

SEGUNDA PARTE

LA NATURALEZA DEL DERECHO CONSIGNADO EN EL TITULO DE CREDITO

(Derecho Cartular)¹

¹ Al emplear el neologismo “cartular” (de “*chartula*”, del latín de la decadencia), nos limitamos a traducir el adjetivo “cartolare”, que introducido por *Bonelli* en la literatura jurídica italiana, usamos para calificar: el derecho que deriva del título de crédito (derecho cartular); el negocio jurídico que preside a la constitución del título de crédito (negocio cartular); al titular del derecho existente en el título de crédito (titular del derecho cartular); a la obligación que emana del título de crédito (obligación cartular, en contraposición a la obligación extra-cartular), y así sucesivamente.

EL TITULO DE CREDITO Y LA TEORIA DE LOS DOCUMENTOS

SUMARIO: 13. Los títulos de crédito en la legislación internacional.—14. Y en la doctrina.—15. El concepto de título de crédito en el derecho comparado.—16. Títulos causales.—17. El título de crédito como documento.—18. Requisitos formales.—19. Títulos en blanco.—20. Títulos cambiarios en blanco.—21. La relación fundamental.

13.—El sistema italiano de los códigos de 1865 y 1882 no conoce una disciplina general o un concepto legislativo de los títulos de crédito ¹⁷.

El Decreto Real N° 1669, de 14 de diciembre de 1933, expedido en seguida de las convenciones de Ginebra sobre la unificación internacional del derecho cambiario (puestas en vigor por el Decreto-Ley N° 1130, de 21 de agosto de 1932 regula hoy a la letra de cambio y al pagaré ¹⁸; el decreto Real N° 1736, de 21 de diciembre de 1933, expedido también en virtud de las convenciones de Ginebra sobre la unificación internacional de la disciplina del cheque (Decreto Real N° 1017, de 24 de agosto de 1933) regula hoy al cheque, al cheque circular y a los títulos especiales del Instituto de Emisión, del Banco de Nápoles, del Banco de Sicilia; los artículos 56 y 57 del Código de Comercio y 707 del Código Civil regulan los títulos al portador; el artículo 392, la carta de porte terrestre; los artículos 461 y siguientes del Código de Comercio, al certificado de depósito y al bono de prenda; los artículos 555 y siguientes del Código de Comercio, la carta de porte marítima; el artículo 164 del Código de Comercio y el artículo 418 del Código Civil, a las acciones; los artículos 171 y siguientes del Código de Comercio, a las obligaciones de las sociedades mercantiles; el decreto ley N° 1364, de 7 de junio de 1923, a los títulos nominativos; la Ley N° 437 de 27 de mayo de 1909 se refiere

¹⁷ Una disciplina general de los títulos de crédito, se encuentra en México, en la Ley general de títulos y operaciones de crédito.

A su vez, la negotiable instrument law en los Estados Unidos de la América del Norte, regula todos los negotiable instruments.

¹⁸ Adviértase que cuando empleo el término "cambial", lo hago para denominar el género que comprende las dos especies: letra de cambio y pagaré.

a los títulos representativos de depósitos bancarios; a los de deuda pública, el T. U. Decreto Real N° 536, de 17 de julio de 1910, y así sucesivamente.

Sobre los títulos al portador, en el derecho brasileño véanse los artículos 1505-1517 del Código Civil; el decreto N° 2044, de 31 de diciembre de 1908, sobre la letra de cambio y el pagaré; el decreto N° 2591, de 7 de agosto de 1912, sobre el cheque; el decreto N° 19.473, de 10 de diciembre de 1930, sobre las cartas de porte; el decreto N° 2627, de 26 de septiembre de 1940, en cuanto a las acciones, obligaciones y participaciones, en las sociedades mercantiles; el decreto N° 177-A, de 15 de septiembre de 1893, sobre las obligaciones de sociedades mercantiles.

En el transcurso del presente trabajo naturalmente nos atendremos a las normas de la ley italiana. Estas corresponden con frecuencia a las de los demás países. Particularmente en relación con los países que, como Italia, introdujeron en su derecho interno las reglas de la convención internacional sobre la disciplina de la cambiaria y del cheque¹⁹, y con los que aunque no hayan adoptado tales reglas, sin embargo poseen una legislación inspirada en los mismos conceptos fundamentales²⁰.

14.—Principalmente a *Vivante* le toca el mérito de la elaboración de una teoría unitaria del título de crédito, fijando los caracteres comunes de los títulos al portador, a la orden y nominativos²¹.

Contra el escepticismo de algunos escritores²², y aunque convenga prevenirnos de la tendencia a extender, sin mayor examen, a todos los títulos de crédito las normas que sólo a algunos les son peculiares (por ejemplo, los cambiarios), se impone la construcción de una teoría general.

En esa construcción, es necesario procurar obtener algunos principios comunes a todos los títulos de crédito, sean nominativos, a la orden, o al portador. La posibilidad, reconocida en todos los sistemas, de que un título pueda, independientemente ser a la orden o al portador (por ejemplo el cheque²³, carta de porte marítima) y nominativo o al portador (por ejemplo

¹⁹ Cf. a *Valeri*, vol. I, pag. 35, para una relación de los estados que modificaron su derecho como consecuencia de las convenciones de Ginebra.

²⁰ Es lo que especialmente sucede, tanto en Brasil (D. 2044 de 31 de diciembre de 1908) como en México (cf. a *Felipe de J. Tena, Derecho mercantil mexicano*, vol. segundo. [Títulos de Crédito] México, D. F. 1939).

²¹ Junto con *Vivante*, a *Bonelli* le toca el mérito de haber iniciado el estudio científico de los títulos de crédito en la doctrina italiana, contribuyendo magistralmente a la elaboración de su teoría general, dedicando al examen de la cambiaria una obra que se sitúa entre las obras maestras de la literatura jurídica italiana.

²² En Italia, especialmente, *Mossa, La cambiale secondo la nuova legge*, pág. 94 y nota 14, Vallardi, Milán, 1935.

²³ El derecho brasileño, como el anglo-norteamericano, también admite la letra

acciones y obligaciones de sociedades mercantiles) y, aún más, la posibilidad de conversión de un título al portador, en nominativo o viceversa, demuestran la existencia de principios generales, independientes de la diferencia en la disciplina de la circulación (nominativa, a la orden o al portador) del título. En consecuencia, debemos evitar establecer diferentes principios fundamentales, en cuanto a la naturaleza del derecho, teniendo en cuenta la diferencia que apenas existe entre los títulos al portador, a la orden o nominativos ²⁴.

15.—Con el fin de abarcar a todos los títulos de crédito *Vivante* ²⁵, modi-

de cambio al portador. En el mismo sentido art. 449, del Cod. de Com. japonés. En el derecho italiano, al contrario, no se admite la cambiaria al portador, solamente el endoso cambiario al portador (art. 116). Por otro lado, en el derecho brasileño no se reglamentan las obligaciones nominativas. En cuanto al distinto alcance de las denominaciones "título nominativo" y "a la orden", en los distintos derechos, cf. adelante, nota 783.

²⁴ Esta convicción se fue formando lentamente. Véase a *Ascarelli*, en la *Riv. di dir. comm.* 1932, I, pág. 641, en la primera edición de estos estudios, y ahora a *Valeri, Diritto cambiario*, vol. I, pág. 9. La Suprema Corte ya reconoció entre tanto esa enseñanza, en la sentencia dictada el 22 de marzo de 1934, publicada en el *Foro Ital.*, 1934, pág. 743, decidiendo contra la tendencia a atribuir *a priori* una naturaleza diferente a los títulos al portador, en los que sin dificultad son reconocidos los títulos constitutivos de un derecho abstracto, hasta por los que niegan la naturaleza constitutiva de la cambiaria y la abstracción del derecho respectivo (como recientemente *Pellegrini*, en la *Riv. di dir. comm.* 1933, I, pág. 466, y, en general, la doctrina francesa y la más antigua doctrina italiana; *Capitant, Cause*, 3^a ed. pág. 415 y sigts. Dalloz, París 1927). Es verdad que los títulos al portador son más frecuentemente abstractos que los títulos a la orden o nominativos, mas no es exacto que la naturaleza del derecho consignado en el documento deba ser distinto sólo porque el título es al portador, a la orden o nominativo.

²⁵ *Trattato*, 5^a ed. vol. III, pág. 123. La teoría unitaria de los títulos de crédito constituye uno de los resultados de mayor importancia de la obra científica de *Vivante*.

La orientación italiana me parece que también es aplicable a la doctrina brasileña, en la que igualmente, por un lado, se recurre a un concepto unitario de los títulos de crédito, y, por otro, se insiste en distinguir a los títulos propios de los improprios. Cf. a *Carvalho de Mendonça*, en su fundamental *Tratado de direito comercial*, vol. V (2a. ed. 1936), págs. 47, 57 y 116; a *Pontes de Miranda, Títulos ao portador*, págs. 230 y 533. En la doctrina brasileña se concede particular importancia al hecho de que del título derive un derecho de crédito, incluyéndose por eso en la categoría de los títulos de crédito propiamente dichos, cambiaria, duplicata (cf. n. 130), bono de prenda, obligación, y considera a las acciones, la carta de parte, y hasta el cheque, como títulos de crédito improprios (cf. también el art. 939 del cod. proc. civ. bras.). Por esto, aunque aparentemente coincide la orientación brasileña con la italiana, substancialmente sólo concuerdan en la distinción entre títulos de crédito y documentos de legitimación; es distinta en relación con el concepto propio del título de crédito, en virtud de la tendencia a incluir en este concepto, en su sentido propio, sólo los títulos "propiamente dichos". Los títulos "impropriamente dichos" de la doctrina bra-

ficando la definición de *Brunner*, define el *título de crédito como el documento necesario para el ejercicio del derecho literal y autónomo en él consignado*. Esta definición, en substancia, se sigue y acepta por la doctrina y la jurisprudencia italianas.

Esta definición se basa en un presupuesto que tal vez es oportuno determinar expresamente: el de que fundamentalmente son idénticos los principios jurídicos que reglamentan a todos los títulos caracterizados por los requisitos arriba indicados, independientemente de que se refieran a un derecho de crédito ²⁶ o de que constituyan instrumentos de crédito ²⁷.

Este principio, a su vez, se une a la observación de que las reglas propias de los títulos de crédito se vinculan al problema de la circulación: los títulos

sileña, realmente todos caben en la categoría de los "títulos de crédito" conforme a la orientación dominante en la doctrina italiana.

La orientación brasileña se basa en el concepto de que las características de los títulos de crédito se ligan con el "crédito", a la vez que, por el contrario, a mi modo de ver, se vinculan con la circulación; por esto es que la orientación brasileña llega a marcar una línea divisoria entre el título que se liga con el crédito y el que se liga con una operación distinta. El examen de las características de los títulos de crédito, demuestra la oportunidad de considerar unitariamente esta categoría; la circunstancia de que se vincule (o no) el título con una relación de crédito, no tiene fundamental importancia. Para este efecto, basta considerar la analogía de todos los títulos cambiarios (cambio y cheque; de otro modo, también una cambial legítimamente puede satisfacer una función de medio de pago); la conexión entre certificado de depósito y bono de prenda; la diferencia, entre bono de prenda y cambio.

Por eso, siguiendo a la doctrina italiana, y además a la orientación internacional, no concederemos especial importancia a la distinción adoptada por la doctrina brasileña, y usaremos la expresión "títulos de crédito" para abarcar a todos aquellos títulos que respondan a las características de la literalidad y de la autonomía, las que a su vez se vinculan con la función económica de la circulación.

La orientación italiana, me parece aceptada por la doctrina mexicana (cf. a *Felipe de J. Tena, Derecho Mercantil*, Porrúa Hnos., 1939, vol. 2). Allí se prefiere con frecuencia, el término "títulos valores" al de "títulos de crédito". Cf. a *Joaquín Rodríguez y Rodríguez*, en las notas a *Ascarelli, Derecho Mercantil*, México, 1940. A su vez, la doctrina de los países de lengua alemana habla de "Wertpapier".

²⁶ Esta afirmación ante todo se vincula al hecho de que fundamentalmente las acciones de las sociedades anónimas se sujetan a los principios que regulan la circulación de los títulos de crédito, aunque ellas no se refieran a un crédito. Cf. n. 117. Sobre los títulos representativos, cf. ns. 131 y 300.

