se examina, en el caso de pagos de cheques y la posibilidad de recurrir entonces al principio del riesgo profesional del banco.

Por otro lado, en los títulos a la orden, se discute sobre la posición del que presenta el título endosado en blanco y prevalece la tesis (*Vivante*, n. 1266; *Bonelli*, n.

La ley cambiaria, además, de conformidad con el art. 287 del cod. de com., confirma este principio en el art. 46, determinando que el que paga debe comprobar la regularidad y la continuidad, mas no la autenticidad²⁰⁵ de los endosos.

205; *Valeri*, vol. II, pág. 303; en contra *Bolaffio, Rivista di diritto commerciale*, 1936, I, pág. 384) que juzga inútil la identificación, en esta última hipótesis, e innecesaria, por tanto, la firma del recibo del que lo presenta, asimilando el pago de un título a la orden endosado en blanco, al de un título al portador (v. arts. 18 y 20 de la ley cambiaria; en el derecho brasileño el art. 8 del D. 2044 y el art. 3, §3 del D. 19437; v. antes n. 216). En la doctrina brasileña *Carvalho de Mendonça*, n. 1039 in fine, p. 538 escribe que no es necesario el recibo en el cheque al portador. En la práctica bancaria, a veces se exige la identificación del que presenta un cheque, ya sea al portador o endosado en blanco, para los fines del recibo y para que el banco por consiguiente, tenga la posibilidad de obrar contra el que ilegítimamente reciba el pago. Se sustenta (*Messineo, Appendix*, p. XXI) que el banco tiene la facultad (aunque no tenga el deber) de exigir la identificación del tenedor y de su firma de recibo, lo que coincide con el principio de que el banco no está obligado cambiariamente con el portador. Cf. también, adelante, n. 265.

También se discute (y esta discusión es igual para los títulos al portador) si el deudor también debe comprobar la *capacidad* del tenedor o si también en este aspecto, operan los principios del art. 46. Cf. a *Valeri*, vol. II, pág. 298, que sustenta la tesis más rigurosa y a mi modo de ver más acertada. La legitimación, en efecto, no abarca la *capacidad* del tenedor.

Por último, las razones prácticas en que se basa la legitimación del poseedor de un título de crédito, se refieren al modo por el cual adquirió el título; mas no se refieren a su capacidad para recibir el pago. Esta, lo mismo que la identidad del tenedor en los casos de legitimación nominal, se puede verificar por el que paga, a la vez que sería sumamente difícil, para el que paga, comprobar la titularidad del tenedor, esto es, la validez de las transmisiones en virtud de las cuales el título llegó a sus manos. Por esto, a mi modo de ver, es natural que no se pueda invocar el principio del art. 46, para la comprobación de la capacidad y (en los títulos de legitimación nominal) para la identidad del legitimado.

En parte recurrimos a una distinción semejante, sobre la eficacia saneadora de la buena fe en la adquisición de los títulos de crédito. En efecto, admitimos esta eficacia en cuanto a la falta de titularidad del tradens, mas no en cuanto a los vicios del negocio de transmisión.

²⁰⁶ En el derecho brasileño, cf. el art. 40 del Decreto n. 2044. Esta norma es extraña al sistema inglés, donde sólo tiene validez para la cambiaria a la vista, girada contra un banquero, sin que generalmente sea liberatorio el pago, cuando en la serie de los endosos, existe uno falso (Cf. n. 173). Por esto, en este sistema, más que a la distinción entre titularidad y legitimación, se debe recurrir a las exigencias particulares del pago de los títulos a la vista, por parte de los bancos. Por el contrario, la norma se reconoce expresamente en sistemas que admiten que un endoso falso interrumpe la serie de los endosos para los fines de la adquisición de la propiedad. Cf., p. ej., el art. 690 del Cod. com. argentino. Esto viene a confirmar la diferencia entre titularidad y legitimación.

Esto equivale a reconocer que el poseedor del título, en virtud de una serie continua de endosos extrínsecamente regulares (aunque falsos)⁹⁴⁶ se legitima para ejercitar el derecho cartular, aunque no sea el titular de éste⁹⁴⁷. Ya tratamos de las demás condiciones que deben concurrir para este último fin, y de la importancia que tiene en este aspecto la buena fe del poseedor, en la adquisición del título. Expusimos entonces, en relación con las distintas condiciones necesarias para que el poseedor también sea propietario del título, y por tanto titular del derecho respectivo, las distintas hipótesis en las que no habrá esa titularidad, pudiendo existir la legitimación, y de esta manera el poseedor encontrarse con la posibilidad de ejercitar aquel derecho.

La posibilidad de que el poseedor legitimado ejercente el derecho, aunque no sea su titular, explica por qué el deudor le puede pagar con eficacia liberatoria, mas también puede a su propio riesgo no cumplir la prestación, demostrando que el legitimado no es titular. Su defensa será legítima o ilegítima, según que demuestre o no que el legitimado no es titular⁹⁴⁸.

Esta posibilidad explica por qué el pago no es liberatorio, cuando se realice con dolo o culpa grave.

Esta norma está expresamente consagrada tan sólo para la cambiaria en el artículo 46 de la ley, pero en realidad constituye una regla común a todos los títulos de crédito, porque en principio se basa en la distinción entre legitimación y titularidad⁹⁴⁹.

La norma en el derecho inglés coincide con la observación de que en los títulos que no son a la vista, la carga de la comprobación de la autenticidad de los endosos se puede conciliar con las exigencias de la circulación.

⁹⁴⁶ Esta regla también es válida para el último endoso en virtud del cual el tenedor adquirió el título. Cf. *Bigiavi, Rivista di diritto commerciale*, 1938, I, pág. 365.

En cuanto al riesgo de la autenticidad de la firma del recibo del que presenta el título (que a su vez y a veces se pone con la forma de un endoso) cf. antes n. 251. Efectivamente, el art. 46 determina que el deudor cumpla con la comprobación de la continuidad y regularidad (no la autenticidad) de las firmas, refiriéndose a las firmas del endoso, y no a la del recibo; a la legitimación del poseedor y no a la comprobación de la identidad entre el que presenta el título y aquél que se legitima en virtud de la serie de endosos.

⁹⁴⁷ Me parece que esta regla también es válida en la legitimación (para la obtención del transfert) del que sea el último endosatario en un certificado nominativo. En el caso en que el endoso sea falso, en esta hipótesis, existirá la responsabilidad del oficial público que la autentificó. Cf. antes, ns. 217 y 226.

⁹⁴⁸ Cf. a *Valeri*, vol. II, pág. 303 y la bibliografía respectiva. Deriva de lo que dijimos cuando examinamos esta posición, de cuáles sean los derechos que se pueden alegar por los que se legitiman con un carácter distinto del de propietario del título (endosatario en procuración, en garantía, etc.).

⁹⁴⁹ En el derecho brasileño, cf. el art. 1505 del cod. civil; en el derecho norte-

Igualmente considero de aplicación general a los títulos de crédito, el principio, aunque expreso tan sólo en la ley cambiaria (art. 46), en virtud del cual el pago al legitimado (con la reserva que arriba se indica) sólo es liberatorio cuando se efectúa al vencimiento; si el pago se hace antes, el deudor obrará a su riesgo, esto es, correrá el riesgo de tener que pagar por segunda vez, cuando se le demuestre que el legitimado no era el verdadero titular.⁹⁵⁰

252.—¿Cuándo se puede afirmar que quien paga ha obrado con dolo o culpa grave?⁹⁵¹ En principio éste es el problema, toda vez que se pregunta cuál es el valor de las notificaciones judiciales, de las cartas registradas, etc., recibidas por el deudor, intimándolo a no pagar el título a su tenedor, con base en que, aunque está legitimado, no es titular.

Conviene tener presente que el deudor está *obligado* a efectuar el pago al titular y que la ley precisamente para evitar que la protección de los intereses del titular —en relación al legitimado, no titular—, se traduzca en un estorbo a la rapidez de la ejecución, que es esencial en los títulos de crédito, autorizó al deudor a pagar ante la simple existencia de la legitimación del tenedor. Es lo que preceptúa el art. 46 sobre los títulos cambiarios, determinando la comprobación de la regularidad extrínseca y la continuidad de los endosos, mas no la de su autenticidad, legitimidad y oportunidad.⁹⁵²

americano, sec. 88 N. I. L.

⁹⁵⁰ En el derecho brasileño, cf. el art. 22, D. 2044.

Se puede notar cierto paralelismo entre el pago después del vencimiento (sobre la cambiaria) y el endoso después del protesto (en el derecho brasileño así como en el italiano anterior a la ley cambiaria: después del vencimiento); en uno y en otro caso —para los efectos del pago y del endoso, respectivamente— no se aplican las reglas cartulares.

⁹⁵¹ “Grave”, de modo que no es suficiente la falta de diligencia ordinaria del buen padre de familia, pues ésta daría lugar a una simple culpa leve. Cf. Valeri, vol. II, 301. Esta atenuante de la responsabilidad del que paga un título de crédito, precisamente se basa en el hecho de que el tenedor esté legitimado. Por esto es que son diversos los principios sobre la responsabilidad en el pago, cuando el tenedor no está legitimado (n. 255), o, a mi modo de ver, cuando se trate de la comprobación de la identidad del tenedor con la del legitimado, que es necesaria en los títulos de legitimación nominal (cf. n. 251).

⁹⁵² De este modo el deudor no debe comprobar si el endoso, sin fecha, se puso antes o después del protesto, presumiéndose que se ha puesto antes (art. 25 de la ley cambiaria). Cf. en el derecho brasileño *M. Torres, Theses selectas*, cit. pág. 113.

La posición del girado (no aceptante) en principio se asimila a la del deudor, en lo que respecta a la diligencia en el pago. En efecto, aunque cartularmente no esté obligado, y no estando obligado ante el tenedor del título, el girado responde ante el girador por su falta ilegítima de pago del título.

La jurisprudencia particularmente es rica en lo que concierne a la diligencia de

También vale esta regla cuando el que paga suponga que el legitimado no es el titular, pues no se justificaría sujetar al deudor a la carga de intentar, a su riesgo, una acción judicial, en interés del titular del derecho que no se cuida de aprovechar los medios legales de que disponga para su tutela.

De allí que se haya dicho con exactitud que para la existencia del dolo o de la culpa grave, que excluyen el carácter liberatorio del pago hecho, es necesario que el que pagó haya tenido la posibilidad de impugnar la legitimación del poseedor o haya podido tener esa posibilidad tomando las precauciones, que en el caso, aunque negligente, habría tomado cualquier hombre de negocios ⁹⁵³.

Por esto, el que paga no se puede considerar que haya obrado con dolo o culpa grave, por el solo hecho de pagar, a pesar de haber sido notificado del extravío o robo del título, excepto cuando esta notificación sea el acto inicial del procedimiento de cancelación ⁹⁵⁴. En cambio el que paga, obrará con dolo cuando paga a pesar del previo conocimiento de la publicación en la "Gaceta Oficial", del auto que inicia el procedimiento de cancelación ⁹⁵⁵ o de la notificación del mismo, o que pague a pesar de indicios evidentes, en el propio título, que hagan despertar sospechas de falsificación (por ejemplo, raspaduras, evidente identidad de caligrafía entre dos endosos sucesivos, etc.).

253.—En relación con los principios que antes se desarrollan, deben considerarse las "oposiciones" eventuales al pago del título ⁹⁵⁶.

un banco en el pago de un cheque librado contra él.

La rapidez, en lo relativo a la autenticidad *de los endosos* (que es el caso que examinamos en estas páginas) se debe examinar de distinta manera que la autenticidad de la firma del girador, sobre lo que puede verse más adelante, el n. 255, y para lo que dije respecto a la identidad y capacidad del tenedor (antes, n. 251).

⁹⁵³ Valeri, vol. II, pág. 301.

⁹⁵⁴ Así sucede con los títulos representativos de depósito bancarios, R. D. n. 437, de 27 de mayo de 1909, y con los nominativos, art. 7 del R. D. n. 1364, de 7 de junio de 1923. De hecho el deudor no puede controlar, en manera alguna, la seriedad de la notificación. En las hipótesis que estudiamos, de los títulos nominativos y de los títulos representativos de depósitos bancarios, la notificación se disciplina como acto inicial del procedimiento de cancelación. Cf. a Bonelli, n. 367.

⁹⁵⁵ Sin embargo, no sería este el caso cuando el deudor pagase ignorando el decreto, antes de que el mismo se le notifique, aunque se haya publicado en la "Gaceta Oficial". Cf. art. 69 de la ley del cheque.

⁹⁵⁶ El Código de Comercio se refiere a las oposiciones, en materia de pago de los títulos de crédito, en los arts. 469, 557, en el art. 298 derogado, en materia cambiaria, al igual que la legitimación francesa, y los códigos sudamericanos. Cf. en el derecho brasileño el art. 23, § único del D. 2044.

La vigente ley cambiaria, siguiendo a la convención internacional, que a su vez sigue el ejemplo de la ordenanza germánica de cambio, no menciona la oposición.