²⁷ Esta afirmación se relaciona con la sujeción del cheque a los principios de los títulos de crédito, aunque éste constituya un instrumento de pago. Nótese que la afirmación contraria llega al absurdo de considerar como fundamentalmente diversos el cheque y la letra de cambio, a pesar de que en principio la disciplina de la letra de cambio sea aplicable al cheque, de acuerdo con una orientación legislativa universal. Cf. ns. 93 y 276.

de crédito constituyen la institución jurídica destinada a resolver los problemas derivados de la circulación de los derechos, a modo de proporcionar una circulación rápida y segura.

El presente estudio se basa justamente en esta premisa, y por eso trata de exponer una teoría general de los títulos de crédito, que se base en principios fundamentalmente constantes para todos los títulos que satisfagan los requisitos arriba indicados, procurando demostrar simultáneamente la correspondencia, en principio ²⁸, de estos requisitos, con los problemas derivados de la circulación; y por el contrario su ausencia, en aquellos títulos que no satisfacen una función de circulación de la riqueza.

Por eso el presente estudio se basa en el concepto de la doctrina italiana, que por un lado es más restringido, y por otro más amplio que el que prevalece en algunas doctrinas extranjeras. Entre ellas, algunas incluyen en una sola categoría, al lado de los títulos que arriba se definen, los documentos de legitimación; otras al contrario, limitan la categoría de los títulos de crédito tan sólo a los que, independientemente de los requisitos que arriba se indican, presenten características ulteriores.

En efecto, no es raro que sea más amplio el concepto adoptado en Alemania, donde, acompañando a la directriz de *Brunner* ²⁹, se incluyen con frecuencia, en la categoría de los títulos de crédito, a todos los documentos cuya presentación es necesaria para el ejercicio del derecho a que se refieren ³⁰, reuniéndose de esta manera, en una sola categoría, hipótesis heterogéneas, y que mal se prestan a ser reglamentadas por las mismas normas generales.

²⁸ Cf. n. 171.

²⁹ Véase además del clásico trabajo sobre títulos de crédito de *Brunner*, en el *Manual de derecho comercial*, de *Endemann*, el de *Jacobi*, en el más reciente *Manual de Ehrenberg*.

³⁰ Se prescinde, tanto de la literalidad (peculiar solamente en los skripturrechliche wertpapier en la terminología alemana), cuanto de la autonomía del derecho del portador del título en relación con el derecho de su antecesor. Orientación semejante parece ser la del Art. 965 del cod. suizo.

En la doctrina italiana, al contrario, el título de crédito se define por el doble carácter de la literalidad y de la autonomía del derecho del portador del título y, por tanto, se oponen los títulos de crédito a los títulos impropios o pseudotítulos de crédito, muchos de los cuales son considerados por la doctrina germánica como títulos de crédito, desprovistos de las características arriba indicadas.

La cuestión en el fondo es de clasificación, pues prácticamente los resultados no cambian, distinguiéndose, dentro de una categoría más amplia, los títulos literales y los no literales, o reservándose solamente para los primeros la denominación de títulos de crédito, y oponiendo a los segundos la de títulos impropios.

El sistema italiano es preferible, pues concluye por la constitución de categorías

En Francia, por el contrario, mientras que la jurisprudencia tiende tal vez a aplicar las reglas comunes a todos los títulos de crédito, la doctrina, dada la incertidumbre que reina sobre la explicación de la inoponibilidad de las excepciones, y sobre los propios límites de la categoría de los títulos de crédito, da un valor particular a la distinción entre *effets de commerce y valeurs mobilières*, dificultando quizá una visión y una construcción unitarias del fenómeno desde el punto de vista jurídico³¹, aunque poniendo en evidencia funciones económicas distintas, con las cuales, respectivamente, se vinculan títulos diversos.

Diferente aún es el concepto de *negotiable instrument* en el derecho anglo-sajón, como diferente también es el alcance de la inoponibilidad de las excepciones³².

En la elaboración dogmática de las normas sobre los títulos de crédito, la doctrina italiana, especialmente la mercantilista, se aproximó a la de la doctrina alemana, y, por tanto, en ambas se encuentra el mismo orden de

jurídicas que reúnen casos homogéneos que desempeñan, como veremos, una misma función económica fundamental, mientras que el alemán acaba por reunir en una única categoría casos heterogéneos. Cf. en este sentido a *Raizer, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 1935, 19.

Como lo observé al principio de este párrafo, el sistema italiano corresponde, en este aspecto, al más difundido internacionalmente.

Haciendo a un lado la diferencia antes indicada, parece que también en el sistema anglo-norte-americano se insiste en el requisito de la autonomía como fundamento de la categoría jurídica de los títulos de crédito. Cf. a *Daniel, Negotiable Instruments*, 7^a edic., New York, 1933, vol. I, pag. 3.

³¹ La doctrina francesa es hasta hoy, la más lejana a una construcción general de los títulos de crédito en virtud de su orientación —que tendremos oportunidad de recordar— acerca de la explicación de la inoponibilidad de las excepciones.

Véanse las referencias en *Capitant, Cause*, 3^a Ed., pág. 431; *Planiol-Ripert-Esmein Traité de Droit Civil, Obligations*, 2^a parte, pag. 463.

³² *Fontana, Titoli di credito e "negotiable instrument". Diritto e practica comm.*, 1934, 220; *Ulmer, Zeitschrift für ausländisches Privatrecht*, vol. III, pag. 242.

Realmente sólo pueden adquirir la cualidad de *negotiable instruments* los documentos que tengan por objeto el pago de una suma de dinero. Bill of Exchange Act (Inglesa) sec. 72; Uniform Negotiable Instrument Law (Estados Unidos de la América del Norte), sec. I. El concepto de *negotiable instrument* por eso es más restringido que el de "título de crédito", y en ese sentido basta pensar en las acciones de sociedades mercantiles y en los títulos de crédito sobre mercancías, respecto de los cuales los autores hablan de *quasi-negotiable instruments*. Cf. *Daniel, Negotiable instruments*, 7^a edic., New York, 1933, pags. 2056 y 2093.

Veremos que los títulos que tienen por objeto el pago de dinero, generalmente son abstractos; mientras que los que tienen por objeto la entrega de mercancías y las acciones, son causales. El billete de mercancía —título abstracto cuyo objeto es la entrega de mercancía— es desconocido en la práctica.

ideas y las mismas discusiones, orientándose la doctrina francesa en otra dirección, aunque por sus autores más recientes se está aproximando al sistema italiano.

Esa diferencia entre las distintas doctrinas es un reflejo de la diversidad de la legislación cambiaria (a propósito de la cambiaria se elaboraron especialmente las teorías sobre los títulos de crédito), en atención a que la legislación cambiaria italiana del código de comercio se deriva de la ordenanza germánica de cambio de 1848³³.

La unificación internacional de la legislación cambiaria, debe inducir a la doctrina a elaborar también en un plano internacional, de manera unitaria, los principios generales de los títulos de crédito, y es lo que se viene observando en la doctrina más reciente, surgida después de la unificación³⁴.

Sobre la propiedad de expresión, sería preferible substituir la de "título de crédito" por la de "título-valor"³⁵ o por la de "título negociable"; y hablar de una teoría general de los títulos valores, o de los títulos negociables, y por tanto, intitular este volumen "Teoría general de los títulos-valores" o "Teoría general de los títulos negociables".

En efecto, las características generales y las reglas básicas de los títulos de crédito, en principio son independientes del hecho de que el título se vincule con una operación de crédito. Realmente, tanto en la doctrina italiana como en la internacional³⁶, la construcción jurídica siempre trató conjuntamente,

³³ Esa derivación histórica es también la del derecho brasileño (D. n. 2044 de 31 de diciembre de 1908) sobre la cambiaria. Cf. a Sarciva, *La Cambial*, Rio de Janeiro, 1912, pag. 102; a Paulo Maria de Lacerda, *A Cambial no direito brasileiro*, 3^a ed. Rio de Janeiro, Prefacio y pags. 13 y sigts.; a Pontes de Miranda, *Direito cambiario (Letra de Cambio)*, Rio de Janeiro, 1937; a M. Torres, *A nota promissoria*, São Paulo, 1928; a Whitaker, *Letra de cambio*, 3^a ed. São Paulo, 1942. (Las obras indicadas en lo sucesivo serán tan sólo citadas con el nombre de sus autores). En la interpretación doctrinaria, a veces no es difícil descubrir la influencia de la distinta orientación que prevalece en la reglamentación de la letra de cambio en el Código de comercio brasileño, inspirado en el sistema francés.

³⁴ Mossa persigue ese fin en su *Cambiale secondo la nuova legge*, Vallardi, Milán, 1935.

³⁵ A su vez esta expresión puede estar equivocada. Se utiliza en la doctrina alemana, y a veces, en la ibérica, también en relación con los documentos de legitimación, cuya presentación es necesaria para el ejercicio del derecho, conforme a la orientación de Brunner, que antes indicamos.

La expresión títulos negociables, a su vez, puede llevar a identificar el concepto del texto con el del negotiable instrument norteamericano, que, aunque tal vez sea el que, en su orientación fundamental, esté más próximo a la orientación de este estudio, es distinto del concepto adoptado en el n. 15.

³⁶ Recuérdese que es distinta la orientación brasileña, cf. n. 15.

a los títulos que se basan en una operación de crédito, y a los que se basan en una operación distinta, a pesar de las diferencias arriba indicadas en relación con las distintas doctrinas ³⁷.

La historia de los "títulos de crédito", la importancia preponderante de los títulos cambiarios, y en general, de los que se relacionan con una operación de crédito ³⁸, explican por qué la expresión "títulos de crédito" ³⁹ se utiliza hasta para los títulos que no satisfacen una función de crédito, cuyas características jurídicas, así como la función económica en que se basa su disciplina ⁴⁰, son fundamentalmente independientes de la existencia de una operación de crédito.

En este volumen continuaré hablando de "títulos de crédito", conforme a la constante terminología italiana, en vista del hecho de que este término

³⁷ En efecto, el concepto norte-americano del negotiable instrument abarca también el cheque; el francés de effets de commerce, abarca el cheque (excluyendo la obligación); el alemán de wertpapier, a veces incluye además de aquellos títulos que abarca el concepto italiano de títulos de crédito, a títulos que en la doctrina italiana se clasifican como títulos impropios.

³⁸ Esta no era la función de la cambial en su origen, pero llegó a ser función de ella, cuando su disciplina fue la del título de crédito.

Nótese que, en general, los títulos que se relacionan con la función de crédito son títulos (el billete de mercancías, como se indica, se desconoció, en la práctica) de pago en dinero y títulos abstractos, lo que contribuyó para fijar, respecto de ellos, los caracteres que son comunes a todos los "títulos de crédito". La propia abstracción se concilia con la posibilidad de que el título no satisfaga una función de crédito: piénsese, por ejemplo, en una letra de cambio a la vista y en el cheque, que, como veremos, constituye un título abstracto, aunque su función típica sea la de instrumento de pago.

³⁹ En la doctrina italiana.

⁴⁰ Y que, como vimos, hasta en los títulos que se relacionan con una operación de crédito, no se basa en el "crédito", sino en las exigencias de la circulación, de la movilización de éste.

La conexión entre título de crédito y circulación, gramaticalmente se evidencia mejor que en parte alguna, en la América del Norte, con la expresión "negotiable instrument", que justamente, hace basar la función característica del título, en su circulabilidad.

La expresión títulos-valores, como la alemana de wertpapier, en síntesis se vincula con la imagen de la incorporación, y por eso puede estar sujeta a las críticas que persiguen la exactitud de esa imagen.

Permítaseme agregar que lo que importa, no es la dificultad de una u otra "palabra", sino la determinación de su concepto y alcance: lo que es fuente de equivocaciones, es el uso de determinadas palabras sin una noción clara de lo que se quiere indicar.

Es indiferente usar una u otra terminología, siempre que el concepto sea claro; por el contrario, es peligroso usar una terminología idéntica sobre conceptos diversos.

se haya puesto en uso, y de que no exista peligro en su empleo, puesto que su alcance jurídico —aunque distinto del que se derivaría del sentido literal de las palabras⁴¹— es claro en el derecho italiano. Y corresponde al uso común en la doctrina y en la práctica⁴².

16.—Esa elaboración también debe comprender a los títulos causales, que fueron hasta el presente descuidados por la doctrina y que, mientras tanto, la evolución de la práctica fue multiplicando en todos los países⁴³.

Aunque convenga evitar el peligro de aplicar más allá del ámbito que les es propio, los principios peculiares a los títulos de crédito cambiarios, es justamente la evolución obtenida por la doctrina cambiaria la que nos puede permitir estudiar el problema de los títulos causales. No carece de significación observar que la cambial en su evolución histórica recorrió algunas fases en que correspondió a los títulos causales.