Para este fin, es necesario distinguir dos posibles hipótesis ⁹⁵⁷.

1).—Oposición de los acreedores del poseedor, que al obrar así en principio tratan de obtener, con un procedimiento distinto, un resultado idéntico al de un secuestro frente a terceros.

La eficacia de esta oposición se debe excluir, en el sistema italiano, lo mismo que desde un punto de vista general, de acuerdo con la interpretación predominante del artículo 1245, que tradicionalmente se excluye en los títulos de crédito, por la contradicción en que quedaría con las exigencias de la circulación del título ⁹⁵⁸.

⁹⁵⁷ Otra forma de oposición es la del girador de una cambial o de un cheque, para que el girado (que no haya aún aceptado) no acepte la cambial o no pague el cheque. Esta oposición en realidad constituye una revocación a la orden dada al girado con el giro o el cheque. V. ahora el art. 35 de la ley sobre el cheque, de acuerdo con la Convención de Ginebra; en distinto sentido la sec. 75 de la Bill of Exchange Act.

⁹⁵⁸ Es lo que aparece del art. 469, y del 298, derogado. Este resultado de cualquier modo es indudable, frente a los principios generales, y por eso a mi modo de ver es peculiar a todos los títulos de crédito. Su mención expresa encuentra aplicación en el hecho de que la norma, de origen francés, señalaba la diferente reglamentación de estas hipótesis en relación con los distintos principios generales de la legislación francesa, que conoce una forma particular de "opposition" al pago de una deuda. Además es el origen francés el que a su vez explica el término "oposición" en el artículo 1245 del cod. civil, donde evidentemente es inútil.

Los acreedores (del portador) no pueden proteger sus derechos recurriendo a las normas que provén un crédito de su deudor para con terceros, mas deben recurrir a aquellas que protegen a los acreedores en relación con las "cosas" que forman parte del patrimonio del deudor. Por eso pienso que no podrán ni oponerse, ni secuestrar el crédito cartular; pero sin embargo pueden secuestrar el título con las reglas especiales del secuestro de cosas muebles. Mediante el secuestro del título es como, en forma mediata, queda secuestrado el crédito.

Por el contrario, en los títulos impropios el secuestro del título no implica el del derecho (cf. antes n. 166); los acreedores para su tutela deben recurrir a las reglas generales para el secuestro de un derecho de crédito.

A su vez, el embargo que recaiga sobre títulos de crédito es un embargo de cosas muebles y no de créditos; el derecho cartular es entonces objeto de embargo, mediante el embargo del título. En la ejecución, el embargo de títulos de crédito se puede hacer inspirándose en el concepto de que ellos constituyen derechos para los terceros. En el derecho brasileño, el art. 939 del cod. proc. civ. se basa en este concepto en lo que se refiere al embargo de la letra de cambio, del pagaré u otro título de crédito. También cf. n. 200.

Estas reglas confirman la orientación que se sigue en este volumen y demuestran la "objetivación" del derecho cartular, muchas veces indicada.

2).—Oposición por el que habiendo sido desapoderado ⁹⁵⁹ trata de evitar el pago al simple legitimado ⁹⁶⁰.

Cuando el legitimado puede ejercitar el derecho cartular, se debe investigar si el desapoderado puede, con un acto suyo, impedir la eficacia liberatoria del pago del deudor al simple legitimado. Por un lado es preciso proteger al desapoderado; por otro lado, impedir que la certeza y rapidez del pago del título sean obstaculizadas por oposiciones improcedentes.

El código de comercio italiano, de conformidad con la tradición francesa, por eso enumera algunos casos en los que por ser particularmente graves, autoriza una “oposición”, destinada, en caso de proceder, a tener como no liberatorio el pago que eventualmente haya hecho el deudor al simple legitimado.

En la actual ley cambiaria, de conformidad con la Convención de Ginebra, se abandonó la mención de los casos de oposición.

En efecto se admitió que no es liberatorio el pago, al simple legitimado, cuando el deudor obra con dolo o culpa grave, sin que subsista la situación de enumerar determinados casos de oposición, lo que además implica el riesgo de atribuir en algunos casos excesiva importancia ⁹⁶¹ a oposiciones, aunque eventualmente, improcedentes, y en otros, de no tutelar suficientemente al desapoderado.

Lo que hay que verificar en cada caso es si el deudor al pagar al simple legitimado, obró o no con dolo o culpa grave; la “oposición” que se haga al pago se deberá examinar tan sólo como un elemento para apreciar el dolo o la culpa grave del deudor, que paga al simple legitimado.

Es en este aspecto sobre el que ahora debemos examinar las “oposiciones” motivadas por el hecho de que el legitimado no sea titular del derecho:

a).—Oposición del que pretenda haber perdido el título o que le haya sido robado, y por tanto niegue que el poseedor sea su titular. Es la hipótesis que admiten los artículos 469 y 298 ⁹⁶² y que se reglamenta en el procedimiento de cancelación ⁹⁶³. En relación con esta hipótesis y en concor-

⁹⁵⁹ O estando autorizado a disponer del título.

⁹⁶⁰ O al que, aunque sea titular, no tenga el derecho de recibir (como en el caso de quiebra del titular del título de crédito).

⁹⁶¹ En cuanto el deudor, hecha la oposición, deposita la cantidad, lo que implica un injusto gravamen del acreedor en el caso en que la oposición sea improcedente.

⁹⁶² En el derecho brasileño, cf. el art. 23 del Decreto 2044, y el art. 1509 del cod. civil.

⁹⁶³ La necesidad práctica de esta oposición (cuando falta un procedimiento de cancelación) es evidente. La posibilidad de que el desapoderado recupere el título extraviado o robado, se opone a la dificultad de que el despojado tenga que

dancia con el procedimiento de cancelación, hace poco pusimos ejemplos de los casos en que el que paga no se libera, en virtud de que obra con dolo o culpa grave, y aquellos en que su pago es liberatorio.

b).—Oposición del que pretende haber perdido el título, independientemente de su robo o extravío: por ejemplo, por apropiación indebida⁹⁶⁴. Es la hipótesis que corresponde a los casos de transmisión del título con legitimación plena, pero con el fin de cobrarlo o empeñarlo. Es evidente que a semejanza de lo que pasa en la hipótesis anterior, aquí en principio se trata de una forma de protección contra el legitimado actual.

El art. 469, al tratar en el certificado de depósito de la oposición, sólo en el caso de extravío o de quiebra, excluye la oposición en la hipótesis que se examina, que además ni se mencionaba por el ahora derogado art. 298 del cod. de com. La omisión de esta hipótesis en dicho artículo no puede, pienso yo, autorizar para que también se niegue en aquélla; el pago no será liberatorio si se efectúa con dolo o culpa grave⁹⁶⁵, al que aunque se legitime, no sea titular. Es evidente que el principio que expusimos acerca del carácter liberatorio o no del pago, es un principio general, así como es general el alcance de la norma del art. 46 de la ley cambiaria; este principio no se afecta por el hecho de que la ley reflexione (como en la hipótesis del robo o pérdida) o no (como en el de la apropiación indebida) expresamente, sólo en este o aquel caso particular de protección.

c).—Oposición en caso de quiebra (para evitar que el quebrado, aprovechándose de su legitimación, pueda desviar bienes de la masa); de con-

identificar al detentador del título, que constituye el sujeto pasivo necesario para la acción.

Tal acontece con las cosas muebles.

No habría justificación práctica para que en esta hipótesis se apliquen las reglas de las cosas muebles, invocando la asimilación entre cosas muebles y títulos de crédito, y descuidando, en cambio, la posibilidad de otorgar una tutela más eficaz al poseído. También cf. más adelante, n. 257.

Precisamente por esto es necesario un sistema que en cierto modo se base en la cooperación, por así decirlo, del deudor, evitando, en determinados casos, la posibilidad del pago del título.

Es obvia la justificación de la oposición, en la hipótesis del texto, y la explicación de su especial reglamentación legislativa y de su importancia en los sistemas que, como el francés, desconocen un verdadero procedimiento de cancelación. Es lo que observaba *Bonelli*, comentando el art. 208 del cod. de com. derogado.

⁹⁶⁴ Nótese que estamos tratando de la oposición al pago. No es dudosa la posibilidad de la recuperación del título en relación con el poseedor de mala fe (esto es, del que haya practicado la apropiación indebida o haya adquirido sabiendo que el tradens se había apropiado de él indebidamente).

⁹⁶⁵ Por ejemplo, piénsese en el conocimiento por el deudor, de la existencia de una sentencia penal de condena, en relación con los títulos en cuestión.

troversia en materia sucesoria (para evitar que el poseedor, fundado en su legitimación, substraiga bienes de la herencia). A veces estas dos hipótesis se consignan una junto a la otra (por ejemplo en el art. 469 del cod. de com.), pero eso no siempre acontece, pues, en efecto, el art. 298, ahora revocado, del código de comercio, sólo trataba de la quiebra ⁹⁶⁶.

En el caso de quiebra del poseedor del título, hay autores que en virtud de los principios del derecho de quiebras, estiman suficiente la publicación de la sentencia declaratoria de la quiebra para que el deudor, aunque la ignore, no pueda pagar válidamente al quebrado.

Por el contrario, hay autores que estiman insuficiente la publicación de la sentencia declarativa de la quiebra, pues por el simple hecho de esta publicación, el deudor que pague no se puede considerar de mala fe ⁹⁶⁷. Para que el pago no sea liberatorio, estiman bastante una notificación por el síndico, dada la extrema facilidad para que quien quiera pagar, una vez intimado, verifique la existencia o no existencia de la quiebra.

La hipótesis de la sucesión se puede presentar especialmente en los títulos al portador, pues en los otros títulos, el poseedor, dada la falta del endoso o del "transfert", no estaría en manera alguna legitimado, tocándole, por tanto, la carga de demostrar su carácter de sucesor en el derecho ⁹⁶⁸. Para satisfacer esta necesidad en los títulos a la orden, se tendría que falsificar la firma del titular ya fallecido.

Los principios derivan de los que ya enunciamos en distintas ocasiones. Conociendo la apertura de la sucesión, el deudor se debe abstener de ejecutar la prestación, hasta que se aclare quién es el titular, y en virtud de tal conocimiento, obraría con dolo o culpa grave, pagando a un simple legitimado.

En general, es preciso al estimar el valor de las oposiciones al pago de títulos de crédito, tener en cuenta no la forma del acto sino su motivo: la "oposición" constituye tan sólo un medio para comunicar al deudor la falta de derecho del legitimado. Es pues menester examinar si la oposición se funda en la falta de titularidad del legitimado, y en tal caso si se funda

⁹⁶⁶ A su vez, en el derecho brasileño, el art. 23 del D. 2044 habla de incapacidad, quiebra y extravío, asimilando por eso estos tres casos. Sobre la responsabilidad en el derecho italiano del que paga, en relación con la capacidad del legitimado, cf. antes n. 251; sobre la quiebra, cf. lo que se va a tratar en el texto

⁹⁶⁷ Cf. a Bonelli, en el comentario al art. 298. Bonelli acepta la primera de las dos tesis que arriba se indican. Esta se adapta mejor a los principios generales de la legitimación, examinados en páginas anteriores, y a lo que se dijo sobre la incapacidad del legitimado.

⁹⁶⁸ En efecto, esta hipótesis no suele ser mencionada en los artículos de la ley que se refieren a las oposiciones en materia cambiaria.

en el dolo o en la culpa grave de quien pague al simple legitimado ⁹⁶⁹. Así es como el problema en principio se puede resolver, de modo general, independientemente de que se refiera la ley a la admisión de las oposiciones, tan sólo en algunos casos ⁹⁷⁰.

Esta referencia se debe conciliar con el principio fundamental de que el pago no será liberatorio cuando el que paga obra con dolo o culpa grave. Esto lleva a la consecuencia de que el pago no sea liberatorio, si efectuado con dolo o culpa grave, a quien no sea titular, aunque se encuentre fuera de las hipótesis mencionadas en los artículos que tratan de las oposiciones ⁹⁷¹. Tal como pasa en el procedimiento de cancelación ⁹⁷², la oposición deja en pie el derecho eventual de un tercero, que sea titular efectivo, contra el que obtiene el pago ⁹⁷³.

⁹⁶⁹ En el mismo sentido *Bonelli*, en el comentario al art. 298 del Cod. de Com. derogado.

⁹⁷⁰ Y de hecho, la nueva ley cambiaria descuida, a mi modo de ver, precisamente el ocuparse de dichos problemas.

⁹⁷¹ Por esto es preferible en el aspecto legislativo no hablar de "oposición", y reglamentar concretamente un procedimiento especial para las hipótesis en que resulte útil, como aconteció en nuestro sistema con el procedimiento de cancelación; al fin, éste constituye un desarrollo y perfeccionamiento del sistema de las "oposiciones".

En el derecho cambiario brasileño (como en el sistema de nuestro Código de comercio), por un lado se reglamenta el procedimiento de cancelación (históricamente derivado del sistema germánico) y por otro, el art. 23 del D. 2044 habla de oposición (según el sistema francés).