Uno de los objetivos científicos de este trabajo es procurar contribuir al estudio de los títulos causales, y, en general, a la teoría general de los títulos de crédito, y que concurra para poner en evidencia cuáles son las características comunes a todos los títulos de crédito, y cuáles son las peculiares de los títulos cambiarios.

17.—El título de crédito es, antes que nada, un *documento*. La disciplina legislativa, necesariamente diferente en cuanto a los distintos títulos, indica los requisitos de cada uno de ellos. El carácter constante de todos, es el de que constituyen un *documento, escrito, firmado*⁴⁴ por el deudor, *formal* en el sentido de que está sujeto a condiciones de forma, establecidas justamente para identificar con exactitud el derecho en él consignado y sus

⁴¹ Mas no es este el único caso en que el alcance "jurídico" de la expresión, no corresponde a su alcance literal. Además, no es posible evitar en el derecho, como en toda disciplina, que las palabras tengan un sentido técnico eventualmente distinto del literal.

En el propio ámbito de los títulos de crédito es evidente que gramaticalmente la expresión "letra de cambio", se relaciona con el contrato de cambio, con la *permutatio pecuniae*, lo que se explica con la historia de la institución, aunque se trate de un elemento que actualmente es extraño a la naturaleza jurídica de la letra de cambio, cuya disciplina hoy en día no se basa en un contrato de cambio subyacente.

⁴² Esta aclaración es inútil para el lector italiano, en virtud de que no se usa ni en la doctrina ni en la práctica italiana el término "título de crédito", más que para los títulos que se vinculan con una relación de crédito; tal vez es necesaria para el lector brasileño, debido a la distinta orientación de la doctrina brasileña.

⁴³ Véase ahora, también en el mismo sentido, a Valeri, *Diritto Cambiario*, vol. I, p. 9, en relación con la primera edición de estos estudios.

⁴⁴ En los títulos susceptibles de contener muchas obligaciones cartulares, se llegó a establecer que cada obligación debe provenir de una firma en el título. Tal principio se desarrolló recientemente, en contraste con el principio anterior de que el título

modalidades, la especie del título de crédito (de allí en los títulos cambiarios hasta el requisito de la denominación), la persona del acreedor, la forma de circulación del título y la persona del deudor (artículo 1º de la ley cambiaria; art. 1º de la ley sobre el cheque; arts. 165, 175, 463 y 555 del Cod. de Com.)⁴⁵. Realmente, su documentación escrita es el primer paso para alcanzar aquella *certeza*, que a su vez es presupuesto indispensable de la circulación del derecho⁴⁶.

A su vez el desarrollo histórico de los documentos que hoy se clasifican como títulos de crédito, demuestra que en su origen apenas han sido documentos probatorios⁴⁷; en ese orden, al documento probatorio sucede el negocio declarativo y el documento constitutivo de éste; al negocio declarativo el abstracto.

Al tratar del desarrollo histórico de los títulos de crédito, realmente encontraremos la confirmación de esta afirmación, y también tendremos oportunidad de constatar cómo la disciplina moderna de los títulos causales (que se relacionan, como veremos, con un negocio declarativo) en cierto aspecto, encuentra concordancia con la disciplina de la cambiaria en el período en que ésta aún no había alcanzado su abstracción⁴⁸.

O el documento consubstancia un derecho, o en el caso de las acciones, la participación en una persona jurídica.

El documento se refiere "a los derechos de una parte solamente"; tiene una estructura que puede decirse es *unilateral*⁴⁹. Es evidente, en verdad, que la primera condición para permitir la circulación del derecho correspondiente a una de las partes, de un contrato bilateral, es la de considerarlo separado de los derechos de la parte contraria: es un primer paso, pero un paso necesario, para satisfacer las exigencias económicas a que nos referimos al comienzo de estos estudios.

Eso se puso en duda en cuanto a los títulos que se acostumbra llamar

debe resaltar de un documento firmado por el deudor, mas algunas obligaciones cartulares pueden también resaltarse de instrumentos distintos. Cf. n. 204 sobre el endoso y n. 73 sobre el aval.

⁴⁶ En el derecho brasileño, *Lacerda, op. cit.* pag. 27 y sig.: *M. Torres, op. cit.* pag. 173.

⁴⁷ Por eso todos los títulos ya se presentan como formales. Las reglas especiales acerca del formalismo de los títulos cambiarios no deben hacer que se olvide el carácter formal de todos los títulos de crédito y de todas las declaraciones cartulares.

⁴⁸ Además, tal conexión histórica es intuitiva para los títulos de crédito de reciente origen histórico: tal es la duplicata brasileña (cf. n. 130), cuya conexión histórica con la factura es obvia.

⁴⁹ Cf. n. 22 y sigs., ns. 50, 97, 110 y 125.

⁵⁰ Cf. ahora a *Casati*, en la *Riv. Dir. Comm.*, 1935, I, pág. 350.

representativos, y cuyo titular (al contrario de lo que acontece con los títulos cambiarios) solamente puede exigir la prestación consignada en el título, ejecutando al mismo tiempo una contraprestación: por ejemplo, el pago del flete en la carta de porte⁵⁰. Sin embargo se replicó con exactitud que en esas hipótesis el titular del título de crédito no está sujeto a una obligación, sino a una carga que encuentra su reglamentación en el título⁵¹; no debe ejecutar una prestación el que, en caso de inejecución lo haría responsable por los daños; sólo tiene que cumplir una condición para que pueda exigir legítimamente la prestación consignada en el título⁵².

Eso impide que el título de crédito también se pueda referir a las obligaciones de su titular, o referirse a los derechos y a las obligaciones derivados

⁵⁰ Cf. en el derecho brasileño, art. 7, del D. n. 19473 de 10 de diciembre de 1930.

⁵¹ Vivante, *Trattato*, cit. pag. 147; Segré, *Dei titoli al portatore (Studi in onore di Schupfer*, vol. III, pag. 309).

⁵² Como se sabe, la doctrina moderna distingue claramente el concepto de "obligación" del de "carga". El segundo tiende a concebirse como una condición que se debe observar para el ejercicio (o la conservación) de un derecho o (véase adelante, núm. 20) de un poder. La inobservancia de la carga da lugar a la pérdida (o a la imposibilidad de ejercicio) del derecho o del poder, en cuanto que el incumplimiento de la obligación da lugar a su ejecución por mandato judicial de manera específica, o al resarcimiento de los daños.

Al apreciar el incumplimiento de una obligación, el derecho toma (salvo las excepciones) en consideración la inexistencia o la existencia de culpa; generalmente, se prescinde de esa investigación, cuando se aprecia la observancia o inobservancia de una carga. (Cf. especialmente a *Von Tuhr*, abajo citado).

En general, en relación con los plazos de prescripción existe la posibilidad de hacerse valer un derecho subjetivo; en los plazos de caducidad, al contrario, concierne al período dentro del cual se debe ejecutar la carga. (Cf., especialmente, a *Messineo*, abajo citado).

Sobre las numerosas aplicaciones del concepto de carga, en la disciplina de la compra venta (enunciativamente, en materia de vicios de la cosa) cf. a Gorla, *La compra vendita (Trattato di diritto civile di Vassalli*, vol. VII, p. 1), p. 163, 172 y 203.

En el derecho cambiario, la diferencia arriba indicada se pone en evidencia, comparando la carga del protesto oportuno (cuya falta acarrea la pérdida de la acción de regreso) con la obligación del portador, de avisar a su endosante la verificación de los hechos que suponen el derecho de regreso (la falta del aviso oportuno, acarrea la responsabilidad por daños y perjuicios; cf. art. 45 de la Convención internacional; en el derecho brasileño, el art. 30 del D. n. 2044).

Es preciso aclarar que, para estos fines, el término "carga" se entiende en sentido distinto de aquel que se le da en la doctrina de los derechos reales. Cf. para una referencia a Ferrara, *Trattato di diritto civile*, Athenaenum, 1917, pag. 308, con referencias ulteriores; Messineo, *Instituzioni di diritto privato*, Gedam, 1939, vol. I, pag. 39; *Von Tuhr, Partie générale du code federal des obl.*, vol. I, pag. 10 de la 2^a edic., Lausana, 1933.

para cada una de las partes de un contrato bilateral. Por tanto, como ya vimos, la posibilidad de exigirse el crédito puede quedar subordinada al cumplimiento de una prestación, entendida como condición para el ejercicio del propio derecho ⁵³.

El documento se puede referir a las obligaciones de varias partes. De allí la necesidad de distinguir los requisitos que en su conjunto se ligan al título como presupuestos comunes de todas las obligaciones en él consignadas, y los que se ligan a cada una de las obligaciones que en el mismo se consignan ⁵⁴. Es evidente que la falta de los primeros se podrá invocar por cualquier obligado ⁵⁵, mientras que la falta de los segundos solamente se podrá invocar por aquel con cuya obligación se relacionan los requisitos en cuestión ⁵⁶.

Del primer punto de vista lo que importa es la validez extrínseca del requisito (por ejemplo, de la firma del girador); del segundo, su validez intrínseca ⁵⁷.

⁵³ Vivante, op. y loc. cit.

⁵⁴ Es obvio que esta regla puede ser peculiar tan sólo para los títulos que se pueden referir a las obligaciones de varias partes; lógicamente no tiene cabida en las demás.

⁵⁵ Cf. Casación del Reino, 6 de febrero de 1935, *Foro it.* 1935, I, 507.

⁵⁶ Cf. en el derecho brasileño, a Pontes de Miranda, op. cit. pags. 105 y sigs; a Whitaker, op. cit., pags. 59 y 80.

⁵⁷ Cf. a Valeri, vol. II, pag. 25 y más adelante, nos. 242 y 248. Es esta la consecuencia del principio de la autonomía (o independencia) de las obligaciones cambiarias, o generalmente, cartulares. Art. 7º de la ley italiana. Cf. a Valeri, vol. I, pag. 120. En el derecho brasileño, art. 43 del decreto 2044; a Pontes de Miranda, pag. 112; a Whitaker, op. cit., pags. 59 y 80.

En igual sentido obsérvese en el derecho inglés, sec. 22 parágrafo 2 y sec. 55 parágrafo 2 de la Bill of Exchange Act, aunque la autonomía de las obligaciones cambiarias no encuentra allí reconocimiento en un principio de carácter general.

La solución francesa era diferente, en virtud del art. 112 del cod. com. francés. Este artículo, cuya importancia práctica ha disminuido por efecto de la reforma de 1867, no se encuentra más en la ley (D. 30 de octubre de 1935), surgida como consecuencia de la Convención de Ginebra. Antes de ella, en Francia, la falta de veracidad de las menciones cambiarias "de nom et de qualité" (llamada "supposition") implicaba la invalidez de la cambiaria; ésta, en consecuencia, tenía simplemente el valor de una promesa.

Se sustentaba, que la "supposition" acarreaba una excepción oponible por todos los obligados cambiarios, al tercero que no fuese de buena fe. Cf. a Lescot, "Effets de Commerce", París, 1935, vol. I, p. 326, y Suplement (París, 1937), p. 61.

El principio de la independencia de las obligaciones cambiarias, fue en el derecho francés una consecuencia de la introducción de la Convención de Ginebra. Cf. a Lescot, Suplement, n. 8.

18.—Los requisitos "formales" exigidos por la ley para que el documento pueda constituir un título de crédito, son impuestos so pena de nulidad, esto es, la falta de ellos ⁵⁸ acarrea la insubsistencia de un "título de crédito" o de un título de crédito de determinado tipo.

La excepción de nulidad, se relaciona naturalmente con la propia existencia de un título de crédito y de un derecho cartular, y por eso podrá ser opuesta a cualquier tenedor, *por* cualquier deudor ⁵⁹.

Cuestión distinta es la de saber si el documento, aun no siendo un título de crédito, constituye en esos casos prueba suficiente de una obligación civil o mercantil, pudiendo invocarse para ese fin ⁶⁰.

19.—¿En qué momento deben coexistir los requisitos establecidos por la ley? ¿Cuál es la disciplina del título antes de que se complete?

Este es el problema del título en blanco ⁶¹, que constituye solamente un aspecto particular del problema más amplio del documento en blanco.

En general ⁶², la ley no especifica el momento en que deben coexistir todos los requisitos de un documento, lo que equivale a afirmar que deben existir en el momento en que sea usado ⁶³.

Por tanto, se enseña que los requisitos del título de crédito deben co-

⁵⁸ En tanto que no sea suplida por la ley (cf. art. 2º de la ley cambiaria).

⁵⁹ Cf. en el derecho brasileño, art. 1507 del cod. civ. En materia cambiaria, cf. en el derecho italiano, el art. 21 de la ley cambiaria (igual al art. 17 de la convención) y 324 del cod. de com. Cf. en el derecho brasileño el art. 51 del Decreto nº 2044.

⁶⁰ A mi modo de ver, en rigor, no se trata, en esta hipótesis, de conversión en sentido propio. El documento realmente en estos casos se toma en consideración como documento probatorio de la propia obligación fundamental; no hay ninguna otra obligación, a no ser la proveniente del negocio fundamental.

Esta, a su vez, no encuentra su fuente en la declaración creadora del título, sino en el propio negocio fundamental (p. ej.: venta, préstamo) que hubo entre las partes.

El fenómeno de la conversión de los negocios jurídicos se asienta en la posibilidad de que la misma declaración de voluntad, aun cuando no pueda alcanzar determinados efectos, pueda alcanzar algunos efectos menores.

Más que de conversión del "negocio" se debería hablar de "conversión de la eficacia del documento", pues éste, aunque inválido como documento constitutivo de una nueva obligación, es válido como documento probatorio del negocio fundamental.

⁶¹ Cf. en el derecho brasileño a Lacerda, op. cit., pags. 37 y sigs.; art. 3º, D. 2044. El problema fue estudiado e investigado en la doctrina con referencia a la cambiaria en blanco, y de modo más general, a los títulos cambiarios.

⁶² Realmente la regla no vale para todos los documentos.

⁶³ Ni aun materialmente es posible que todos los requisitos del documento se pongan en el mismo "idéntico momento".

existir en el momento de su presentación, o, mejor dicho, en el momento en que se invoca el derecho cartular, con base en el propio título⁶⁴

Problema ulterior⁶⁵ es el de la posibilidad de que los diversos requisitos del título sean puestos, no sólo en distintos momentos, sino también por personas distintas, y por tanto, después de que el título haya entrado a la circulación.

Este segundo problema recibió una respuesta afirmativa tanto en la teoría general del documento en blanco⁶⁶, como en la teoría de la cambiaria⁶⁷.

Sin embargo, no creo que la misma respuesta afirmativa se pueda dar en relación con los títulos causales. Veremos que realmente éstos se caracterizan por su referencia a una típica y determinada relación fundamental, y esa circunstancia me parece excluye de que su cumplimiento se pueda verificar jurídicamente⁶⁸ por distintas personas⁶⁹.

20.—En cuanto a la cambiaria, por el contrario, comúnmente se admite se complete por persona distinta del deudor, y por eso, por parte de los sucesivos tenedores del título (art. 14 de la ley cambiaria)⁷⁰.

Con acierto se enseña, por un lado, que para existir la posibilidad de que se llene sucesivamente es siempre necesario un "mínimo", esto es, por lo menos una firma del deudor, válida formalmente (esto es, extrínsecamen-

⁶⁴ Cf. a *Valeri*, *op. cit.*, vol. I, pag. 126 y vol II, pag. 136 y sigs., y en el derecho brasileño, a *Lacerda*, *op. cit.*

⁶⁵ Generalmente, se confunde a los dos problemas, pues el examen de la teoría del título en blanco es limitado al caso de los títulos cambiarios.

⁶⁶ Cf. adelante, nota n. 151.

⁶⁷ Cf. a los autores anteriormente citados, y allí ulteriores referencias. En el derecho brasileño ampliamente, a *M. Torres*, *op. cit.* pags. 177 y 191. En la práctica brasileña es frecuente la letra de cambio con el nombre del girador en blanco: el título circula entonces por tradición, poniendo el último tenedor, su firma, como firma del girador. Esta práctica se une a otra práctica brasileña: la de utilizar la letra de cambio en hipótesis a las cuales correspondería el pagaré. La aceptación (a la orden del girador) con el nombre del girador en blanco, realmente acaba por equivaler a un pagaré con el nombre del tomador en blanco; éste contrastaría con el hecho de que en el derecho brasileño, se admite la letra de cambio al portador, pero no el pagaré al portador.

⁶⁸ Digo "jurídicamente", porque el problema de completar la forma del título por diversas personas es naturalmente distinto del de la escritura material de algunos elementos del título por una persona distinta de la que lo firma.

⁶⁹ A su vez, el problema examinado en el texto no surge ni en cuanto a los títulos abstractos ni en cuanto a los cambiarios, pues éstos, como veremos, son títulos emitidos en masa, de manera que es inadmisible que se llene su forma por el tenedor, con la consiguiente posibilidad de que se llenen con formas distintas para los diversos títulos de la misma serie. Respecto al cheque, véase más adelante, no. 276.

⁷⁰ En el derecho brasileño, cf. art. 3º y art. 54, parte final del D. n. 2044.

te) ⁷¹, válida, sea esta del emisor o del girador o hasta del aceptante o de un endosante ⁷²; y por otro lado, que hasta el momento de su presentación, la cambiaria puede completarse, tanto por el tomador, cuanto por un tenedor sucesivo.

La validez de la cambiaria queda subordinada al hecho de que esté completa; y aun cuando hasta el final se complete, entretanto se pueden poner válidamente (antes del complemento) las diversas declaraciones cambiarias (endosos, avales, aceptaciones) ⁷³.

Cada tenedor sucesivo tiene *ex lege* (Art. 14 de la ley cambiaria, de conformidad con la convención internacional) ⁷⁴ un poder ⁷⁵ de llenarlo y

⁷¹ Es suficiente la validez extrínseca, porque el problema se retiere a los requisitos del documento, como presupuesto para sustentar, después, obligaciones válidas. Observamos ya que, en este aspecto, las firmas cambiarias se tienen en consideración en su validez extrínseca y no en la intrínseca.

⁷² *Ferrara, Girata della cambiale*, Roma, 1934, pág. 655; *Valeri, op. cit.*, vol. I, pag. 127. En el derecho brasileño, cf. a *Whitaker, op. cit.*, pag. 95. En sentido contrario, *Angeloni, Cambiale*, pag. 114.

⁷³ Recuérdese que el establecimiento de la aceptación (del aval, etc.) es el presupuesto de la obligación del aceptante (del avalista, etc.), pero no es un requisito del título. Cf. n. 248.

Por esto es erróneo hablar de la letra de cambio aun no aceptada, como si fuera una letra en blanco, olvidando que la aceptación, aunque es el fundamento de la obligación del aceptante, no es un requisito de la letra (cf., en el derecho brasileño, el art. 1º, D. n. 2044).

Sobre las providencias tomadas en leyes especiales acerca de la obligatoriedad de la aceptación, véase más adelante n. 321.

⁷⁴ Así se zanjaron las discusiones anteriores acerca de la necesidad de una convención específica sobre el cumplimiento de la forma. Cf. a *Valeri*, vol. II, pag. 136. La misma directriz parece ser seguida por las legislaciones anglosajonas: art. 20 del Bill of exchange act en Inglaterra, y 14 del Negotiable Instrument law, en los Estados Unidos.

El derecho brasileño llega a la misma solución práctica, aunque a través del concepto de una "presunción" del cumplimiento de la forma, desde el momento de la emisión del título (art. 3º D. 2044). Por otro lado, en el art. 4º se ve que se presume que el tenedor tiene el "mandato", de insertar en el título la fecha y el lugar de la emisión que eventualmente le faltaren.

Cf. a *Saraiva, op. cit.*, pag. 151 y sigs. La referencia al "mandato" hecha por la ley, es superada justamente por la doctrina, que habla con más exactitud de una "facultad". Cf. a *M. Torres*, pags. 177 y sigs.

En la ley francesa no hay una reglamentación expresa de la cambiaria en blanco.

Sobre la utilidad práctica de la cambiaria en blanco, cf. un ejemplo más adelante, n. 63.

⁷⁵ Cf. mi artículo en *Rivista di diritto processuale civile*, 1929, I, 318; *Von Tuhr, Partie générale du code fédéral des obligations*, vol. I, p. 139; y ahora a *Valeri*,

la carga del mismo, no pudiendo, en caso de falta de complemento, hacer valer el título.

La cambiial en blanco, por eso, no pasa de ser una cambiial incompleta, que puede aún completarse por cualquier tenedor sucesivo.

La excepción relativa al abuso al llenarla constituirá una excepción personal, oponible solamente (art. 14 de la ley cambiaria, de conformidad con la convención internacional) al tenedor de mala fe o que incurra en culpa grave.

La excepción de llenarla abusivamente es necesariamente oponible al tenedor que habiendo recibido la cambiial en blanco, la llenó: éste por tanto, queda sujeto a la excepción respectiva, si el complemento fuere abusivo.⁷⁶

Según los casos, al tenedor sucesivo que reciba la cambiial llenada, también podrá considerársele de mala fe o que ha incurrido en culpa grave.

En el sistema de la ley italiana⁷⁷, el poder para llenarla está sujeto a un

vol. II, pag. 145. Por "poder" jurídico indicamos la facultad reconocida a un sujeto de influir directamente, con sus propios actos, en la esfera jurídica ajena. El ejemplo tradicional de los poderes jurídicos (*Machtbefügnisse*, en la terminología alemana) se constituye por la representación, mas la representación apenas constituye ejemplo de una categoría más amplia. Fuera de la representación, la doctrina identificó una serie de hipótesis, en que un sujeto puede con su voluntad determinar directamente una modificación en la esfera jurídica de otros.

Estas hipótesis son distintas de aquellas del derecho subjetivo, en que por el contrario la voluntad de un sujeto hace actual una obligación jurídica ajena. Cf. a *Von Tuhr, Partie générale du code fédéral des obligations*, Lausana, 1933, vol. I, pag. 32 y, en el derecho anglo-norte-americano, *Hohfeld, Fundamental legal conceptions*, New Haven, 1933, pag. 23 y sigs.

Para verificar el alcance práctico de la distinción basta observar que estos "poderes" pueden, en su ejercicio, estar condicionados a una "carga" (v. adelante n. 299) o a un plazo de caducidad, mas no a la prescripción.

El problema se liga, en algunos aspectos, a la disputada teoría de los derechos potestativos. Un examen reciente de este último problema, con la bibliografía respectiva, se puede encontrar en *Messina, Diritti potestativi*, en el *Nuovo Digesto Italiano* y en *Auleta, Rivista di diritto commerciale*, 1939, I, 556, y en *Goldschmidt, Problemas generales del derecho*.—Buenos Aires, 1944, p. 98.

⁷⁶ Los acuerdos relativos al complemento de la forma, constituyen, en substancia, una convención extra-cartular, en el sentido que más adelante será explicado; el convenio justamente existe, porque, a mi modo de ver, el tenedor de la cambiial en blanco, en cuanto la cambiial esté incompleta, no puede adquirir un derecho completo. Cf. en el derecho brasileño a *Saraiva*, pág. 153; a *Pontes de Miranda, Títulos ao portador*, pag. 473; *Whitaker*, pag. 111.

⁷⁷ Ese plazo de caducidad no encuentra concordancia en la convención internacional. Fue introducido con el fin de resolver los graves problemas que derivaban, por un lado, de la imposibilidad de la aplicación de la institución de la prescripción cambiaria al "poder" de llenar la cambiial, y, por otro lado, a la falta de un plazo para

plazo de caducidad ⁷⁸ de tres años, a partir del día en que la cambiaria efectivamente entró en circulación (art. 14). La inobservancia de ese plazo da lugar a una excepción personal, oponible solamente al tenedor de mala fe ⁷⁹.

el ejercicio de este poder (cf. Cass. Reino 23 de julio de 1932, *Foro It.*, 1933, I, 206, con una nota mía). Cf. a *Valeri*, *op. cit.*; en el derecho brasileño, cf. a *Pontes de Miranda*, pag. 133.

⁷⁸ No de prescripción.—Los plazos de la prescripción cambiaria se ligan al derecho cambiario, y no al poder de llenar la cambiaria en blanco; se deben contar a partir del vencimiento de la cambiaria (art. 94). En la hipótesis de la cambiaria emitida con vencimiento en blanco, los plazos de la prescripción cambiaria solamente se pueden contar a partir de la fecha del vencimiento, con cuya fecha se vuelve completa. Cf. Cass. 10 de diciembre de 1927, *Foro It.*, 1928, I, 285; en el derecho brasileño, cf. *Trib. Ap. São Paulo* de 15 de febrero de 1942, *Revista dos Tribunais*, vol. CXLII, p. 654. Justamente para evitar la falta de plazo cierto sobre la circulación y el pago de una cambiaria con vencimiento en blanco (lo que llevaba a la jurisprudencia a tesis contradictorias). La ley cambiaria disciplinó el plazo de caducidad del poder de llenar la forma.