De allí que la doctrina concluya en los casos mencionados en el art. 23 (extravío, quiebra e incapacidad del portador) que como consecuencia de la oposición, el deudor se presume de mala fe, y por eso, el pago no es liberatorio, a menos que una sentencia posterior reconozca la ilegitimidad de la oposición. Cf. a *Saraiva*, pág. 367; *M. Torres*, n. 247 y sigs.

Se afirma que la oposición no queda sujeta a formas especiales. (Cf. *Saraiva*, ob. 1. cit.).

Esta afirmación, no me parece que fuera de la hipótesis del artículo 23, excluya que el pago no sea liberatorio, cuando el deudor paga con dolo o culpa grave a quien no es titular. El argumento que podría deducirse a contrario sensu del art. 23, quizás debe ceder frente al principio deducido del sistema de los títulos de crédito en su integridad.

En lo relativo a los títulos al portador, cf. en el derecho brasileño el art. 1509 del cod. civ., que exige una intervención judicial para impedir el pago al ilegítimo portador del título, y ahora, los arts. 336 y sigs. del cod. de procedimientos civiles. También en esta hipótesis, a mi modo de ver, no obstante la amplia redacción del art. 1505 del cod. civ. brasileño, quizás no se deba considerar excluido el principio general que establece que no es liberatorio el pago que se hace con dolo o culpa grave, por el deudor, a quien no es titular.

⁹⁷² Sobre la cancelación, cf. n. 257.

⁹⁷³ Tal como la cancelación, me parece que la oposición constituye un remedio

254.—La legitimación también opera en relación con la transmisión del título, y también en esta hipótesis presenta un problema paralelo al que ahora examinamos. En efecto, el adquirente se vuelve propietario del título⁹⁷⁴ que le fue transmitido por quien, aunque no sea propietario, se legitima⁹⁷⁵ como tal⁹⁷⁶, siempre que el adquirente no lo sea de mala fe, ni obre con culpa grave (art. 20 de la ley cambiaria).

En este aspecto, podemos (con relación a los títulos a la orden) volver a repetir que tampoco el adquirente está obligado a verificar la autenticidad o legitimidad, pero sí en relación con la regularidad y continuidad de los endosos.

En principio, habrá mala fe del adquirente, cuando de algún modo co-

posesorio, que pertenece a cualquier poseedor del título que perdió la legitimación, aun no siendo titular.

⁹⁷⁴ En este aspecto, ya indicamos que el sistema italiano protege al adquirente de buena fe, más de lo que se acostumbra en algunos derechos extranjeros. En el derecho norte-americano cf. sec. 56 N. I. L.

⁹⁷⁵ En virtud de la posesión del título, en los títulos al portador; de la posesión del título en virtud de una serie continua de endosos a partir del del tomador del título (en el derecho brasileño cf. art. 39, D. n. 2044), en los a la orden; de la posesión del título, con la consiguiente inscripción en los libros del emisor así como en el título, en los nominativos.

⁹⁷⁶ Merece tener en cuenta que desde el punto de vista de la transmisión, en nuestro sistema, también se legitima el poseedor en virtud de una serie regular en endosos, (lo mismo si el último fuese en blanco) en un título nominativo, a cuyo nombre aún no se hubiere efectuado el registro en los libros del emisor, siempre que los endosos estén autentificados, de acuerdo con los preceptos del R. D. n. 1364, de 7 de junio de 1923. Se puede dudar de que esta legitimación baste para que el adquirente quede tutelado en el caso en que adquiera *a non domino*. Pues el artículo 7 del decreto indicado, se refiere a la tutela del adquirente de buena fe, del adquirente que aparezca como titular en los registros del emisor y en el título mismo. Cf. n. 226.

Evidentemente, en un título a la orden, se legitima el poseedor después de una serie regular de endosos, aunque el último esté en blanco (v. art. 18 de la ley cambiaria). En el caso en que en la serie de endosos, uno esté en blanco, se presume que ha sido el endosante del endoso inmediatamente posterior, el endosatario en el endoso en blanco que le precede (cf. en el derecho brasileño el art. 39, del D. n. 2044; art. 16 de la convención internacional).

Para quienes no se legitiman como propietarios del título, sino como representantes (endoso en procuración en los títulos a la orden), o como titulares de un derecho de garantía (endoso de valor en garantía en los títulos a la orden), o de usufructo, o que sus derechos deriven de los principios ya indicados oportunamente (cf. antes n. 223); los dos primeros tan sólo podrán transmitir en procuración; el tercero podrá también ceder su derecho de usufructo (art. 492 del cod. civ.).

nozca que el transmisor no es titular. Es lo que presupusimos constantemente en las páginas precedentes de este volumen.

A su vez, para apreciar la "culpa grave" del adquirente⁹⁷⁷ se deberá proceder con mayor severidad que en la hipótesis anterior⁹⁷⁸.

El problema que se examina en las páginas anteriores, versaba sobre los efectos de la legitimación del tenedor *frente al que paga*; se trataba, pues, de examinar cuándo el pago era liberatorio aunque al que se le hacía sin ser titular se legitimara, y cuándo, al contrario, dicho pago no era liberatorio.

El problema que examinamos ahora, por el contrario, versa sobre los efectos de la legitimación del *transmisor frente al adquirente*; se trata de examinar cuándo el adquirente *a non domino* adquiere y cuándo no adquiere la titularidad.

Al respecto ya indicamos que la buena fe del que adquiere la posesión del título, convalida la falta de poder de disposición del transmisor, mas, al contrario, no convalida los vicios del negocio de transmisión.

Por tanto, en tales hipótesis, el adquirente se legitima⁹⁷⁹; sin embargo, no es titular⁹⁸⁰.

⁹⁷⁷ En los títulos a la orden, cf. antes n. 173.

⁹⁷⁸ Realmente la ley cambiaria habla de mala fe y culpa grave sobre la adquisición del título (art. 20) y de dolo y culpa grave en relación con su pago (art. 46). En efecto, el que adquiere, adquiere el título en virtud de un acto suyo voluntario, a la vez que el deudor cartular, cartularmente está obligado a pagarlo; el girado (no aceptante) responde del pago del título frente al girador, en virtud de su relación con éste, aunque no esté cartularmente obligado. La mala fe y la culpa deben plantearse teniendo en cuenta el momento de la adquisición, de acuerdo con el principio *mala fides superveniens non nocet*.

En el derecho brasileño, cf. a Pontes de Miranda, pag. 397.

⁹⁷⁹ Por esto puede ejercitarse el derecho y el pago que se le haga será liberatorio, si el que paga no obra con dolo o culpa grave; puede transmitir a su vez el título, y el que lo adquiere de buena fe y sin culpa grave, se vuelve titular.

Sin embargo, será vencido si hay conflicto con el que le transmitió el título en virtud del negocio viciado; la nulidad de su adquisición se la podrá oponer cualquier deudor del título.

⁹⁸⁰ El principio del texto implica la necesidad de que el adquirente compruebe la identidad y capacidad del transmisor. Si, en efecto, el transmisor es incapaz, o es distinta persona de la que figura como tal, el adquirente adquiere la legitimación, mas no la titularidad.

En consecuencia, quien adquiere el título a la orden corre el riesgo de la autenticidad del endoso en virtud del cual el título se le transmite, sin que pueda sanearse por su buena fe —por la falsedad del endoso— la irregularidad de su adquisición. En efecto, se trata de un vicio del negocio de transmisión y por esto de un vicio que no se sana por la buena fe del adquirente.

Solamente el que adquiere un título de quien a su vez lo adquirió en virtud de

255.—Faltando la legitimidad cartular del tenedor, el deudor paga a su riesgo; por tanto, no podría (si pagó a quien no era titular) invocar las normas que lo protegen cuando paga al legitimado, y tendría que pagar por segunda vez.

Igualmente, el tenedor que adquiere el título de quien cartularmente no se legitima, obra a su propio riesgo y no podrá invocar las normas que lo protegerían en la hipótesis que antes se considera, de modo que, en el caso de transmisión a *non domino*, no podrá volverse propietario del título, ni adquirir el derecho relativo.

un endoso falso, adquiriendo a *non domino*, pero sin vicios en el negocio de transmisión, queda tutelado siempre que obre de buena fe. Cf. antes n. 220.

Idéntico es el principio aceptado por la jurisprudencia sobre la autenticidad de la firma del girador (cf. a *Vivante*, III, n. 1415), al negar que el girado pueda reclamar al que figuró como girador, lo que haya pagado en virtud de un giro con la firma del girador falsificada, a menos que se trate de las hipótesis en que éste tenga la culpa.

Este problema surge con frecuencia, especialmente en el cheque: el banco —se afirma— debe conocer la firma del cliente, que gira el cheque.

Nótese la diferencia que existe entre el problema que se refiere a la diligencia del girado sobre la autenticidad de los endosos en virtud de los cuales el tenedor adquirió el título, y el problema que se refiere a la diligencia del girado sobre la autenticidad de la firma del girador o del contenido del título. En el primer caso el conflicto de intereses ocurre entre un portador anterior, eventualmente desposeído injustamente, y el que presenta el título; en el segundo, entre el girado y el girador, puesto que en esta hipótesis, la regularidad del pago se refiere a la posibilidad de que el girado le deba al girador.

Es lógico que el girado no resulte acreedor del girador, más que cuando éste efectivamente haya dado la orden de pagar, o sea responsable por culpa de los daños derivados del pago. La carga de la prueba de culpa en el girador, es obvio que le corresponde al girado.

Principio semejante se aplica en el pago de una letra o de un cheque cuyo contenido se falsificó. El girado es acreedor del girador sólo dentro de los límites de la orden que éste dió, salvo que se demuestre culpa en el propio girador.

El problema es distinto sobre la posibilidad de que el girado repita contra el portador del título, lo que le hubiere pagado en virtud de un cheque en que la firma del girador o el contexto del cheque sea falso. La jurisprudencia confirma esta situación, cuando el portador sea de mala fe; la niega cuando sea de buena fe.

En general, se sostiene que así como el que acepta un título, queda obligado válidamente, aunque la orden del girador sea falsa, es válido el pago que se hace a un portador de buena fe, aunque no sea válida la orden del girador. Cf. Cass. del Reino, 2 de julio de 1928, *Rivista di diritto commerciale*, 1930, II, 22; 2 de febrero de 1931, *Foro It.*, 1931, I, 687; Bigiavi, *Rivista di diritto commerciale*, 1938, I, 365. En el derecho brasileño cf. a Odilón de Andrade en *Revista Forense*, vol. 89, p. 714.

Los adquirentes anómalos de un título de crédito ⁹⁸¹ también en este aspecto se encuentran en una posición diversa de la peculiar de los adquirentes de un título, conforme a su ley de circulación.

Asimismo ellos también tienen derecho a conseguir la posesión del título, pero aun consiguiéndola no pueden alcanzar la legitimación cartular ⁹⁸². En efecto, el adquirente anómalo en los títulos al portador, que obtiene la posesión del título, simultáneamente obtiene la legitimación; el adquirente anómalo en los títulos nominativos, exhibiendo el documento auténtico de su título sobre la transmisión, o la sentencia basada en autoridad de cosa juzgada ⁹⁸³, puede obtener el *transfert* a su propio nombre, y conseguir así la legitimación ⁹⁸⁴; sin embargo, en los títulos a la orden, el adquirente anómalo, aunque haya obtenido la posesión del título, no se podrá legitimar con una serie continua de endosos ⁹⁸⁵, y por tanto tampoco podrá conseguir la legitimación; sólo podrá ejercitarse el derecho presentando con el título la demostración de su propia titularidad conforme a las reglas del derecho común ⁹⁸⁶.

256.—Afirmando que la legitimación deriva de la posesión del título, de acuerdo con la ley de su circulación (nominativa, a la orden, o al portador), y que la falta de legitimación se puede oponer por cualquier deudor

⁹⁸¹ Cf. ns. 90, 200 y 226.

⁹⁸² Cuya importancia indicamos que se refiere tanto al ejercicio de los derechos derivados del título, cuanto a la tutela de quien a su vez adquiere del legitimado, conforme a la ley de circulación del título.

⁹⁸³ Cf. n. 216.

⁹⁸⁴ Por tanto nótese que salvo en la hipótesis en que el *transfert* se pida en virtud del endoso del certificado, su forma puede ser idéntica en cuanto a una transmisión con los efectos de derecho común y a una transmisión con los efectos peculiares de los títulos de crédito.

⁹⁸⁵ Salvo en el caso de endoso posterior al protesto, cuya particularidad precisamente se encuentra en que es suficiente para que el poseedor se legitime, en cuanto al pago del título, aunque sus efectos sean los de una cesión civil, cf. n. 90.

⁹⁸⁶ A su vez, quien adquiere del poseedor que no está legitimado cartularmente, no queda protegido, como en el caso en que adquiere *a non domino*, aunque de buena fe.