En igual sentido la sec. 14 de la Negotiable Instrument Law en los Estados Unidos de América del Norte y la sec. 20 de la Bill of Exchange Act (inglesa) prescriben la obligación de que el título se debe completar dentro de un "reasonable time". (Nótese que en el derecho italiano es posible considerar en blanco a la cambiaria sin indicación del vencimiento: hasta en la práctica esta es la hipótesis más frecuente de cambiaria en blanco; y la que lleva a las más frecuentes discusiones jurisprudenciales; la que constituye objeto de una reglamentación especial en cuanto al sello. Cf. a *Valeri*, vol. II, p. 140. El artículo 2 de la ley presume que la cambiaria sin indicación de vencimiento, es una cambiaria a la vista (cf. n. 283, sobre el comienzo del plazo de prescripción en los títulos a la vista); por eso se enseña que el poseedor puede considerar a la cambiaria a la que le falta la indicación del vencimiento, ya como una cambiaria en blanco, ya como una cambiaria a la vista en virtud de la presunción legislativa derivada del artículo 2 de la ley. Cf. a *Valeri*, *op. loc. cit.* De las convenciones extra-cartulares se derivará si la cambiaria es a la vista o en blanco y cuál debe ser su vencimiento.

En el derecho brasileño, cf. sobre la posibilidad de considerar como cambiaria en blanco a la cambiaria sin indicación del vencimiento, a *Lacerda*, *op. cit.*, n. 53.

⁷⁹ Cf. más particularmente acerca de la disciplina de la cambiaria en blanco, a *Valeri*, vol. II, pag. 136 y sigs. Sobre el derecho anglo-norteamericano, cf. a *Daniel*, *op. cit.* parr. 989 y sig. El problema fundamental de la cambiaria en blanco es el que se vincula a los efectos de su circulación. ¿Goza o no, quien adquiere una cambiaria en blanco (en el aspecto que se refiere a las excepciones de llenarla abusivamente), de una posición autónoma, invulnerable a las excepciones oponibles a su antecesor? Es ese el problema que con frecuencia se acostumbra indicar, preguntando si la cambiaria en blanco es o no una cambiaria. La mayoría de los escritores (v. p. ej. en sentido contrario a *Valeri*, vol. II, pag. 265) responde afirmativamente, sustentando, a mi modo de ver, con acierto, que la cambiaria en blanco, aunque incompleta, es siempre una cambiaria, de manera que puede circular, no sólo con las formas (endoso), sino aun con los efectos propios de la circulación cambiaria. Esta tesis me parece apoyada,

21.—El título de crédito se liga a una relación que fue denominada, con exactitud, fundamental⁸⁰. No corresponde, perdónesenos la expresión a un negocio económico considerado en su integridad, mas de él destaca algunos elementos, como consecuencia de su estructura unilateral ya apuntada.

Esa relación, en algunos casos es determinada y especial. De este modo, las acciones presuponen la constitución de la sociedad; la carta de porte, el contrato de fletamiento o de transporte; el certificado de depósito, el contrato de depósito, y así sucesivamente. Es en esta hipótesis donde la doctrina habla de títulos causales, dada la conexión más íntima que en ellos se verifica entre el título de crédito y la relación fundamental.

En otros casos, el título se liga a cualquier relación, y en esa hipótesis la doctrina habla de título abstracto⁸¹. De este modo la cambial se puede ligar a una relación de mutuo, de venta u otra, y se puede dar *credendi, solvendi, donandi causa*.

Los caracteres apuntados parecen aproximar el título de crédito a los documentos probatorios. Por tanto, surge espontánea la tendencia a reconocer en el título un documento probatorio de la relación fundamental, o, con más precisión, de algunas de las obligaciones originadas en la referida relación.

En substancia, el título de crédito parece ligarse, como los documentos probatorios, a una relación constituida independientemente de la redacción

por un lado, en la observación de que también el endoso de una cambial en blanco implica la obligación de regreso —de manera que sería ilógico ver solamente los efectos de una cesión en lo que concierne a la invulnerabilidad de las excepciones—; por otro lado, por el hecho de que la nueva ley expresamente admite la anulación de una cambial en blanco. Creo que también la cambial en blanco es invulnerable a las excepciones oponibles al endosante, salvo en lo que se refiere a llenarla abusivamente. Justamente es esta última la consecuencia de la circunstancia de que la cambial esté “en blanco”, esto es, de que necesita que se llene. Un caso particular es el de la cambial “con el nombre del tomador en blanco”, sobre la cual v. más adelante, n. 216.

⁸⁰ Los estudios fundamentales sobre la materia son los de *Wieland. La cambiale e il diritto civile* trad. it. Cedam, Padua, 1931, y de *La Lumia, L'Obbligazione cambiaria e il rapporto fondamentale*, Milán, Vallardi, 1913. Aunque examinado con referencia particular a la cambial, es evidente que se trata de un problema general de todos los títulos de crédito. En la doctrina brasileña, v. a *Pontes de Miranda, Letra de cambio*, pág. 3 y sig.

⁸¹ Adelante veremos el alcance preciso de estos términos y la significación, tanto de la causalidad de los títulos causales, cuanto de la abstracción de los títulos abstractos. cf. n. 95.

del documento; entonces el título constituiría tan sólo la documentación de algunas obligaciones provenientes de la relación fundamental.

Esa tendencia es particularmente acentuada en los sistemas latinos ⁸², reacios al reconocimiento de promesas abstractas.

Mientras tanto, por otra parte, el título de crédito distinto de los otros documentos, típicamente se destina a la circulación; en el ámbito de la circulación él nos parece como destacado de la relación fundamental, porque en la medida que poco a poco iremos precisando, es constante en todos los títulos de crédito el principio de la inoponibilidad a los terceros, de las excepciones provenientes de la relación fundamental.

Esa situación explica, en substancia, dos diversas y constantes tendencias de la doctrina: por una parte, la de los que van en contra de la posición de los sujetos de la relación fundamental y de la que deducen la naturaleza solamente probatoria del título de crédito, recurriendo después genéricamente tanto a las exigencias de la buena fe, como a una renuncia del subscriptor, para explicar la posición peculiar del tercero; por otra parte, la de los que, al contrario, toman en cuenta esencialmente, la posición del tercero, llegando lógicamente a la conclusión de que el título de crédito es el documento constitutivo de un derecho distinto del de la relación fundamental.

Cuanto más se haga consistir la finalidad del título en la circulación del derecho, tanto más fácil será para la doctrina adoptar el punto de vista del tercero tenedor. Por tanto, es natural que las teorías que parten de la afirmación del carácter constitutivo del título hayan sido aceptadas, primero, por cuanto se refiere a los títulos al portador; posteriormente, y con dificultad, en cuanto a los títulos a la orden, particularmente los títulos cambiarios, siendo aún hoy objeto de duda en cuanto a los títulos causales y nominativos; es natural que estas teorías se liguen a la posición actual de los títulos de crédito, al igual que las teorías contrarias se comprenden mejor teniendo en cuenta la posición históricamente originaria.

En substancia, las teorías modernas, para explicar plenamente la posición del tercero, parten todas de un presupuesto común, aunque no siempre claro, dadas las discusiones y las dudas de que está llena la materia;

⁸² Realmente no carece de significación el apego de la doctrina francesa al concepto del título de crédito como documento probatorio, ni es tal vez por acaso que la doctrina moderna alemana e italiana tienen implícitamente delante de los ojos, como típicos títulos de crédito, a los títulos al portador, y al pagará más que al giro, ni es extraña a esa misma preocupación la tradición francesa, cuando también ve en la circulación del giro la transmisión del crédito (de la provisión) del girador hacia el girado.

destacar el título de crédito de la relación fundamental que le precede, para volverlo el documento constitutivo de una declaración autónoma, y hablar por eso de derecho cartular y de declaración cartular, en oposición al derecho derivado de la relación fundamental y al negocio fundamental.

Esa "duplicación" aparente constituye, es inútil negarlo, el punto de partida de todas las teorías modernas⁸³; el punto de llegada de la evolución dogmática de los títulos de crédito, y el concepto inspirador de la convención de Ginebra⁸⁴.

Quien escribe estas páginas es decidido partidario de las teorías llamadas modernas, y por eso distingue, precisamente, la declaración cartular y la declaración fundamental, sirviendo esa distinción de base a la teoría jurídica de todos los títulos de crédito, sean abstractos o causales, nominativos, a la orden o al portador.

Esa "duplicación" se justifica por las exigencias de la circulación, que deben constituir la directriz de la investigación, y el "punto de vista" para encarar los problemas de los títulos de crédito.

Por cierto, en la evolución histórica de los títulos de crédito, la importancia atribuida a la circulación creció en la medida del progreso económico, y por eso, en sus orígenes estaba en plano inferior a las demás funciones del título. La cambiaria surgió para hacer posibles los pagos entre diversas plazas⁸⁵; hoy posibilita la movilización del crédito; con la satisfacción

⁸³ Hasta la de *Carnelutti*, que parte justamente de la crítica de esa duplicación. En efecto, *Carnelutti* construye al lado del derecho derivado de la relación fundamental, una acción cartular, ulterior y especial, basada en el título de crédito, y al lado de la declaración de la relación fundamental una "documentación" autónoma de ésta, a través de la redacción del título de crédito.

⁸⁴ Cf. a *Bigiavi*, *Rivista di diritto commerciale*, 1937, I, pág. 113.

⁸⁵ Como resulta de las primeras letras de cambio. He aquí dos conocidos ejemplos del Siglo XIV: "In nome di Dio Amen. Bartolo e compagni, Barna da lucha e compagni salute. Di Vignone, pagherete per questa lettera a di 20 di novembre 339 a Landuccio Busdroghi e C. da Luca fiorini 312 e 3/4 d'oro per cambio di fiorini 300 d'oro che questo di della fatta n'avemmo da Tancredi Bonagiunta e C. a riscossione dì 4 1/4% a loro vantaggio e ponete a nostro conto e ragione. Fatta a di V di ottobre 339. Bartolo Casimi e C. in Pisa". "Pegate per questa prima lettera a di 9 dì ottobre a Luca di Goro Libr. 45. Sono per la valutaqui da Mafrorena; a tempo li pagate e ponete a mio conto e che Cristo vi guardi. Borromeo de' Borromet salute de Milano a dì 9 di maggio 1395".

La función práctica de la cambiaria, por eso era la de facilitar pagos entre plazas diversas. A teniendo que pagar una deuda a *C*, residente en otro país, mediante *B* que tenía correspondentes comerciales en ese país, entregándole el dinero, obtenía una letra de cambio a través de la cual *B* pedía a su correspondiente *D* que pagase a *C*; o *B* habiendo recibido dinero de *A*, le entregaba una letra de cambio mediante la cual pedía a su correspondiente *D* que pagase a *C*, correspondiente de *A*.

de esta necesidad⁸⁶ se vincula el desarrollo histórico de las características en que se basa la naturaleza de la cambiaria como título de crédito; en los orígenes de la institución, faltan ese cumplimiento y estos requisitos característicos.

Por cierto que, también hoy, en el ámbito de los distintos títulos de crédito, la relación entre la declaración cartular y el negocio fundamental no es siempre la misma, y veremos realmente que en los derechos causales, la

Por eso en las cambiales de esta época se encuentran cuatro personas, que en virtud de la introducción del endoso, en su desarrollo posterior, se redujeron a tres, cuando la orden de pago pasó a ser emitida directamente a favor de quien entrega la "valuta", pudiendo éste, a su vez, endosar la letra.

La reglamentación de la letra de cambio, en este primer período, es clara cuando se tiene en cuenta la función que entonces era propia de la cambiaria, como medio de pago entre plazas distantes en que existían distintas monedas, lo que hoy en día correspondería a los pagos internacionales.

Actualmente es raro que la letra de cambio se utilice directamente como medio de pago por el que siendo acreedor en país extranjero, sea simultáneamente deudor en el propio país, del que a su vez sea deudor de otro en el país extranjero (hipótesis que se aproxima a la que en los países donde no hay libertad en los cambios, se llama a veces, de "compensación privada"); es más frecuente la adquisición en la bolsa o en los bancos, por los importadores, de cambiales giradas por los exportadores, o la entrega directa a un banco, de un valor equivalente al adeudado en el extranjero, siendo el banco el que por medio de su correspondencia en la plaza extranjera, efectúa el pago (cf. *Nussbaum, Money in the Law*, Chicago, 1939, p. 117). Esto demuestra la distinción entre la función originaria de la letra de cambio (medio de pago entre plazas distintas) y su función actual (medio de movilización de créditos) y evidencia que el título de crédito se basa en la función económica de la circulación de los créditos.