Por esto en los títulos a la orden, a distinción de lo que acontece en los títulos nominativos y al portador, una vez que se compruebe una adquisición anómala, se obstaculiza la posibilidad de una circulación posterior del título con todos los efectos especiales de la circulación de un título de crédito.

Me parece que quien adquiere de un poseedor anómalo (caso en que la adquisición sea *a domino* y con la observancia de la ley de circulación del título) puede ser invulnerable por las excepciones oponibles al propio transmisor, conforme a las reglas generales de los títulos de crédito.

cartular, también afirmamos implícitamente que la presentación del título es necesaria para ejercitar el derecho relativo ⁹⁸⁷.

Esto es en el sentido de que el deudor, que independientemente de la misma ejecuta la prestación, procederá a su riesgo y por tanto quedará expuesto a efectuarla por segunda vez, cuando el título le sea presentado por el titular.

Como consecuencia, la transmisión de la posesión del título es necesaria para el adquirente, a fin de impedir que llegando el título a manos de un poseedor de buena fe, el derecho cartular se pueda ejercitar por otro, que como poseedor de buena fe del título, prevalecería en relación con el adquirente desprovisto de la posesión ⁹⁸⁸.

En relación con estas características se debe reconocer el derecho del que paga a obtener la restitución (o el recibo parcial) ⁹⁸⁹ del título, a fin de evitar el peligro de que éste al continuar su circulación, llegue a manos de un poseedor de buena fe, que podría pretender su pago (o su pago íntegro) (Art. 45 de la ley cambiaria) ⁹⁹⁰.

En general, en relación con esas características, quien de cualquier manera ⁹⁹¹ adquiere la propiedad del título, tiene el derecho de obtener su

⁹⁸⁷ Cf arts. 43 y 44 de la ley cambiaria. En el derecho brasileño, el art. 1508 del cod. civ.; el art. 20 del D. 2044. La deuda cartular es pagadera en el domicilio del deudor (*dette querible*).

⁹⁸⁸ Este predominio coincide con el principio peculiar de las cosas muebles, en virtud del cual entre dos adquirentes de la misma cosa respecto de un mismo antecesor, prevalece habiendo buena fe, el que posee la cosa (v. art. 1126 que también se refiere expresamente a los títulos al portador).

⁹⁸⁹ En virtud de estas exigencias, es por lo que con frecuencia se acostumbra que aquellos títulos que implican prestaciones periódicas en su derecho, se emitan con títulos accesorios además del principal (p. ej. cupones), que correspondan a las prestaciones periódicas.

⁹⁹⁰ Con frecuencia el acreedor, en la práctica, entrega el título en el despacho del deudor, recibiendo una contraseña (cf. n. 153) que le sirve para legitimarlo como tenedor del título; éste se paga al que recibió la contraseña, constatada que sea su regularidad.

En el caso en que —por error— el deudor vuelve a poner el título en circulación, no se duda que —quien lo presentó a su pago— tenga derecho a la prestación; quien a su vez lo recibió en virtud del ilegítimo retorno a su circulación, tendrá o no el derecho, según que tenga o no buena fe, tratándose al final de un vicio de emisión oponible conforme a las reglas propias de tales vicios. En este sentido, cf. el acuerdo del Trib. de Apelação de São Paulo, de 10 de marzo de 1943, en *Revista Forense*, vol. XCVI, p. 103, (el caso se versaba sobre el reembolso de las llamadas “promissórias-café”; títulos al portador del Estado de São Paulo).

⁹⁹¹ Este principio también es válido para los adquirentes anómalos: cf. n. 255.

posesión, para ejercitar los derechos que le puedan corresponder y evitar ⁹⁹² que el mismo continúe circulando y sea aprovechado por otro ⁹⁹³.

Igualmente de acuerdo con estas características, la doctrina alemana clasifica los títulos de crédito entre los *Presentationspapiere*; y también con relación a ellas, al principio de este volumen hablamos de los títulos de crédito como documentos dispositivos.

257.—Estas mismas características imponen en materia de títulos de crédito la disciplina de un procedimiento de cancelación ⁹⁹⁴. Ya nos refe-

⁹⁹² El principio se aprovecha en el secuestro de títulos a la orden; éste se puede realizar atribuyendo al depositario la posesión del título, aun con independencia de endoso, con lo que se evita cualquier circulación. Se presentan entonces problemas sobre la posibilidad de ejercicio del derecho, en el caso en que este ejercicio, a pesar del secuestro, sea necesario y lícito. Cf. a *Valeri*, vol. II, ps. 295 y 355.

Sobre el secuestro de los títulos al portador, se atribuye al depositario la posesión del título, y simultáneamente se legitima.

En los títulos nominativos el secuestro se puede realizar mediante anotación en el libro del emisor.

⁹⁹³ En el derecho brasileño cf. el art. 22 parágrafo 2º, del Decreto 2044 y el art. 1508 del cod. civ.

Por esto es que la presentación del título de crédito es necesaria para ejercitar el derecho cartular.

También por esto es que la deuda cartular se paga en el domicilio del deudor (o mejor dicho, en el domicilio indicado en el título siempre que exista esta indicación).

Y por esto es que sólo se puede constituir en mora el deudor por medio de la presentación del título, siendo insuficiente el vencimiento del plazo (cf. en el derecho brasileño, a *Pontes de Miranda, Títulos ao portador*, pag. 325).

Sobre la liquidación de los intereses en la cambiial, cf. en el derecho italiano, a *Valeri*, vol. II, n. 246 (en relación con la acción directa) y n. 254 (en relación con la de regreso). Generalmente se admite que los intereses corren (en la acción directa) desde el momento de la presentación de la cambiial; en la acción de regreso, en cambio, desde el vencimiento. La discusión en el derecho italiano, es independiente del principio general de la *mora ex re* (en el código comercial brasileño la mora es *ex persona*), pues no hay duda respecto de que el deudor sólo se constituye en mora con la presentación del título. La discusión se relaciona con la interpretación de los arts. 48 y 55 de la ley cambiaria y con el principio, propio del derecho italiano (art. 41 cod. com.), de que en materia mercantil se reglamentan los llamados intereses "correspondientes", independientemente de la mora. En el derecho brasileño cf. a *Margarino Torres*, nota 81, p. 437.

En el derecho brasileño, se tiende a admitir que los intereses se computan a partir del momento del protesto.

⁹⁹⁴ La materia de la cancelación no se reglamentó en la Convención de Ginebra. No me parece dudosa la inferioridad de los sistemas, que como el francés no conocen un riguroso procedimiento de cancelación. Esta falta deriva precisamente del hecho de que en aquellos sistemas es menos clara la visión de la naturaleza del título de cré-

rimos a los conceptos que inspiran esta institución cuando tratamos de la legitimación y de los títulos impropios; el procedimiento trata de hacer posible substituir la presentación del título y la función de legitimación realizada por la posesión de éste y trata precisamente de proteger las hipótesis de substracción ⁹⁹⁵, de pérdida y destrucción ⁹⁹⁶.

Por último, a pesar de la asimilación del título de crédito a las cosas muebles, parece injusto que la pérdida del derecho deba derivar necesariamente de la pérdida del título ante la imposibilidad de presentar el título. Estas consecuencias de la asimilación del título de crédito con las cosas muebles, carecerían de justificación e irían contra la tutela del portador del título, que a su vez constituye el fin perseguido por la asimilación arriba indicada ⁹⁹⁷.

Precisamente por eso, resulta oportuna en los títulos de crédito la reglamentación de un procedimiento de cancelación.

Al mismo tiempo, tutela objetivamente al exlegitimado y al desconocido detentador del título (que podría ser un poseedor de buena fe). Por eso

dito. Cf. en el sistema francés, los arts. 140 y sigs. del cod. com. sobre la cambiial y la ley de 15 de junio de 1872 sobre los títulos al portador.

⁹⁹⁵ Comprendiéndose también los casos de apropiación indebida y estelionato, y por tanto, cualquier hipótesis de desapoderamiento injusto. En el derecho brasileño, el art. 36 del D. n. 2044, sólo menciona los casos de "extravío" y de destrucción total o parcial de la letra (a la vez que el art. 1509 del cod. civ. y el art. 336 del cod. de proc. civ. se refieren a cualquier desapoderamiento injusto); la doctrina dominante precisamente encuentra que el procedimiento del art. 36, del D. n. 2044, sea aplicable a cualquier hipótesis de desapoderamiento injusto. Cf. a *Luis Machado Guimarães*, vol. IV, p. 413, de los *Comentários ao código de processo civil*, edición de la *Revista Forense*, Río de Janeiro, 1942.

⁹⁹⁶ Naturalmente que es distinto el caso de la substitución de los títulos deteriorados (cf. en el derecho italiano el art. 56 del cod. de com.; en el derecho germánico, el parágrafo 798 del cod. civil; en el derecho brasileño, donde falta una disposición equivalente, cf. a *Pontes de Miranda, Títulos ao portador*, pag. 342). Realmente en esta hipótesis no hay ninguna posibilidad de conflicto entre quien pide la substitución y quien es el detentador del título, pues necesariamente se trata de la misma persona. Al contrario, en el caso de la denuncia de la destrucción del título, hay necesidad de proteger a un tercero eventual detentador, dado que a pesar de la denuncia, la destrucción puede no haberse verificado. A fortiori, la necesidad de proteger al tercero detentador es evidente en el caso de robo, extravío, apropiación indebida, estelionato.

⁹⁹⁷ De manera que el que perdió el título o le fue robado, sólo puede reivindicarlo del poseedor de mala fe. En el caso de que el título se haya deteriorado o destruido, el art. 56 del cod. de com. admite el derecho de pedir un duplicado al emisor, probada la destrucción, a menos de que se trate de títulos de la deuda pública, billetes bancarios, o equivalentes, para los cuales se prevé la sustitución de los títulos rasgados o deteriorados (pero reconocibles), mas no la sustitución del título destruido.

en el sistema italiano, el procedimiento de cancelación no se aplica, en principio, a los títulos al portador⁹⁹³, denominados por eso de circulación ordinaria (p. ej. pólizas, acciones), respecto de los que no fue posible disciplinarlos de manera adecuada para proteger al tercero detentador, dada la amplitud de su mercado y la rapidez con que circulan; sin embargo, se aplica a algunos títulos al portador, que por eso se les llama de circulación restringida (p. ej. el cheque al portador; el certificado al portador).

Se dice que el procedimiento de cancelación trata de proteger al legitimado, y de hecho es éste el que habiendo perdido la posesión del título, puede promover ese procedimiento^{998bis}. En consecuencia, la cancelación, una vez decretada, coloca al que la obtiene en la posición del legitimado; cancela el título⁹⁹⁹, pero al mismo tiempo deja a salvo el eventual derecho del tercero que realmente sea el titular contra quien obtiene la cancelación¹⁰⁰⁰. Por tanto, el deudor podrá pagar con eficacia liberatoria al que obtiene la cancelación; en cambio no podrá pagar al que le presente el título. El tercero que sea el verdadero titular del derecho, por ende, siempre podrá hacer valer sus razones contra el que obtiene la prestación¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁸ Cf., a *Luiz Machado Guimarães*, Vol. IV, p. 410, de los *Comentarios ao código de proceso civil*, ed. de *Revista Forense*, Rio, 1942.

^{998bis} Así como puede pedir el transfert, el endosatario del título nominativo puede promover el procedimiento de cancelación (art. 7 del R. D. n. 1364 de 7 de junio de 1923).

⁹⁹⁹ Y autoriza al que obtiene la cancelación, a obtener del deudor un nuevo título, siempre que el derecho cartular aún no haya vencido. La ley declara que la cancelación extingue los derechos que derivan del título, o que el título queda sin eficacia. Esto se debe entender en el sentido de que: a).—El título cesa de llenar su función de legitimación; b).—Una circulación sucesiva del título no daría al adquirente un derecho autónomo, sino simplemente las razones que el transmisor podría hacer valer contra el que obtiene la cancelación.

La existencia del procedimiento de cancelación, demuestra precisamente los límites de la imagen de la incorporación, y la posibilidad de que el derecho cartular se independice de la posesión del título.

¹⁰⁰⁰ En este sentido son expresos el art. 7 del R. D. n. 1364 de 7 de junio de 1923, para los títulos nominativos; el art. 2 del R. D. n. 437 de 27 de mayo de 1909, para los representativos de depósitos bancarios; el art. 93 de la ley cambiaria. V. antes n. 174.

El procedimiento de cancelación se puede considerar como un remedio posesorio, cuya disciplina peculiar se basa en las características especiales de los títulos de crédito. En efecto, le corresponde al poseedor que perdió la legitimación, aunque no fuese titular. En vista del hecho de que el poseedor estaba legitimado, se le debe tutelar frente a la pérdida de su legitimación.