Por esto, a la vez que en su origen histórico, la cambiaria, medio de pago, se presenta como documento de un contrato de cambio (o sea, de un contrato que en síntesis perseguía la realización de un pago entre plazas distintas y con distintas monedas), actualmente, se relaciona con contratos de venta a plazo o de mutuo, tratando de facilitar la circulación del crédito que de ellos deriva.

La singularidad de la historia de la letra de cambio, justamente consiste en el hecho de que ésta se haya desarrollado teniendo como punto de partida documentos que perseguían un pago; por eso, uno de los primeros pasos de su desarrollo fue el de vincularla con relaciones (como la venta a plazo) de las que derivara un derecho de crédito, siendo posible, entonces, su desarrollo como título de crédito, o sea, como instrumento de circulación de aquel derecho.

⁸⁶ Por esto es que la función práctica de la cambiaria, se liga ante todo, con su circulación, sea por medio del descuento, sea cuando el portador de la cambiaria a su vez utiliza el título para endosarlo a un acreedor.

Los problemas cambiarios justamente se relacionan con la posibilidad de que el título se presente para su pago por un tercero tenedor.

En el caso en que normalmente no hubiese descuento, o, en general, circula-

declaración cartular es un negocio declarativo, al mismo tiempo que en los derechos abstractos, el derecho cartular y el derivado de la relación fundamental se pueden presentar como concurrentes.

Pero el fenómeno de los títulos de crédito, sea en su desarrollo histórico, sea en su función económica, está ligado a las exigencias de la circulación de la riqueza, y por tanto, es lícito basar la construcción jurídica de

ción de la cambiaria, necesariamente sería distinta la función de la institución y distintas sus características jurídicas.

Esta afirmación se confirma con el hecho de que la creación de nuevos títulos de crédito comerciales (por ejemplo en el derecho brasileño, la duplicata; cf. n. 130) encuentra justificación en la necesidad de facilitar una circulación (en la hipótesis de la duplicata, ante todo, mediante el descuento o la entrega del título en caución) del crédito; no existiendo esta necesidad, sería posible sin requerirse una reglamentación especial para ciertos documentos (por ejemplo, para los fines de la certeza de la relación entre acreedor y deudor; con las ventajas consiguientes sobre la ejecución y la quiebra), pero no sería menester reglamentar estos documentos como títulos de crédito.

Además, es lo que continuamente se demuestra con las discusiones relativas, por ejemplo, con el crédito para la agricultura; a la necesidad de crear títulos de crédito especiales, basada precisamente en la necesidad de facilitar la movilización, la circulación del crédito concedido. Esta facilidad al final proporciona mayor posibilidad de obtención de "crédito" y un menor costo de éste, pues será tanto más fácil encontrar un financiador, cuanto más fácilmente éste pueda movilizar el crédito concedido; esta movilización, a su vez, será tanto más fácil, cuanto más cierta y segura sea la posición del que adquiere el crédito; este es precisamente el resultado de la disciplina de un título de crédito.

A su vez, la aplicación de los principios de los títulos de crédito, a documentos que se relacionan con financiaciones a largo plazo (como en el caso de las obligaciones y de las pólizas), o con el pago de una renta perpetua (como en el caso de las pólizas no reembolsables), o con el derecho a la entrega o a la reentrega de mercancías (como en el caso de la carta de porte, o certificado de depósito) o con la calidad de socio de una sociedad (como en el caso de las acciones) se basa justamente en la necesidad de facilitar la circulación de los respectivos derechos. Cf. ns. 6, 9 y 318.

Por esto es, como vimos, que el concepto de "título de crédito" realmente acaba por hacerse independiente de la presencia de un derecho de "crédito" en sentido propio, y por abarcar a todos los títulos sujetos a aquellos principios jurídicos comunes, básicos, que aunque desarrollados históricamente en relación con las exigencias de la circulación de los "créditos", acabaron por hacerse aplicables, siempre que se presenten exigencias semejantes sobre la circulación de los derechos. Notamos, por tanto, que literalmente sería preferible hablar de "títulos-valores" o de "títulos negociables", pues, al final, el alcance jurídico de la expresión "título de crédito" es distinto de su alcance literal.

Sobre el alcance más preciso de la concordancia entre el concepto del título de crédito y las exigencias económicas de la circulación, cf. n. 171.

la institución antes que nada (aunque no exclusivamente) en la autonomía de la declaración incorporada en el título (con referencia a la de la relación fundamental) y de allí la posibilidad y la particular disciplina de la circulación de éste, en contraste con las diferentes normas de la circulación en el derecho común.

LA "LITERALIDAD" DE LOS TITULOS DE CREDITO

SUMARIO:—22.—Los instrumentos confesorios del derecho intermedio. 23.—La literalidad. 24.—Su alcance. 25.—Su función práctica. 26.—Conocimiento de las convenciones extracartulares. 27.—Función práctica. 28.—Pluralidad de obligaciones. 29.—Explicación de la literalidad. 30.—Literalidad e independencia del título. 31.—Literalidad y abstracción. 32.—Literalidad y apariencia jurídica. 33.—Conclusiones. 34.—La declaración cartular es una declaración de voluntad. 35.—Lo mismo en los títulos causales. 36.—Posibilidad de una orientación diversa. 37.—Tesis de Carnelutti. 38.—Crítica. 39.—Continuación. 40.—Continuación. 41.—Conclusiones. 42.—Crítica a una afirmación de Vivante. 43.—Distinción entre el derecho cartular y el de la relación fundamental. 44.—Concurso de derechos.

22.—Si volvemos la vista en la época comunal italiana, hacia las primeras manifestaciones de los documentos que hoy constituyen la categoría de los títulos de crédito, apenas encontraremos los instrumentos confesorios (redactados tanto objetivamente como subjetivamente), comunes en aquellos siglos.

Instrumentos confesorios *Ex Causa Cambii*, perfectamente análogos a los redactados con ocasión del mutuo, "commenda" y otros negocios⁸⁷.

⁸⁷ Goldschmidt reproduce, entre los ejemplos de cambiales (o mejor dicho, de los documentos notariales que, conforme a la tesis de Goldschmidt, iban juntos con la carta dirigida por el que había recibido el valor, al correspondiente que debía pagar; siendo que, conforme a la tesis de Goldschmidt, la letra de cambio, tal como se encontraba desde el siglo XIV, y cuyos ejemplos ya indicamos en el n.º 21, se originó con la fusión de esos dos documentos), el siguiente documento (Nº 342 del protocolo de Juan Scriba): "Ego confiteor quod accepi a te lib. XI d. Jan. de quibus promitto dare filio vestro vel misso vestro apud alexandriam bisantios 23/41 per libram, etc.". La cambial de 6 de abril de 1207 de Simón Rubeus (la primera cronológicamente, según Goldschmidt) reza: Simon Rubeus fatetur habuisse libras 34 denariorum januae et denarios 32 pro quibus Wilhelmus bancherius eius frater debet dare in Palermo marcos octo boni argenti illi qui ei dabit hanc cartam".

He aquí otros documentos del mismo protocolo que no se reconocen precisamente como documentos cambiarios: Nº 251: "Ego confiteor acceperisse tantum de tuis rebus unde tibi vel tuo certi missis per me vel meum missum lib. XIII et sol. unum usque ad proximas Kal. aug. solvere promitto.;" n.º 537: "Ego acceperi a

Prescindiendo de la causa particular de la obligación (el negocio de cambio⁸⁸ sobre cuya naturaleza⁸⁹ disputaban los juristas y en el que desde luego se distingue el cambio *pecunias presentis cum absenti*, con el correspondiente requisito de la *distancia loci*), el título de crédito en sus orígenes era un documento confesorio, sujeto a la disciplina general de los documentos de esa especie.

Por eso justamente era título ejecutivo, como son ejecutivos todos los instrumentos confesorios, en los que la doctrina medioeval reconocía una *confessio judicialis ante litem contestatam*. De hecho, a través de una extensión progresiva de la *confessio judicialis*, el notario público se equiparó al juez.

En efecto, esa *confessio judicialis ante litem contestatam* substancialmente se equiparaba a la *confessio in jure* romana, con la aplicación del principio *confessus pro judicato habetur*, cuya consecuencia era hacer el título ejecutivo⁹⁰.

Pero si inicialmente el documento confesorio medioeval y por tanto el título de crédito, apenas envolvía la confesión de una relación “anterior”, poco después con una evolución que se afirma cada vez con más claridad en la práctica estatutaria, al contrario de la concepción probatoria de la confesión, dominante de *jure communi*, el documento confesorio va tomando el aspecto de documento constitutivo de una “nueva” obligación.

Podemos percibir esa evolución observando el reconocimiento progresivo de la oponibilidad, igual en relación a la *confessio judicialis ante litem contestatam*, de las excepciones de los vicios contractuales⁹¹, que, por el contrario, anteriormente no era posible, dada la existencia de la confesión.

vobis... piperis centenarios pro quibus promitto dare vobis vel vestro misso per me vel meum missum lib. XV den. usque octavam proximam pasche". Basta recorrer el protocolo de *Graudus Almaricus*, de Juan Scriba y los documentos *Manduel*, para verificar la verdad de lo que afirmo en el texto.

⁸⁸ La conexión histórica de la cambiaria con el contrato de cambio, aun hoy se evidencia, por el sentido gramatical de las palabras “cambiaria”, “letra de cambio”, “cambiale”, “letra de change”, “bill of exchange”, “Wechselbrief”, etc.

⁸⁹ La naturaleza del contrato de cambio, hoy en día se vuelve a estudiar, en virtud de la legislación sobre el control de las operaciones de cambio. Cf. a *Nussbaum, Money in the Law*, Chicago, 1939, p. 116 y sigs.; y a P. Einzig, *Exchange control*.

⁹⁰ Cf. a Briegleb, *Geschichte des Executiv-Process*; a Liebmann, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, pág. 46 y sigs. y sobre las características de los procesos ejecutivos del derecho romano común, a Chiovenda, *Instituições de direito processual*, São Paulo, 1942, vol. I, p. 342.

⁹¹ Briegleb, pág. 186 y también Lattes, *Diritto commerciale*, pág. 258. Briegleb entiende que, en el transcurso del desenvolvimiento histórico, se haya reconocido la

La calidad del documento como título ejecutivo, que en un primer momento fuera admitida a través del reconocimiento de la existencia de la *confessio*, recibe, en la legislación estatutaria, un reconocimiento propio e independiente, que hace inútil el recurso de la confesión⁹² y que hace prescindir cada vez más, de la disciplina peculiar de ésta.

admisibilidad de excepciones cada vez más numerosas al instrumento confesorio, aunque éste siempre haya sido asimilado a la *confessio judicialis*.

Recuerdo que *Butrigario*, L. 14C de *non numerata pecunia*, seguido por *Baldo* (ibidem), que se refiere también a *Cino*, admite, por ejemplo, la posibilidad de oponer la *querela non numeratae pecuniae* solamente cuando la confesión se hacía por *modum voluntariae jurisdictionis*, como se admitía que tuviese lugar en los instrumentos confesoriales. De hecho, así se le manifiesta: "Aut promisit per modum voluntariae jurisdictionis aut per modum contentiosae jurisdictionis, ut qui invitus fecit. Primo casu non praeiudicat sibi, imo habet exceptionem non numeratae pecuniae ut hic, quod fecit pro debitoribus qui obligantur instrumento garantiae, quia dico ibi est quadam confessio per modum voluntariae jurisdictionis, quam aut judex aut tabellio ex forma statutorum civitatum exercent. Secundo casu quia invitus fecit non praesumitur factum spe futurae numerationis et tunc sibi praeiudicat, nam non est verosimile quod confessus fuisse nisi pecunia sibi numerata esset ut D. de berborum obligationibus, i. inter, Stichum". A mi modo de ver, si en un primer momento la asimilación de los documentos confesoriales a lo juzgado, llevó a excluir las excepciones relativas a los vicios del contrato, en un segundo momento también fueron admitidas esas excepciones, en cuanto no encontrasen obstáculo en la letra de los estatutos.

Un indicio significativo de esa evolución se encuentra en la interpretación de un pasaje de *Bartolo*, que se puede ver en el comentario de *Giason del Maino* a la L. I, D. *De verb. obligationibus*. Significativa es también la Cons. 43 de *Iudovico Romano* (pág. 132 de la Crestománica de *Briegleb*), así como el comentario de *Paulo de Castro* a la L. 13 D. *constituta pecunia*, donde declara que las excepciones relativas a la nulidad del contrato son inoponibles cuando el estatuto expresamente declara *quod non possit opponi exceptionem contra talia continentia praeceptum*, pero no cuando se limita a afirmar que *talia praecepta vel instrumenta mittatur executioni*.

La calidad de título ejecutivo de los documentos se vuelve independiente de las consecuencias que derivan de la regla *confessus pro judicato habetur*, de la cual se dedujo.

Los documentos confesoriales se aproximan a la *confessio extra-judicialis*. (cf. n. 22) y también se les aplican las normas generales sobre la *confessio extra-judicialis*, principalmente en relación con la causa.

⁹² Cf. de hecho, al fin de ese desenvolvimiento histórico, a *Mascardo*, que en sus *Conclusiones*, aunque repitiendo que la *confessio* de los instrumentos "guarentigiatos" es una *confessio judicialis* (nº 344), niega que la *confessio coram notarium* sea una *confessio judicialis* (nº 344), y concluye (nº 344) deduciendo, con una verdadera inversión del proceso histórico, la ejecutoriedad de la confesión judicial de los instrumentos "guarentigiatos": *confessio in judicio facta executionem habet paratam sicut instrumentum garantiatum*.

Por otra parte, en materia de *confessio extra judicialis*, la doctrina, bajo la influencia de los canónicos y de los ultramontanos, realizó, en gran parte con DURANTE, la fusión de la *confessio scripta* con el contrato literal romano y reconoció en la *confessio scripta* un contrato nuevo, escrito y causal⁹³.

Leyendo las páginas de DURANTE, no es difícil percibir que él trata promiscuamente de dos confesiones distintas: una, que es en realidad el negocio dispositivo y a cuyo respecto la causa se exige para la validez del negocio; otra, que tiene valor meramente probatorio y en que la exigencia de la causa consiste en la necesidad de constar en el documento la relación confesada, para dar valor a la prueba originada de la confesión y del documento respectivo (*cautio discreta*)⁹⁴.

⁹³ Sobre ese desarrollo histórico, v. generalmente a *Placentinus, Summa Cod. ad. tit. si certum petatur, de non numerata pecunia; Lectura sup. Cod.*, 7, 59, nº 4-5; *Glossa, debere ad Inst. de litt. obligationibus; generaliter a la C. de non numerata pecunia I, 13; a la 1, un. de confessis; Hostiensis, Summa aurea* "Quod si quis extra jus confiteatur; qualiter intelligatur haec regula confessus pro convicto habetur"; *Bellapertica, super Cod.*, nº 13, C. 4, 30; *Durante II*, 2 3, y en el mismo *J. Andrea; Cino*, a la L. 3, 13 y 14, C. 3, 30; *Bartolo* a las mismas leyes; *Tartagno*, a la L. 6, C. 2, 14; *Cujacio*, VI, 569; VII, 747 (ed. Prato, 1863); *Molineus*, in Lib. I, Cod. tit. XVIII (vol. III, pág. 580, ed. París, 1681); *Codex fabrianus*, IV, XV, 31; *Pothier, Obligaciones*, IV, cap. III.

Entre los trabajos modernos se deben citar a *Endemann Beweislehre*, pág. 121 y sigs., y 370 y sigs.; *Karsten, Die Lehre von obl. Vertägen beiden italienischen Juristen des Mittelalters*, Rostock, 1885.

La identificación de la *literarum obligatio* romana a la *confessio scripta extra judicialis* se debe especialmente a los canonistas.

Reconocido en la *confessio* un contrato, ella queda naturalmente sujeta a las normas generales elaboradas por la doctrina canónica para todos los contratos: aceptación por la otra parte y necesidad de la causa *ad obligandum*.

Esa causa en el mutuo y en el préstamo, debía ser probada por el acreedor, en el primer bienio, por fuerza de los principios sobre la *querela non numeratae pecuniae*, porque, como escribe *Faber, Inst. de lit. oblig.*, los hombres se obligan a restituir, lo mismo que antes de recibir, *propter affectionem quam habent ad pecuniam et uxores*.

Exacto bienio y en la hipótesis de *causa praeterita*, era el deudor quien debía probar la falta de causa (*Baldo, de non numerata pecunia*, 1. 14).

La exacta interpretación de los fragmentos romanos en este punto, solamente fue restablecida por los "cultos" y particularmente por *Donellus*.

Naturalmente, al lado del contrato-confesión, continúa la vida de la confesión-declaración de conocimiento, provista de eficacia meramente probatoria. Esa confusión, y la consecuente significación doble del término causa, confunden a todas las obras de derecho común.

⁹⁴ Cf. sobre este punto a los autores antes citados y a *Freundt, Das Wechselrecht der Postglossatoren*, Leipzig, 1909, pág. 60.

La doctrina posterior no llega a esclarecer suficientemente esa confusión, mas afirma la naturaleza dispositiva de la confesión *de jure statutario* y la probatoria *de jure communi*⁹⁵.

Esa evolución, que constituye uno de los caminos históricos por medio de los cuales la doctrina del derecho común llegó a elaborar el sistema contractual moderno⁹⁶, bastante diferente del romano, en que la referida doctrina tuviera su punto de partida, es importante en materia de títulos de crédito, desde el punto de vista del estudio dogmático⁹⁷.

En efecto, tal evolución nos permite verificar que el título de crédito, documento originariamente probatorio, se fue transformando en documento constitutivo⁹⁸ de un derecho autónomo. Ese derecho cartular autónomo

Singularmente con más profundidad que los escritores posteriores, *Pedro de Bellapertica*, Quaestio XXIX, en la edición de León de 1515 de sus *Questiones*, con exactitud escribía que o se confesaba *ad probandum*, y entonces no se podía tener en cuenta el requisito de la causa, o *confitetur super principali actione et tunc refert quia ista confessio recedit ad obligationem confitentis et tunc dico quod non praejudicat sine causa D. de probationibus i. cum indebito ultimo aut ista confessio tendit ad liberationem alterius et tunc dico quod praejudicat confitenti et sic loquitur authentica ista et est ratio quia praejudicat ad liberandum sine causa sed ad obligandum non, quia favorabiliores sunt rei quam actoris*, etc.

Poco después, *Johanes Faber* (*L. non epistolis C. de probationes*) entendía exactamente, en oposición a la doctrina de su tiempo, que al juzgarse la fuerza obligatoria de una escritura no se debía tener en cuenta una expresión enunciativa, o dispositiva, sino la intención del declarante, concepto que, referido también en la glosa (*L. quidam D. constituta pecunia*), será después revivido por *Fulgosio* (*Ibidem en Titius*). Casi quisiera decir que el pequeño grupo de ultramontanos, tan atinadamente educados en las distinciones lógicas, con sus opiniones constituyen un raro ejemplo de claridad dogmática en el desorden de la doctrina intermedia relativa a esos asuntos.

⁹⁵ *Paulo de Castro*, *De confessis*.

⁹⁶ Cf. sobre este aspecto, el citado volumen de *Karsten*.

⁹⁷ Cf. también, en el mismo orden de ideas seguidas en el texto, la exposición histórico de *Grünhut, Wechselrecht* (en la enciclopedia de *Binding*) y la clásica obra de *Brunner* en el manual de *Endemann*.

⁹⁸ En sentido más restringido, se entiende por documento constitutivo el instrumento cuya redacción es esencial a la constitución del negocio jurídico.

En sentido más lato, puede entenderse por documento constitutivo todo documento que incorpore la declaración de voluntad o el propio acto (lo mismo una declaración de conocimiento que una declaración de intención; en cuanto a lo que se dice respecto de esta última categoría, v. a *von Tuhr, Partie générale du code fédéral des obligations*, Lausanne, 1933, vol. I, pág. 152 y sig.; cf. también a *Messineo, Instituzioni di diritto privato*, Padova, Cedam, 1939, vol. I, pág. 109) para cuya prueba se aduce, y no una declaración distinta.

Así también, el término documento probatorio puede usarse, tanto teniendo en cuenta la innecesidad del documento para la existencia del negocio, cuanto

subsiste de manera independiente, por fuerza del título de crédito, conciriendo eventualmente con los derechos de idéntico contenido económico,

teniendo en cuenta su redacción posterior al hecho, o acto representado. Cf. sobre este punto también a *Carnelutti, Prova civile*, pág. 169, y mi trabajo: *Registrazione nei libri di commercio e confessione estragiudiziale*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, I, pág. 338 y 1931, I, pág. 342.

Cf. en el mismo sentido, a *Regelsberger*, en el *Handbuch de Endemann*, vol. 2, pág. 459.

Por otra parte, es innecesario observar que también el documento constitutivo posee eficacia probatoria.

Hay quien (*Messineo, Titoli di credito*, 1a. ed. pág. 6) habla también de reconocimiento recognoscitivo. En realidad, el documento en sí mismo nunca es recognoscitivo, es probatorio o constitutivo: recognoscitiva puede ser la declaración consignada en el documento (por ejemplo negocio declarativo o declaración de conocimiento) y no el documento como tal.

Hablar de documentos recognoscitivos es producto de frecuente equívoco entre la naturaleza del documento y la del acto documentado.

Cf. ahora, en igual sentido, a *Valeri, Diritto cambiario*, I, pág. 3, y a *La Lumia, Rivista Di Diritto Commerciale*, 1940, I, 1, en contraste con la reafirmación del propio pensamiento hecha por *Messineo (Titoli di credito*, 2a. ed. vol. I, pág. 6), que defiende la categoría del documento recognoscitivo, escribiendo que en el mismo sentido se habla de documentos constitutivos. Con esto queda aclarada la equivocación que nace de la categoría de los documentos recognoscitivos. Cuando realmente hablamos de documento "constitutivo" o "probatorio", nos referimos a la función del documento relativa a la declaración documentada; mas cuando se habla de documento "recognoscitivo" nos queremos referir, no a la función del documento relativa a la declaración documentada, sino a la función de esa declaración en relación con la situación jurídica anterior existente entre las partes. Trátase, pues, de una *declaración "recognoscitiva"* y no de un *documento "recognoscitivo"*. Tan es verdad, que también en esa hipótesis, el documento será después constitutivo o probatorio en relación con la declaración recognoscitiva que en él se consigna.

Naturalmente nada obsta para que se entiendan los términos "constitutivo" y "probatorio" en relación con la función de la declaración documentada, mas la propiedad del lenguaje me parece imponer que se diga "declaración" constitutiva o probatoria, o, si se prefiere, "documento de una declaración constitutiva o probatoria".

En ese sentido *Scorza* es incierto, *Polizza di carico*, Roma, 1936, (V. mi reseña en *Rivista del diritto della Navigazione*, 1937), que tampoco distingue la función del documento (probatorio o constitutivo) en relación con la declaración documentada y a esa declaración en relación con la situación anteriormente existente entre las partes.

La distinción entre documento dispositivo y probatorio objetiva las relaciones entre el documento y la constitución del negocio documentado. Los distintos grados de la eficacia probatoria de los documentos, a mi modo de ver, pueden apreciarse después, siguiendo las consideraciones de *Siegel, Die privatrechtliche Funktionen der Urkunde*, pág. 8, y sigs. *Archiv civ. Praxis*, vol. XCI.

originarios de otras relaciones entre las mismas partes ⁹⁹. El mismo derecho cartular, independientemente de su abstracción —y tendremos ocasión de volver a este punto— se distingue de la relación fundamental.

Ya en el siglo XIV BALDO distingue la acción originaria de la *'ittera cambiī* y la del negocio de cambio subyacente, y los autores de derecho común afirman que la obligación está basada en la confesión del valor, igual que cuanto se expresa con *verba enunciativa* ¹⁰⁰.

⁹⁹ Cf. a Freundt, *ob. cit.*, págs. 66 y 49, con referencia a la historia de la distinción entre *verba enunciativa* y *dispositiva*. *La Lumia, Obbligazione cambiaria e rapporto fondamentale*, pág. 16 ve en estas expresiones de la doctrina del derecho común romano, una equivocación, debido a las ventajas procesales de la letra de cambio, que, según el propio *La Lumia*, había sido siempre un mero documento probatorio. Mas argumentando de este modo, me parece que no se va contra la evolución histórica arriba indicada, que se refleja justamente en las manifestaciones doctrinarias que, sin razón, *La Lumia* considera fruto de equivocación.

¹⁰⁰ La transformación, puesta ahora de relieve, de un documento confesorio en documento dispositivo y de una declaración de conocimiento en una declaración de voluntad, constituye un fenómeno general en la historia del derecho y uno de los aspectos más interesantes en la historia del documento.