¹⁰⁰¹ Lo que de cualquier manera deriva en la sentencia de cancelación, de los límites de la cosa juzgada. El principio del texto, demuestra que la cancelación del título constituye una excepción a la necesidad de la posesión del título para el ejer-

Ya vimos que se debe distinguir entre los efectos de la legitimación y los de la titularidad; el pago liberatorio respecto de quien lo realiza al legitimado, en vista de que se ejecute sin dolo o culpa grave ¹⁰⁰², naturalmente deja en pie las eventuales razones del titular verdadero ¹⁰⁰³ contra el que cobró el título por virtud de la legitimación ¹⁰⁰⁴.

Por otro lado, ya observamos que el procedimiento de cancelación también trata de tutelar al detentador desconocido y prevé su intervención ¹⁰⁰⁵ en el procedimiento ¹⁰⁰⁶. Precisamente porque esa posibilidad no pareció prácticamente realizable en los títulos al portador, de circulación ordinaria, se excluyeron ¹⁰⁰⁷ del procedimiento de cancelación ¹⁰⁰⁸.

cicio del derecho, mas no contraría el principio de que el titular del derecho es el propietario del título (o el último propietario del título destruido).

¹⁰⁰² O en virtud de la cancelación del título, que coloca al que la obtiene en la posición del legitimado.

¹⁰⁰³ Es innecesario agregar que entonces se trata de un derecho que no es cartular.

¹⁰⁰⁴ En cambio en el caso en que el pago se haya hecho con dolo o culpa grave, no es liberatorio, pudiendo el titular demandar al deudor cartular.

¹⁰⁰⁵ Por eso se organiza una publicidad especial, para que el tercero detentador pueda tener conocimiento del procedimiento y en él defienda sus intereses.

¹⁰⁰⁶ Cuando el título tenga a varios deudores, entiendo que la sentencia surte efectos respecto de todos.

¹⁰⁰⁷ Admitiendo conforme a la doctrina de *Vivante*, para el que denunció la pérdida del título, la posibilidad de ejercitar el derecho cartular, concluidos los plazos de prescripción, y la responsabilidad del deudor requerido, en el caso en que pague de mala fe antes de concluidos los plazos de prescripción, a quien aunque presentó el título, no era su titular.

¹⁰⁰⁸ Naturalmente que esa limitación no se encuentra en los sistemas que no prevén una verdadera cancelación de los títulos al portador, y que respecto de éstos sólo prevén la posibilidad de que el denunciante ejerza sus derechos cartulares, a condición de otorgar una caución a largo plazo. Es lo que pasa con la ley francesa de 15 de junio de 1872 (que tiene su origen en la necesidad de proteger los numerosos casos de extravío, derivados de la guerra de 1870), sobre los títulos al portador; cf. en relación con la cambiaria la misma orientación en el art. 140 del cod. de com. francés (en igual sentido los artículos 548 y sigs. del cod. de com. español).

En el derecho francés se reglamenta especialmente la invalidez (en relación con el denunciante) de la venta de títulos al portador, después de la publicación legal de la denuncia de su robo o extravío, precisamente para que tenga eficacia práctica la protección al propietario despojado (ley de 15 de junio de 1872, con las modificaciones derivadas de la ley de 8 de febrero de 1902).

Por eso el que adquiere *después* de la publicación se considera de mala fe, sin que la reivindicación quede subordinada a la carga del reembolso del precio que se pagó; el que adquiere *antes* se considera de buena fe. Entonces es posible la reivindicación sólo en las hipótesis de robo y extravío, subordinada al reembolso del precio que se pagó, en el caso (por demás normal) de adquisición en la bolsa. Quien adquie-

258.—Mediante la intervención del detentador, surge en el procedimiento

re después de la publicación, a su vez, sólo puede pedir daños y perjuicios contra el corredor, siempre que concurren las condiciones determinadas por la ley (cf. arts. 12 y 13 de la ley citada).

Estas disposiciones encuentran su paralelo en el derecho brasileño, en la ley n. 149-B de 20 de julio de 1893. (Art. 13). Se pone en duda (Por ejemplo *Octavio Mendes*) que la regla del artículo 13 de ésta ley continuara en vigor, frente al art. 1509 del cod. civil; la duda es aún más grave, frente a los arts. 336 y sigs. del cod. de proc. civil; cf. a *Trajano de Miranda Valverde, Sociedades por ações*, Río, 1942, vol. I, pag. 539.

En esta ley, la venta posterior a la publicidad legal de la denuncia de robo o extravío, se declaraba pura y simplemente nula (art. 13), teniendo el adquirente acción sólo contra el vendedor que hubiere intervenido en la operación (y por tanto, sin que la recuperación del título por el desapoderado de él, quede subordinada a la carga del reembolso del precio pagado por el adquirente). De allí deducían algunos (por ejemplo *Octavio Mendes, ob. cit.*) que la venta anterior era válida; que en consecuencia, el que (antes de la publicación legal de la denuncia) adquiría de buena fe el título, quedaba protegido; que la norma del artículo 521 del cod. civil renovó al derecho anterior. Sin examinar esta última afirmación —respecto de la cual cf. a *Pontes de Miranda, Títulos ao portador*, pag. 393— es evidente que la ley 149-B de 1893 tenía, según esta interpretación, un alcance distinto del de la ley francesa, que constituye su evidente antecedente legislativo (V. en sentido contrario a la tesis de *Octavio Mendes, a Pontes de Miranda, ob. cit.; Trajano de Miranda Valverde, ob. cit.*, interpretando la ley 149-B de acuerdo con su antecedente francés).

En el derecho vigente brasileño, la cancelación, como indicaba, se prevé para los títulos cambiarios (art. 36 del decreto n. 2044).

En relación con los títulos al portador, el art. 1509 del cod. civ. prevé (sin distinguir lógicamente entre títulos de circulación ordinaria y de circulación restringida) un procedimiento de oposición, así como la posibilidad para el denunciante, de obtener judicialmente nuevos títulos, en substitución de aquellos cuyo desapoderamiento denunció y que se declaran caducos, siempre que el detentador, una vez citado, no se presente en el plazo de tres años.

Los arts. 336 y sigs. del cod. de proc. civil, desarrollando esta reglamentación y reduciendo a tres meses (ahora siete meses: art. 23 D. n. 4565 de 11 de agosto de 1942) el plazo para la declaración de la caducidad (determinado en tres años en el art. 1509) introduce (siempre en relación con todos los títulos al portador) un procedimiento de cancelación, que concluye por la declaración de caducidad del título. El derecho brasileño facilita así la cancelación de los títulos al portador, más de lo que pasa con el derecho italiano o el francés.

Sobre la interpretación de los arts. 336 y sigs. del código de procedimiento civil brasileño, y su relación con el decreto n. 149-B de 20 de julio de 1893 (cuyo artículo 5 se encuentra abrogado implícitamente), cf. a *Luiz Machado Guimarães*, vol. IV, p. 409 y sigs., de los *Comentários ao Código de processo civil*, edición de la *Revista Forense*, Río, 1942.

Para poder invocar las providencias del art. 336 y sigs. del cod. de proc. civ., agrego que me parece que el presupuesto está en el hecho de que el demandante se

miento de cancelación un procedimiento de recuperación ¹⁰⁰⁹. En este aspecto el procedimiento de cancelación se puede considerar como un procedimiento "provocatorio", que trata de hacer posible la recuperación del título contra su desconocido detentador ¹⁰¹⁰.

Interviniendo el detentador en el procedimiento, el demandante conseguirá o no demostrar la mala fe de éste.

En la primera hipótesis el título ¹⁰¹¹ será devuelto al demandante que demuestre haber perdido su posesión ¹⁰¹²; en la segunda, quedará con el poseedor ¹⁰¹³.

haya legitimado para ejercitar el derecho, en forma semejante a lo que observamos (antes n. 257) sobre el procedimiento de cancelación en general. En igual sentido *Trajano de Miranda Valverde, Sociedades por ações*, Río, 1942, vol. I, pág. 145 (que acepta esta solución también para la acción de que trata el artículo 521 del cod. civil y sobre la que puede verse más adelante, n. 260).

Aceptando esta aclaración, quizás se puede agregar que la cancelación del título, a consecuencia del procedimiento de que tratan los arts. 336 y sigs. del cod. de proc. civ., no perjudica las defensas del "titular" contra el que obtiene la cancelación a su favor, al igual de lo que observábamos para el procedimiento de cancelación en general (antes n. 257).

¿El procedimiento de los arts. 336 y sigs. del cod. proc. civ., es aplicable a los títulos cambiarios al portador (p. ej. letra de cambio al portador)? *Jorge Americano*, en su comentario, responde en sentido afirmativo, tanto respecto de la letra de cambio al portador, cuanto de la cantidad con endoso en blanco. Sin embargo, parece más acertada la respuesta negativa, tanto porque la ley especial (cambiaría) debe prevalecer, salvo disposición en contrario, sobre la general (código de procedimientos civiles) aunque sea posterior, cuanto porque se debe considerar a cada título con su fisonomía típica independientemente de que exista la posibilidad de que en algunos casos circule con reglas particulares (cf. más adelante n. 298), y la cambiaria en su fisonomía típica es un título a la orden.

En este sentido, cf. a *Luiz Machado Guimarães*, vol. IV, p. 412, de los *Comentários ao código de processo civil*, edición de la *Revista Forense*, Río, 1942.

Sobre la cancelación de los títulos que corresponden a operaciones de capitalización, en el derecho brasileño cf., art. 57 del D. n. 22456 de 10 de febrero de 1933.

¹⁰⁰⁹ En el derecho cambiario brasileño se discute si la buena o mala fe del detentador puede ser objeto de examen en el procedimiento de cancelación. Cf. a *Pontes de Miranda*, pag. 408. A su vez el art. 339 del cod. de proc. civ. brasileño determina "Recibida la contestación, proseguirá el juicio con el procedimiento ordinario". Cf. a *Trajano de Miranda Valverde*, ob. cit.

¹⁰¹⁰ Cf. a *Bonelli* en el comentario al art. 332. Cf. también antes, n. 257.

¹⁰¹¹ O cuando sea pagado por el deudor, si la cancelación se pronuncia después del pago.

¹⁰¹² Cf. a *Bonelli*, n. 368.

¹⁰¹³ Tampoco en este caso se puede prejuzgar el problema de la "propiedad" del título, conservando el procedimiento, el carácter de posesorio.

259.—La cancelación se reglamenta de diferente manera en los distintos títulos de crédito:

a).—En los títulos nominativos, se inicia con una denuncia al emisor (deudor), que implica la imposibilidad, para el eventual detentador, de ejercitar los derechos cartulares.

En los “títulos representativos de depósitos bancarios”¹⁰¹⁴, el denunciante, además de eso, tendrá que presentar a la autoridad judicial un requerimiento acompañado de las pruebas relativas.

El detentador a su vez debe formular su oposición ante la misma autoridad, citando al emisor y al demandante, dentro de los plazos previamente fijados (de treinta días a partir de la clausura del ejercicio social sucesivo a la denuncia, para las acciones nominativas; dentro del plazo fijado por la autoridad judicial en el “decreto” publicado a requerimiento del denunciante, para los títulos representativos de depósitos bancarios).

b).—Igualmente para los títulos especiales, de la institución de emisión y de los Bancos de Nápoles y Sicilia (títulos a la orden y al portador), se prevé una disciplina de cancelación semejante a la de los títulos representativos de depósitos bancarios.

c).—Para la cambial¹⁰¹⁵ el cheque y el cheque circular¹⁰¹⁶, el procedimiento se inicia por el requerimiento a la autoridad judicial¹⁰¹⁷.

d).—En el certificado de depósito y en el “bono de prenda” (artículo 476), la cancelación se regula de acuerdo con las reglas correspondientes a las mencionadas en la letra a)¹⁰¹⁸; en la carta de porte marítima (art. 556), la oposición (en este caso por el que perdió el título o sufrió el robo) se notifica al capitán, quien debe depositar judicialmente la carga y también pue-

¹⁰¹⁴ O sea en los títulos reglamentados en la ley n. 437, de 27 de mayo de 1909.

¹⁰¹⁵ La ley cambiaria en el art. 89 admite también la cancelación de la cambial en blanco (p. ej. por faltar el nombre del tomador; la fecha; el girador [aunque exista el aceptante] etc.), en tanto sea identificable.

¹⁰¹⁶ La ley sobre el cheque, en el art. 69 por un lado especifica que la simple denuncia a la institución bancaria no impide el pago del cheque, pago cuya eficacia liberatoria sólo se niega si se hace después de que se notifique al banco la sentencia de cancelación; por otro lado, que el oponente (en la hipótesis de cancelación del cheque) debe citar tanto al librado como al librador.

¹⁰¹⁷ Se divide en dos fases: la primera deriva de la sentencia de cancelación, en virtud de la cual el demandante queda autorizado a realizar sólo los actos de conservación, y sólo puede exigir el crédito mediante fianza; corridos los plazos para la oposición o rechazada ésta, la cancelación es definitiva, y por tanto, el demandante puede, independientemente de cualquier fianza, exigir el crédito, pues, por un lado, el título quedó cancelado, y por otro, el demandante está legitimado.

¹⁰¹⁸ En el derecho brasileño cf. Ley 1102, de 21 de noviembre de 1903, y en la doctrina a *Carvalho de Mendonça*, ob. cit., pag. 656 y sigs.

de obtener autorización judicial para vender la parte necesaria para pagar el flete ¹⁰¹⁹.

260.—Distintos de la cancelación, son el carácter y el alcance de la reivindicación del título ¹⁰²⁰. Esta naturalmente sólo se puede intentar por el propietario contra el poseedor ¹⁰²¹ de la mala fe. Ya indicamos la protección del sistema italiano para el poseedor de buena fe, aun en las hipótesis de robo y extravío ¹⁰²².

El propio deudor, autor del título, podrá ser el reivindicante, así como

¹⁰¹⁹ En el derecho brasileño, cf., art. 9, D. n. 19473 de 10 de diciembre de 1940.

¹⁰²⁰ Cf. antes n. 258.

¹⁰²¹ Por eso presupone "la existencia" del título, porque el procedimiento de cancelación también comprende la hipótesis de "destrucción".

¹⁰²² En el derecho francés, también se admite la reivindicación respecto del poseedor de buena fe, sobre los títulos al portador extraviados o robados (mediante reembolso del precio de adquisición, si se adquieren en la bolsa antes de la publicación legal de la denuncia de robo o extravío), en virtud de los límites del principio "en fait des meubles possession de bonne foi vaut titre"; pero en cambio no se admite contra el poseedor de buena fe en el caso de apropiación indebida o estelionato, dada la existencia del principio arriba indicado. (Cf. antes n. 257, sobre la reglamentación especial de la ley de 1872). Esta conclusión también se aceptaba para la cambiaria, en virtud del art. 2279 del Cod. civil francés, antes de la ley cambiaria basada en la Convención de Ginebra.

En el derecho brasileño, la reivindicación se admite expresamente, para los títulos al portador en general, distinguiéndola de la cancelación (art. 342 cod. de proc. civ.; 523 y 622 cod. civ.); la recuperación (con la carga del reembolso del precio en los casos de adquisición en almoneda, bolsa o mercado; cf. art. 340 cod. proc. civ.) se declara expresamente para los títulos al portador extraviados o robados (art. 521 cod. civ.); no existe el principio "en fait des meubles possession de bonne foi vaut titre":

a).—En el derecho brasileño se discute sobre la conciliación de los artículos 524 (que reglamenta la reivindicación) y 521 (que reglamenta la recuperación con la carga del reembolso del precio de los títulos adquiridos en almoneda, bolsa o mercado) del código civil. Conforme a los principios de *Carvalho de Mendonça*, la carga del reembolso del precio contraría la característica de la reivindicación. Por eso se sostiene que los títulos extraviados o robados, son recuperables adquiriéndolos en bolsa, mercado o almoneda pública; reivindicables en los demás casos. Mientras tanto, los autores que basan la diferencia entre el art. 524 y el art. 521, en la diferencia del sujeto tutelado (o sea, propietario en el caso del art. 524 y poseedor en el caso del 521), en la hipótesis de robo o extravío, encuentran que ambas acciones son posibles (la del art. 524 y la del 521), aunque siempre con la carga del reembolso del precio en los casos de adquisición en almoneda, mercado o bolsa.

b).—Se afirma en la doctrina brasileña que la reivindicación (o recuperación) constituye un remedio limitado a los casos de robo y extravío, sin que proceda la reivindicación en los demás casos de desapoderamiento injusto, sino mediante el procedimiento de cancelación de los arts. 1509 cod. civ. y actualmente del art. 336

el propio autor del título puede ser el denunciante en el procedimiento de cancelación. Recordemos que realmente las hipótesis en que el título origi-

del cod. proc. civ. Cf. *Carvalho de Mendonça*, p. 134; *Clovis Bevilaqua* en el comentario al art. 1509 cod. civ.

La doctrina del texto parte de la consideración de que en los casos de pérdida de la posesión es posible, tanto la reivindicación (salvo los límites derivados en el derecho italiano, de la tutela del poseedor de buena fe) cuanto la cancelación (o sea, en el derecho brasileño, el procedimiento de los arts. 1509 cod. civ. y 336 y sigs. del de proc. civ.). En efecto, el procedimiento de cancelación y el de reivindicación son instituciones jurídicas distintas, que persiguen fines distintos, y por tanto no se excluyen recíprocamente.

En la práctica, la providencia de mayor importancia es la de la cancelación, pues la reivindicación no es posible, a menos que se identifique al detentador del título. Por tanto, como ya vimos, el procedimiento de cancelación trata por un lado de proteger los casos en que se desconoce al detentador (alcanzando entonces la declaración de caducidad del título y eventualmente la emisión de un nuevo título en substitución); por otro lado, provoca la intervención del detentador, abriendo entonces el camino a un procedimiento de reivindicación.

Me parece que en la doctrina brasileña, está orientado en el mismo sentido el comentario de *Jorge Americano*, a los arts. 336 y sigs. del cod. proc. civ. y el de *Luiz Machado Guimarães*, vol. IV, p. 413, de los citados *Comentarios do código de processo civil*, edición de la *Revista Forense*.

c).—En el derecho brasileño se pone en duda si la reivindicación admitida para los títulos al portador, también sea viable para los títulos nominativos, o si, por el contrario, la distinta naturaleza de los títulos nominativos no implica la exclusión de la reivindicación también en los casos en que se admite para los títulos al portador. Esta última solución la apoyan, entre otros, *Trajano de Miranda Valverde* y *Octavio Mendes*, en contra de *Carvalho de Mendonça*. Naturalmente que el problema se relaciona con el concepto del título nominativo, pues negar la reivindicación precisamente encuentra su origen en la negativa del carácter de "cosa" en el título nominativo (en contraste con el título al portador), y por tanto, en conclusión, la negación de su carácter de título de crédito.

Las consideraciones que se exponen en este volumen precisamente implican una solución afirmativa, expresamente sancionada en el derecho italiano, en el art. 7 del R.D.L. de 7 de junio de 1923, n. 1364.

En realidad la discusión no puede versar sobre la posibilidad de reivindicación de un título nominativo, admitido como documento, dado que, en general, no hay duda sobre la reivindicabilidad de cualquier documento, aunque no constituye un título de crédito.

En principio, la discusión versa sobre el alcance y sobre la significación de esa reivindicación.

Es evidente que su admisión tiene un alcance práctico en los sistemas que admiten que se pueda pedir el *transfert* del título nominativo, en virtud del endoso del certificado a nombre del que pide el *transfert*. En cambio, en los sistemas que no admiten esta posibilidad el alcance práctico de la reivindicación es mínimo, y por esto es natural la tendencia a excluir su posibilidad, en relación con la menor claridad, en estos

ginariamente haya entrado en circulación contra la voluntad de su autor, no están sujetas a una disciplina particular¹⁰²³.

261.—Independientemente de lo que venimos indicando, el ejercicio

mismos sistemas, del carácter de título de crédito en el título nominativo. Cf. n. 217.

La solución afirmativa envuelve, como consecuencia, la aplicación a la reivindicación de los títulos nominativos, de las reglas propias de la reivindicación en los títulos de crédito (por esto en el derecho italiano se excluye de la reivindicación al poseedor de buena fe que se encuentra inscrito en los libros del emisor, hasta en la hipótesis del título extraviado o robado), y no de las reglas generales de las cosas muebles. Es lo que pasa en el derecho italiano, en el indicado art. 7 del R.D.L., de 7 de junio de 1923, n. 1364, que por un lado excluye la "reivindicación" contra el que "haya adquirido de buena fe el título de quien figura como propietario en Éste y en los registros del emisor", y, por otro lado, por eso mismo admite la reivindicación en la hipótesis inversa, reconociendo así la aplicación de esta institución al título nominativo.

d).—En tercer lugar, conviene preguntar si en el derecho brasileño, la reivindicación también es admisible contra el poseedor de buena fe. Este problema se relaciona con el del reconocimiento, en los títulos de crédito, del principio "possession de bonne foi vaut titre" y de sus límites.

En los títulos cambiarios, dado el reconocimiento expreso de la protección al tercero poseedor de buena fe, la reivindicación sólo se puede admitir contra el poseedor de mala fe.

En relación con los otros títulos de crédito, la solución es naturalmente distinta. Cf. ns. 172 y 236.

e).—Por último, en el derecho brasileño se discute sobre el carácter de la acción consignada en el art. 521 del cod. civ., *Pontes de Miranda*, seguido ahora por *Trajano de Miranda Valverde* (me parece que con exactitud), en la acción de referencia ve una acción posesoria y no petitoria, esto es, entiende que la acción de que trata el art. 521, le corresponde al poseedor despojado, y no exige que el autor sea el propietario desapoderado. Por tanto, en los casos de robo y extravío, se debería tener en cuenta tanto la acción ordinaria de reivindicación (que le corresponde al propietario) cuanto la acción del art. 521, así como el procedimiento del Art. 336 del cod. de proc. civ. (que corresponderían al poseedor despojado). Esta tesis la combaten *Octavio Méndez y Carvalho de Mendonça*.

¹⁰²³ Para los títulos al portador, cuya cancelación no se admite, sería oportuna una reglamentación que a través de determinadas publicaciones, legalmente implícase la mala fe de los que adquiriesen después de determinado momento. Con independencia de semejante reglamentación, la posibilidad de reivindicación, muchas veces, prácticamente sólo queda en el papel, y como en estos títulos falta la posibilidad de cancelación, el propietario desapoderado al final de cuentas queda en el sistema italiano, sin defensa suficiente. En este aspecto, se pueden utilizar, como ejemplo, las disposiciones legislativas francesas.

Prácticamente, es en las hipótesis y en los sistemas en donde no está reglamentado un procedimiento de cancelación, donde se siente con más imperio la necesidad de una reglamentación particular de la reivindicación y de la recuperación.

del derecho cartular en algunos títulos puede estar subordinado a otras condiciones distintas, en los diversos títulos de crédito.

De este modo, la posibilidad ¹⁰²⁴ de ejercitar el derecho cartular puede quedar subordinada a la carga (no a la obligación) de efectuar un pago, como pasa con la carta de porte o con el certificado de depósito: el titular de la carta de porte o del certificado de depósito, no puede obtener la mercancía sin el previo pago del flete o de la tarifa del depósito ¹⁰²⁵.

Así es como la posibilidad de ejercitar el derecho puede estar sujeta a la oportuna realización de determinados actos ¹⁰²⁶.

262.—Es natural que se deban recordar los plazos de prescripción,

¹⁰²⁴ Es inútil que volvamos a recordar que esta posibilidad está expresamente excluida en los títulos cambiarios.

¹⁰²⁵ Cf. antes, ns. 17, 60, 215 y 228.

¹⁰²⁶ Por ejemplo, en los títulos cambiarios, la presentación oportuna del título al girado o al aceptante y el protesto oportuno son condiciones para poder demandar en regreso.

Nótese que estos plazos son plazos de caducidad que justamente se relacionan con la carga del portador, de presentar el título y de levantar el protesto para que pueda ejercitarse la vía regresiva. Sobre el concepto de carga y su relación con el concepto de caducidad, cf. antes n. 17.

En vista del hecho de que se trata de una carga, no es posible en cuanto a su cumplimiento oportuno, aplicar los principios que se refieren al cumplimiento de una obligación respecto al caso fortuito, así como, por otra parte, son inaplicables a los plazos de caducidad las causas que interrumpen y suspenden la prescripción.

El derecho, al establecer cargas y plazos de caducidad, por último, persigue una disciplina más rigurosa; por eso sobre el cumplimiento de la carga, se perfila la idea del riesgo. En el derecho italiano del código de comercio, derivaba este principio de la caducidad de la acción de regreso, hasta cuando no se respetaban los plazos para el protesto, en virtud de un caso fortuito de carácter general (por ejemplo: temblor de tierra), salvo en el caso en que el legislador interviniere con una ley especial, como más de una vez aconteció.

En la convención internacional, se tomó en cuenta esta situación para reglamentarla de manera de conciliar obvias necesidades de equidad con el rigor cambiario: cf. art. 54, y a *Valeri*, vol. II, p. 376.

En el derecho comparado merece recordarse, que el derecho brasileño en los plazos para el protesto, establece tanto un plazo para que el portador lleve el título al protesto, cuanto un plazo para que el oficial de los protestos, lo levante (cf. arts. 28, 32 y 33, D. n. 2044) y no un plazo único para que el protesto se levante.

Nótese que a pesar de la pluralidad de obligados cambiarios, sólo hay un protesto, y en un solo lugar, lo que coincide con el principio de que sólo existe un título único, a pesar de la pluralidad de los obligados. La obligación del "aviso" (en el derecho brasileño cf., art. 30, D. n. 2044) justamente persigue la tutela de los diversos obligados cambiarios, en vista del protesto único.

reglamentados especialmente en los títulos cambiarios¹⁰²⁷, mas no en cuanto a todos los títulos de crédito.

Lo que expusimos acerca de la diferencia entre derechos cartulares abstractos y causales, nos autoriza para afirmar que en los primeros el derecho del titular del documento prescribe en los plazos en que prescribe el derecho de la relación declarada en el mismo título (en los mismos plazos, pues, relativos al fletamento o transporte, en la carta de porte marítima; en los establecidos para el depósito en el certificado de depósito, respectivamente, etc.); en cambio, en los derechos abstractos, la diferencia entre la prescripción del derecho cartular y la del derecho derivado de la relación fundamental¹⁰²⁸, deriva de la propia abstracción del derecho.

De los plazos¹⁰²⁹ de prescripción, se deben distinguir los de caducidad,

¹⁰²⁷ En los cuales siempre se acostumbra que sean más cortos que los de la prescripción ordinaria.

Es oportuno recordar que en el sistema francés la prescripción cambiaria se considera del mismo modo que las prescripciones llamadas cortas, en los sistemas francés e italiano, esto es, en principio, como una prescripción presuntiva, y que la acción contra el girador no está sujeta a caducidad cuando el girador no haya verificado la provisión. Cf. art. 156 y art. 179, cod. com. francés, y antes, n. 34.

¹⁰²⁸ Sobre la existencia de obligaciones abstractas en los títulos causales, sujetas a la disciplina de los endosos cambiales, cf. n. 139.

¹⁰²⁹ La imposibilidad de aplicar al derecho cartular en los títulos abstractos (por ejemplo en los cambiarios), la prescripción propia del derecho de la relación fundamental, vuelve a acentuar la abstracción del derecho cartular en aquellos títulos.

A su vez, la teoría que considera los títulos de crédito, y entre éstos la cambiaria, como documentos probatorios del negocio fundamental, es el punto de partida de la tendencia a extender a la acción causal, la prescripción de la acción cambiaria. Cf. a *Lescot*, vol. I, p. 197, y antes nota 140. Admitida la distinción entre el derecho cambiario y el derivado de la relación fundamental, es obvia, por un lado, la justificación de una prescripción especial para la acción de la relación fundamental, sujeta al plazo de prescripción que le es particular (en principio, el ordinario civil o mercantil). En consecuencia, prescrita la acción cambiaria, el acreedor podrá demandar con la acción de la relación fundamental al que sea su deudor en virtud de ésta, en el caso en que la cambiaria no haya sido entregada *pro soluto*, o con eficacia novatoria; presuntivamente, se debe admitir que la cambiaria ha sido entregada *pro solvendo*. Cf. antes, n. 68, y en el derecho brasileño a *Whitaker*, n. 203.

¹⁰³⁰ Nótese que en el derecho brasileño, sobre el momento inicial en el plazo de la prescripción en el derecho cambiario, la diferente redacción del art. 70 de la convención internacional (en virtud del cual el plazo deriva del "vencimiento") y del art. 53 del D. n. 2044 (en virtud del cual el plazo deriva del día en que la acción se puede intentar); respecto de la acción de regreso del obligado cambiario, que en vista de su responsabilidad de regreso paga la cambiaria, el artículo 70 aclara que el plazo de prescripción deriva desde el día en que el obligado pagó o fue de-

de plena conformidad con una distinción que es propia de la teoría general del derecho¹⁰³¹; esto es, aquellos que se acostumbra llamar, inherentes al propio derecho, de modo que no son susceptibles de interrupción, ni de suspensión (al contrario de lo que pasa con los plazos de prescripción).

263.—Las excepciones que pueden derivar de la inobservancia de las condiciones que se indican, evidentemente que son oponibles a cualquier portador.

Si el título se refiere a varios deudores, solamente son oponibles por el deudor respecto del que no fueron observadas; las condiciones para el ejercicio del derecho cartular, pueden incluso no ser las mismas en relación con los distintos deudores cartulares¹⁰³².

mandado; en tanto que el art. 53 lo hace correr desde el día del pago.

De esta distinta redacción deriva que en el primer sistema, el plazo de prescripción de la acción de regreso comience desde el día del vencimiento (o para el obligado de regreso que paga, desde el día del pago o desde que se intentó la acción; además, en el sistema de la convención, en esta hipótesis, el plazo de prescripción es más corto que en la anterior); en el segundo sistema (cf. *Whitaker*, n. 200) desde el día del protesto (o para el obligado de regreso, desde el día en que pagó); sobre consecuencias posteriores, en lo que se refiere al pagaré a la vista, cf. n. 285.

¹⁰³¹ Por ejemplo en el sistema del código, la acción cambiaria de regreso se subordina a plazos especiales de caducidad además de los establecidos para el protesto. No pasa lo mismo en el sistema de la convención, y por tanto en la nueva ley cambiaria. En el derecho brasileño, cf. arts. 19, 32, 33 y 52 (éstos artículos no mencionan que en la hipótesis de regreso anterior al vencimiento, se deba deducir el descuento en relación con el pago anticipado; cf. art. 47 de la convención internacional) del D. n. 2044.

Debe notarse cómo, a la vez que en el sistema de la convención internacional el plazo de la prescripción de la acción contra el girador es aquél, propio también de la prescripción de la acción contra los endosantes (art. 70 de la convención), a diferencia del derecho brasileño, en que el plazo de prescripción de la acción contra el girador es el de la acción contra el aceptante (Art. 52, D. n. 2044).

¹⁰³² De este modo, las condiciones para el ejercicio de la acción cambiaria de regreso, no son idénticas a las del ejercicio de la acción cambiaria directa. Cf. lo mismo antes, n. 143.

Se concilia con el concepto del texto, en materia cambiaria, el principio de que la interrupción de la prescripción sólo vale en relación con el deudor con quien fue practicado el acto que la interrumpe, a pesar de la solidaridad de las obligaciones cambiarias (art. 93 de la ley cambiaria).

Es obvio que este principio también se aplica al aval (cf. en el derecho brasileño, Sup. Trib. Fed. rec. ex. n. 5425, *Revista Forense*, vol. 93, p. 74).

En efecto, aunque sean solidarias, las distintas obligaciones cambiarias derivan de otras tantas relaciones obligacionales distintas, y no de un solo vínculo obligacional con una pluralidad de sujetos pasivos. Por eso algunos autores sostienen que en la hipótesis de varios obligados cambiarios del mismo grado (coemiten-

264.—En diversas ocasiones ya indicamos que la ley determina, al reglamentar los títulos de crédito, no sólo las cláusulas que *deben* figurar en el título, sino también las que *pueden* figurar en él, adquiriendo eficacia cartular.

Por tanto, la extensión del derecho cartular en los diversos casos, puede ser distinta de la legalmente prevista, y cláusulas particulares pueden reglamentar el ejercicio del derecho cartular, pero eso impone una doble condición: 1).—Las cláusulas serán eficaces sólo cuando no deroguen normas imperativas de la ley; 2).—Sólo tendrán eficacia cartular cuando se consignen en el título, y que además de eso se *puedan* consignar en él con eficacia cartular.

Especialmente en este último aspecto, es evidente que vuelve a adquirir importancia la distinción entre títulos abstractos y títulos causales, pues en estos últimos generalmente se admite la eficacia cartular de todas las cláusulas consignadas en el título¹⁰³³, a la vez que en los primeros esa eficacia es excepcional¹⁰³⁴.

Las cláusulas con eficacia cartular se pueden oponer a cualquier portador, en tanto que las que no la tienen (por ejemplo un *pactum de non petendo*) se basan por eso mismo¹⁰³⁵ en convenios extracartulares, y sólo se pueden oponer al portador que sea sujeto de los mismos convenios, o que al adquirir el título haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor.

tes, coendosantes, coavalistas, etc.), la norma del art. 93 es inaplicable, debiéndose en cambio recurrir al principio general de que la interrupción de la prescripción que se hace respecto de un deudor solidario, también vale para los demás, pues en esta hipótesis existiría un único vínculo obligacional con una pluralidad de sujetos pasivos. Cf. a *Pugliesse, Prescrizione estintiva*, n. 358.

¹⁰³³ De aquí la gran importancia de las cláusulas que en la carta de porte marítima, ya se vinculan con la eficacia escritural de la carta de porte (esto es, excluyen la eficacia de la declaración que en ella se contiene sobre determinadas circunstancias, por ejemplo, peso o calidad de la mercancía), ya, por el contrario, se vinculan con la responsabilidad del capitán, derogando las normas generales de la responsabilidad del transporte o fletamento. Cf. n. 137.

¹⁰³⁴ Así se reconoció la eficacia cambiaria de la cláusula "sin garantía", puesta por el endosante, (cf. n. 228) y ahora la de "sin gastos", así como la de intereses en algunas hipótesis, y así se admitió también, antes de ser reglamentada, la práctica del cheque "cruzado", etc.

Debe observarse la mayor libertad derivada de la convención internacional y la ley cambiaria subsecuente, en relación con el derecho anterior, sobre la posibilidad de cláusulas. En el derecho brasileño, cf. a *Pontes de Miranda*, pág. 123 y sigs., y art. 44, D. n. 2044 (más restringido que la convención internacional) sobre la letra de cambio; y sobre el cheque cruzado, el art. 12 del D. n. 2591 de 7 de agosto de 1912.

¹⁰³⁵ Cf. antes n. 24.

265.—Las ponderaciones que varias veces hemos hecho, acerca de la conexión del derecho cartular y del título, nos permiten afirmar que el derecho cartular, así como surge con la creación del título, también se extingue con la restitución de éste y con la anotación cartular del recibo por el tenedor, o la declaración de pago hecha por el deudor ¹⁰³⁶. Por un lado, el pago eventual, sin recibo o declaración, tan sólo tiene eficacia extra-cartular ¹⁰³⁷, y por otro, la falta de pago, a pesar del recibo o declaración,

¹⁰³⁶ En los títulos cambiarios el recibo se debe poner por su portador. Cf. art. 45 de la ley cambiaria; en el derecho brasileño el art. 22 § 2, D. 2044. En cambio, en los títulos al portador el deudor es el que, volviendo a poseer el título, lo anula.

Queda en duda el caso de los títulos cambiarios al portador o endosados en blanco: cf. antes, n. 251.

Cuando de un título derivan varias obligaciones, debe distinguirse entre el pago que extingue el título (y por tanto todas las obligaciones) y el que sólo extingue la obligación del que paga y de los obligados, que en caso de pagar tendrían derecho de regreso contra éste.

En vista de la extinción del título, el primero se puede invocar por cualquier obligado; el segundo sólo por los obligados cuya obligación se extinguió.

Se puede indicar una distinción semejante sobre los requisitos de cada obligación (cf. ns. 18, 242 y 248).

Ocurre la extinción del título, cuando se paga por el deudor directo; en caso contrario, se extingue la obligación del que paga y de aquellos que tendrían derecho de regreso contra éste, pudiendo quedar el que paga con el derecho de ser a su vez reembolsado; entonces se habla de pago "recuperativo". Cf. antes n. 143 y a *Valeri*, vol. I, p. 205, y vol. II, p. 267; en el derecho brasileño, cf. art. 24 del D. n. 2044. (En el derecho cambiario italiano, este principio también se debe entender con referencia al avalista del aceptante; si éste paga, tiene acción cambiaria de reembolso contra el aceptante, pues es regla general que el avalista tiene acción de reembolso contra los obligados que también el avalado habría podido demandar, así como contra el propio avalado; art. 37 de la ley cambiaria. En el derecho brasileño, por el contrario, este último principio no es expreso (cf. art. 24, D. n. 2044), negándose en consecuencia, por una parte de la doctrina; cf. a *João Eunópio Borges*, *Do aval*, p. 247, y antes n. 73).

Sin embargo, debe recordarse que el pago no es liberatorio, cuando se realiza con dolo o culpa grave, al que aunque esté legitimado no sea titular. En esta hipótesis hay un vicio sobre la extinción del título, así como vimos que también puede haber vicios sobre su creación.

Por otro lado, hay que indicar que a pesar de la extinción del título, quedan en vigor las eventuales pretensiones del verdadero titular contra el que no siéndole cobró el título, independientemente de la eficacia liberatoria del pago del deudor. Entonces se trata de derechos no cartulares, tal como en la hipótesis de la emisión irregular del título; a pesar de la existencia de la deuda cartular, quedan en pie las pretensiones del deudor contra los responsables de la emisión irregular.

¹⁰³⁷ Si, en efecto, el título vuelve a circular, el obligado que ya pagó podrá

tiene a su vez tan sólo una importancia extra-cartular. La acción o excepción respectiva serían, por esto, extra-cartulares.

266.—Las consideraciones que anteceden, nos permiten hablar de "hechos" jurídicos cartulares¹⁰³⁸: constitutivos, impeditivos y extintivos.

Hechos constitutivos de la propiedad del título¹⁰³⁹ o de la obligación cartular¹⁰⁴⁰.

Hechos impeditivos de la adquisición de la propiedad cartular¹⁰⁴¹ o de la eficacia del derecho¹⁰⁴².

Hechos extintivos de la propiedad o del derecho cartular¹⁰⁴³.

Hechos impeditivos de la extinción de la propiedad¹⁰⁴⁴ o del derecho¹⁰⁴⁵.

Esta tripartición está en armonía con la clasificación general de los hechos jurídicos en relación con la doctrina de las pruebas, pues constantemente se enseña (*Chiovenda*) que el que afirma ser el titular de un derecho, tan sólo debe probar los hechos constitutivos del mismo; el que lo

quedar sujeto al pago por segunda vez, cuando le sea presentado por un tenedor de buena fe.

¹⁰³⁸ Cf. a *Valeri*, vol. I.

¹⁰³⁹ La posesión del título, de acuerdo con la ley de su circulación.

¹⁰⁴⁰ Su creación. En rigor sería el acreedor quien tendría que probar la autenticidad de la firma del subscriptor. Pero generalmente se admite que el acreedor debe probar la concordancia de la firma normal del subscriptor con la puesta en el título, pudiendo demostrar el deudor que a pesar de esa concordancia la firma es falsa.

¹⁰⁴¹ Los vicios del negocio de transmisión oponibles al adquirente inmediato; la mala fe en la adquisición *a non domino*, y, en general, los hechos que tienen por consecuencia la falta de titularidad, a pesar de la legitimación.

En nuestro sistema la buena fe se presume, y por tanto, la carga de la prueba recae sobre el que alega la existencia de la mala fe. En el caso en que se demuestre la mala fe del poseedor, a éste le toca la carga de la prueba de su adquisición *a domino* (cf. antes n. 218).

¹⁰⁴² Los vicios de la declaración cartular (dolo, error, incapacidad, violencia, excepciones causales en los títulos causales y su conocimiento por el tercero).

La mala fe (en el sentido del art. 21 de la ley cambiaria) con la consecuente oposición de las excepciones extra-cartulares.

¹⁰⁴³ Destrucción del título; su posesión por otro portador; pago constante del título; prescripción y caducidad; extinción de la obligación de entrega, de acuerdo con las reglas del fletamento, transporte o depósito, en los títulos de transporte o depósito.

¹⁰⁴⁴ Cancelación del título; hechos impeditivos de la adquisición de la titularidad por el nuevo poseedor.

¹⁰⁴⁵ Dolo o culpa grave del deudor, al pagar; hechos impeditivos de la extinción de la obligación de entrega, de acuerdo con la reglamentación del transporte o depósito, en los títulos de transporte o depósito.

impugna debe probar, tanto los hechos extintivos, cuanto los impeditivos, y, a su vez, es nuevamente el acreedor el que debe probar el hecho impeditorio de la extinción que sin tal hecho se habría verificado.

Esta distribución de la carga de la prueba, se basa en principio en el *id quod plerumque accidit*, e impone a cada una de las partes la carga de probar los hechos de los cuales normalmente deriva su derecho, atribuyendo a la parte contraria la carga de probar la existencia de las circunstancias consideradas excepcionales, y que en el caso concreto hayan impedido la verificación del efecto jurídico normal.¹⁰⁴⁶

267.—Distinta de la anterior, es la clasificación de las excepciones cartulares en el aspecto del derecho substancial, esto es, de su oposición o no oposición, abstraída la distribución de la carga de la prueba, acerca de los hechos constitutivos (extintivos, impeditivos) de esas excepciones.

En este sentido, conviene observar que el hecho constitutivo de la

¹⁰⁴⁶ Los convenios particulares no pueden alterar la distribución legal de la carga de la prueba, que escapa al poder dispositivo de las partes (*Chiovenda, Instituzioni*, vol. II, pág. 345). Pero las partes, mediante una reglamentación convencional del derecho, distinta de la legal, pueden considerar determinados hechos como constitutivos o extintivos del derecho, además de los legalmente previstos, y es evidente que en esta hipótesis el que invoca la constitución del derecho (o su extinción) también debe probar esos hechos (*Chiovenda*, vol. I, p. 69).

En materia de títulos de crédito, esta hipótesis se encuentra en la carta de porte marítima, que, como ya vimos, es el título de crédito en que las partes con más frecuencia reglamentan el derecho cartular de distinta manera a la establecida por la ley, y hasta pueden dar a esa reglamentación eficacia cartular, a través de la inclusión de las cláusulas respectivas en la carta de porte, siempre que se trate naturalmente de cláusulas que no derroguen disposiciones imperativas de la ley.

Respecto de la extinción del derecho cartular, las partes pueden convenir que opere, no sólo cuando se verifique uno de los hechos extintivos de la obligación de reentrega de la mercancía, de acuerdo con los principios generales del fletamento o del transporte (por ejemplo, cuando perece por caso fortuito), y además en otras hipótesis. Es mucho más frecuente la cláusula que determina que la obligación de reentrega se extingue cuando la mercancía perezca en virtud de un siniestro, correspondiente a un riesgo asegurable (llamada *insurance clause*). En esta hipótesis, el hecho extintivo de la obligación (que debe probarlo el capitán), es la verificación de un siniestro que corresponda a un riesgo asegurable, y sobre el cual, en abstracto, sea lícita la exoneración de la responsabilidad; el hecho impeditorio de la extinción (que debe probarlo el titular de la carta de porte) es la concurrencia en el siniestro de causas (por ejemplo, dolo o culpa grave del capitán) que excluyan en el caso concreto la exoneración de la responsabilidad. Cf. mi comentario en *el Foro It.*, 1936, I, 1009 y a *Casati, Rivista di diritto commerciale*, 1937, I, 49.

En el derecho brasileño, cf. sobre la eficacia de estas cláusulas, el art. I del D. 19473.

excepción es, a su vez, el hecho impeditivo o extintivo del derecho cartular.

Al resumir las diversas excepciones cartulares, teniendo presente la situación del *tercero poseedor*, podemos afirmar que:

a).—El demandado siempre puede oponer las excepciones que preliminarmente tratan o de negar al portador la calidad de titular del derecho;

b).—o de negar que sea el demandado el autor de la obligación cartular (homonimia, falsificación, exceso o falta de poderes);

c).—el demandado siempre puede invocar las excepciones que se refieran a vicios de forma del título o de la declaración¹⁰⁴⁷ o a la falta de cumplimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción;

d).—el deudor siempre puede oponer la excepción de su propia incapacidad en el momento en que se creó el título y la falta absoluta de voluntad al firmarlo (violencia absoluta, hipnosis)¹⁰⁴⁸.

e).—el demandado siempre puede oponer la extinción del derecho cartular derivada del título;

f).—el deudor no puede oponer, al tercero poseedor, que ignore el vicio, y que no sea sujeto de la relación de emisión, el error, el dolo, la violencia, en la creación de la obligación, el hecho de que ésta se haya creado maliciosamente o con ignorancia de su alcance; ni siquiera puede oponer las excepciones causales en los derechos causales.

g).—el deudor no puede oponer excepciones basadas en relaciones extra-cartulares (comprendiendo las causales en los derechos abstractos), tanto la relación fundamental en virtud de la cual el título o el convenio ejecutivo se creó, cuanto las relaciones que se refieren al derecho consignado en el título (*pactum de non petendo*, convenio de prórroga, etc.), así como la extinción del derecho, que no conste en el título; salvo la hipótesis de que el acreedor sea sujeto de las mismas relaciones o que al adquirir el título, haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor¹⁰⁴⁹.

h).—el deudor no puede oponer al tercero, que es titular autónomo del derecho cartular, los vicios del negocio de emisión.

En consecuencia, podemos distinguir excepciones *reales* y *personales*,

¹⁰⁴⁷ En el derecho brasileño cf. el art. 51 del D. 2044 y el art. 1507 del cod. civ. (nulidad externa).

¹⁰⁴⁸ En el derecho brasileño, cf. el art. 1507 del cod. civ. (nulidad interna). Sobre la incapacidad, cf. respecto del derecho comparado, el n. 244.

¹⁰⁴⁹ Estas son las excepciones cuya oposición encuentra su explicación en la compensación (*Rocco, Studi*, vol. II, pág. 113), excepciones "personales" (art. 17 de la convención de Ginebra; en el derecho brasileño, cf. las excepciones "personales" del art. 51 del D. 2044 y el art. 1507 del cod. civ.).

teniendo en cuenta la oposición *a cualquier* poseedor o sólo *a un* poseedor determinado; excepciones *objetivas* y *subjetivas* teniendo en cuenta su oposición *por cualquier* deudor o sólo *por un* deudor determinado.

Son reales las excepciones indicadas en las letras *a), b), c), d),* y *e)*; objetivas, las indicadas en las letras *a), c)*¹⁰⁵⁰ y *e)*¹⁰⁵¹; personales las indicadas en las letras *f), g)* y *h)*; subjetivas las indicadas en las letras *b), c)*¹⁰⁵², *d), f), g)* y *h)*¹⁰⁵³.

268.—No existe una disciplina general de procedimiento en materia de títulos de crédito. Sélo hay en nuestro sistema una disciplina particular del procedimiento en los títulos cambiarios¹⁰⁵⁴.

269.—Tampoco existe una regla general sobre la ejecutividad de los títulos de crédito¹⁰⁵⁵. En nuestro sistema son títulos ejecutivos los títulos cambiarios¹⁰⁵⁶; con frecuencia, ante el derecho comparado, se reglamentan:

¹⁰⁵⁰ En lo que concierne a los vicios formales del título.

¹⁰⁵¹ En lo que concierne a la extinción del título.

¹⁰⁵² En lo que concierne a los vicios formales de la declaración y a las condiciones para el ejercicio de la acción.

¹⁰⁵³ En lo que concierne a un pago que sólo es extintivo de algunas de las obligaciones derivadas del título.

¹⁰⁵⁴ Cf. el art. 65 de la ley Cambiaria y a Chiovenda, *Instituicoes de direito processual civil*, São Paulo, 1942, vol. I, pág. 342 y sigs.

¹⁰⁵⁵ Es innecesario agregar que la ejecutividad propia del título, sólo se puede invocar cuando el que invoca el derecho cartular tenga la posesión del título, o haya obtenido a su favor una sentencia de cancelación; en consecuencia, no se puede invocar en los casos excepcionales (cf. n. 257) en que el derecho cartular se puede invocar independientemente de estos presupuestos.

¹⁰⁵⁶ Sobre la "ejecutividad" de los títulos cambiarios en el sistema italiano y de su reglamentación distinta en el derecho brasileño, cf. antes n. 59.

El acreedor cambiario en el derecho italiano, puede o bien obrar en un procedimiento de reconocimiento, o bien utilizar directamente la cambiaria como título ejecutivo; el plazo de la prescripción es el mismo.

En el primer caso, el juez, cuando las excepciones del deudor sean de intensa investigación, debe pronunciar una sentencia precautoria de condena con o sin caución (Art. 65; cf. Cass, 27 de mayo de 1936; *Foro It.*, 1936, I, 824).

En el segundo caso, el deudor ofrece sus defensas por medio de "opposizione a preccetto". "L'opposizione al preccetto non sospende l'esecuzione, ma il presidente del tribunale o il pretore competente per valore, su ricorso dell'opponente che discosnoca la propria firma o la rappresentanza oppure adduca gravi e fondati motivi, può, con decreto motivato non soggetto a gravame, esaminati i documenti prodotti, sospendere in tutto o in parte gli atti essecutivi, imponendo idonea cauzione (art. 64)". Lo mismo en el juicio ejecutivo se debe observar esta regla respecto de las excepciones de intensa investigación (art. 65).

Debe observarse que en el derecho brasileño se habla de "acción cambiaria" y de "acción ordinaria", identificando el derecho cambiario con la acción (cam-

ta, en las mismas hipótesis, con un procedimiento documental especial ¹⁰⁵⁷: en una y otra hipótesis, encontramos precisamente la preocupación del legislador de asegurar una ejecución rápida de los derechos cambiarios.

biliaria) ejecutiva, y el derecho derivado de la relación fundamental (o de enriquecimiento en la hipótesis del art. 48, del D. n. 2044) con la "acción ordinaria", y por tanto, se descuida la posibilidad de que el acreedor cambiario ejerza el derecho cambiario por medio de acción ordinaria, como es posible en el derecho italiano. Tal vez esa orientación se relaciona con la menor claridad de la distinción entre derecho y acción en el derecho brasileño, que a su vez deriva de la concepción propia del derecho de las ordenanzas vigentes en el Brasil hasta el código civil de 1916.

Asimismo hay que recordar que en el derecho brasileño una doctrina autorizada, duda sobre la posibilidad de que el avalista obré ejecutivamente, contra el avalado: cf. a *Luiz Machado Guimarães*, vol. IV, p. 116 de los *Comentários ao código de processo civil*, edición de la *Rivista Forense*, Río., 1942.

¹⁰⁵⁷ Cf. a *Chiavenda*, ob. cit., pág. 347 (y en la p. 345 la nota de Liebman sobre el derecho ibérico), tanto sobre el origen de la ejecutividad del derecho italiano, cuanto del "procedimiento documental", en el "processus executivus" del derecho común romano (antes, n. 22).