Los estudiosos del derecho griego llamaron la atención sobre este fenómeno en cuanto a la "*ομολόγια*" redactada objetivamente, así como en cuanto a los documentos redactados subjetivamente; los del derecho romano también lo notaron hasta con relación a la *in jure cessio*; los del derecho inglés lo observan para el *deed poll* y sobre los llamados *fines*. Cf. a Partsch, *Zeitschrift für das Gesamme Handelsrecht*, vol. LXX (1910), pág. 477 (y sobre la cláusula "*xugla*" también particularmente A. Sagré, *Bollettino Instituto di diritto romano*, 1925, vol. XXXIV); Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, pág. 459; Ferrari, *Atti Instituto Veneto*, 1910, vol. LXXX, págs. 863 y 1175; Rabel, *Nachreformte Rechagsgeschäfte* en la *Zeitschrift Savigny-Ciiftung*, Röm, Abt., vol. XXVII y XXVIII; Kübler, *ibidem*, vol. XXIX; Holdsworth, *History of english law*, vol. III, pág. 200; Radin, *Anglo-American legal history*, St. Paul, Minn., 1936, p. 399.

El fenómeno es particularmente frecuente en las hipótesis en que la aparente confesión se refiere a la tradición de la cosa o a la prestación de valores, de la que deriva la obligación de restituir. En esas hipótesis las partes quieren fundamentar la obligación justamente con la aparente confesión, que es una declaración de voluntad; para mayor garantía del acreedor declaran que ya hubo la tradición o la prestación de valores que, en realidad, sólo se verificará después (*causa futura*).

Lo mismo sucede ahora, cuando el deudor confiesa haber recibido ya una suma de dinero, que, por el contrario, solamente recibirá hasta después o que corresponde a los intereses que en realidad él se obliga a pagar.

Por eso las partes no siempre quieren constituir una obligación abstracta. La imposición al acreedor de probar que ha ocurrido la prestación de valores, o de justificar el propio crédito, independientemente de la confesión del deudor, como se verificaba con la *querela non numeratae pecuniae*, conforme a su interpretación en

EINECCIO en el siglo XVIII establece el principio de la cambiaria como contrato literal, llegando hasta sostener la abstracción de la obligación cambiaria. Así surge el concepto de "literalidad" de la obligación cartular.

23.—La doctrina actual es unánime en reconocer el carácter de la literalidad tanto en los títulos de crédito abstractos, cuanto en los causales; tanto en los títulos a la orden, cuanto en los títulos al portador o en los nominativos¹⁰¹, mas, por lo menos en Italia¹⁰², no se detiene en la explicación de la literalidad y de su significación jurídica.

En este sentido conviene recordar una premisa general, que ya tuvimos oportunidad de acentuar, porque contraría lo que, aunque sin constituir una enseñanza precisa, no deja de ser una orientación bastante difundida.

La distinta ley de la circulación de los títulos de crédito (nominativos, a la orden y al portador) no implica por sí sola una diversidad de naturaleza en la declaración cartular de los distintos títulos¹⁰³.

24.—La literalidad que la doctrina común eleva al trazo característico de todos los títulos de crédito y que la ley, a su vez, menciona, tanto en cuanto a los títulos cambiarios (art. 14, 17, 21, 30 y 36), cuanto a los causales (arts. 293 y 555 del cod. de com.), se define en estos términos: "el derecho derivado del título es literal en el sentido de que, en cuanto al contenido, a la extensión y a las modalidades de ese derecho, es decisivo exclusivamente el tenor del título"¹⁰⁴. De ahí la norma del artículo 21 de la ley cambiaria (17 de la convención internacional), que, en materia cambiaria, excluye la

el derecho común (cf. antes, n. 22), muchas veces trata de satisfacer las exigencias de la práctica y de la equidad.

¹⁰¹ Cf. por todos a *Messineo, Titoli di credito*, 1^a Ed., pág. 9 y 34. Insistiendo en la confusión que se pondrá de manifiesto en otra nota, escribe *Messineo* que los Títulos a la orden y al portador son literales en antítesis a los títulos nominativos, y eso porque los primeros, en antítesis a los segundos, son necesarios y suficientes para ejercitar el derecho en ellos consignado.

¹⁰² Las diversas explicaciones surgidas en Alemania se exponen y critican por *Siegel, Archiv, Civ. Praxis*, vol. CXI, págs. 99 y sigs.

¹⁰³ Cf. antes, n. 14 y, adelante, ns. 142, 167, 217 y 297.

¹⁰⁴ En este sentido, *Messineo, Titoli di credito*, 1^a ed., pág. 8. En el transcurso de su volumen, ese autor tal vez confunde la literalidad con la legitimación, entendiendo que la literalidad se refiere a la suficiencia del documento para ejercitar el derecho en él consignado (págs. 9 y 11). Realmente la literalidad se refiere a la obligación, al derecho consignado en el documento y, según la definición del propio *Messineo*, justamente se vincula con el contenido y los límites de ese derecho; la legitimación, por el contrario, se refiere al documento en cuanto al ejercicio del derecho en él consignado. Tan es verdad, que hay muchos documentos, los llamados títulos impropios o pseudo-títulos de crédito, que, aun sin ser literales, cumplen una función de legitimación. (v. adelante n. 144 y sigs.). Cf. mi comentario en la *Rivista di Diritto commerciale*, 1929, II, pág. 680 y con gran claridad *Brunner* en

oponibilidad de las excepciones derivadas de convenciones extrañas al título y la del artículo 392 del cod. de com. que introduce idéntica ~~arrestación~~, en materia de carta de porte terrestre¹⁰⁵.

La literalidad obra en dos direcciones, que pueden decirse positiva y negativa, esto es, tanto contra, como a favor del suscriptor, lo que es natural tratándose en substancia de la delimitación del derecho consignado en el título de acuerdo con el tenor del documento.

Por tanto, el suscriptor, fuera del caso de *exceptio doli*, no puede oponer ninguna excepción derivada de una convención que no conste en el propio título, a no ser contra el tenedor que haya participado en la misma¹⁰⁶; el tenedor, a su vez, en el ejercicio del derecho, no puede tener pretensiones más amplias que las permitidas por el tenor del documento, o valerse de elementos extracartulares¹⁰⁷, a no ser que invoque una convención distinta entre él y el deudor.

su trabajo sobre los títulos de crédito, que es corto pero profundo, en el II vol. de *Endemann*, pág. 169 y sigs.

En el derecho brasileño, el concepto de "literalidad" quizá no ha sido profundizado por la doctrina. Con frecuencia, el término literalidad se ha usado en distinto sentido de aquel que se adoptó en el texto, siguiendo la orientación probablemente más generalizada en la doctrina. *Octavio Mendez*, en su libro *Títulos de Crédito*, S. Paulo, 1931, pág. 2 entiende la literalidad en relación con la necesidad de presentación del documento para el ejercicio del derecho; en la pág. 29 escribe que el título de crédito es siempre literal, "lo que quiere decir: no hay título de crédito sin documento firmado por el deudor". Por su parte, *Carvalho de Mendonça*, ob. cit., pág. 47, escribe con firmeza que la literalidad "tiene como consecuencia que el deudor no está obligado a más, ni el acreedor puede tener otros derechos que los declarados en el título". Es justamente ésta la significación de literalidad, de que parte el texto. En igual sentido, *Vicente y Gella*, *Derecho mercantil comparado*, Labor, 1934, pág. 201; *Whitaker*, ob. cit. pág. 23.

¹⁰⁵ Corresponden a las normas de los códigos extranjeros. Especialmente parecido a nuestro artículo 392 es el artículo 168 del Código de Comercio argentino. En el derecho brasileño, v. arts. 1507, cod. civ., y 51 del D. 2044 de 31 de diciembre de 1908. El mismo principio se adoptó en el derecho anglo-norte-americano, Cf. a *Daniel*, ob. cit., vol. I, pág. 2.

¹⁰⁶ *La Lumia, Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, pág. 3. Por eso un *pactum de non petendo*, un pacto de renovación, etc., no se pueden invocar en relación con el tenedor que no ha participado en ellos, o a quien no sea oponible la *exceptio doli*, que más adelante examinaremos.

Distinta es la disciplina de las excepciones derivadas de la propia declaración cartular (p. ej., error, dolo, violencia) y es en este aspecto, en el que después se vuelve de significación la distinción entre títulos abstractos y causales, porque en éstos y no en aquéllos las excepciones causales se vinculan con la propia declaración cartular.

¹⁰⁷ En sentido contrario, *Messineo*, 2^a ed., vol. I, pág. 37. Sin embargo, véase ahora, en el sentido del texto a *Valeri, Diritto Cambiario*, vol. I, pág. 5; *La Lumia*,

De aquí una distinción fundamental, en materia de títulos de crédito, entre lo que está indicado en el título¹⁰⁸ y las convenciones extracartulares; de aquí la consecuente inoponibilidad a terceros de las excepciones derivadas de aquéllas, así como la imposibilidad, para los terceros, de invocar derechos fundados en las mismas.

25.—Es evidente la importancia de estas afirmaciones en relación con la función práctica que los títulos de crédito están llamados a cumplir, esto es, la circulación de los derechos. Esta circulación, como decimos, solamente es posible cuando el derecho de que es objeto esté exactamente delimitado y definido, o mejor dicho circunscrito, en relación con el conjunto de las relaciones económicas habidas entre los sujetos originarios.

Esta delimitación justamente se obtiene, recurriendo a la literalidad, y el lector nos ha de perdonar si nos detenemos en la ilustración de ese concepto, más de lo que generalmente se hace.

26.—Es conveniente acentuar desde luego, refiriéndonos a un orden de ideas que tendremos oportunidad de repetir más veces, que esa inoponibilidad, en relación al tercero portador¹⁰⁹ del título, extraño a la convención extra-cartular, subsiste *independientemente* de la circunstancia de que tenga o no conocimiento de los elementos extra-cartulares. Para este fin, es aconsejable recurrir a la regla del artículo 21 de la ley cambiaria (17 de la convención internacional), que perentoriamente veda la oposición al tercero tenedor del título, de las excepciones derivadas de las convenciones extra-cartulares. Para que la oposición sea posible, es necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21, que el tercero, no solamente tenga conocimiento de las excepciones, sino que haya adquirido la cam-

Rivista di Diritto Commerciale, 1940, I, pág. 3; en el derecho brasileño, a *Carvalho de Mendonça*, *ob. cit.* En verdad, la consecuencia expuesta en el texto deriva lógicamente de la premisa que relaciona la literalidad con el derecho consignado en el título y sus límites. Además, creo que nunca hubo algún portador de un título de crédito, que prescindiendo de su participación eventual en convenciones extra-cartulares haya disfrutado de "mayores derechos que los resultantes del título", como parece sustentar *Messineo*, vol. I, pág. 41.

¹⁰⁸ En los títulos que pueden contener varias obligaciones cartulares, este principio se desarrolló en el sentido de que todas las declaraciones cartulares, deben aparecer del título y de una firma en el título. Cf. n. 204 sobre el endoso y n. 73, sobre el aval.

¹⁰⁹ Uso el término "portador", en la significación amplia en que se adoptó en la Convención de Ginebra, y, por tanto, en relación con todos los títulos de crédito, y no solamente con los al portador. Con la misma orientación, en el derecho brasileño, el art. 8, del D. n. 4178 de 13 de marzo de 1942, (impuesto de renta) habla de "portadores de acciones nominativas".

bial, obrando "a sabiendas en perjuicio del deudor"¹¹⁰. El artículo 392, en materia de carta de porte terrestre tampoco menciona el conocimiento del tercero, de modo que el principio puede ser aceptado de manera general, y podemos, por tanto, afirmar que el simple conocimiento del tercero tenedor no es suficiente para ligarlo a las excepciones extra-cartulares¹¹¹.

Para que esto se verifique, es necesario que el tenedor, al adquirir el título se haya coludido con su antecesor en perjuicio del deudor o¹¹² "*adquiriendo el título*", haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor. La primera de esas dos fórmulas no es más que la aplicación general, a nuestro tema, de los principios que rigen el negocio fraudulento; la segunda se establece en el artículo 21 de la ley cambiaria, y, en su mayor amplitud, también comprende a la primera.

Al examinarla de cerca, cuando tratemos de los títulos abstractos, tendremos oportunidad de estudiar analíticamente la diferencia entre esa hipótesis y la del simple conocimiento del vicio cartular, así como también el valor general que adquiere en el ámbito de los títulos de crédito la última parte del artículo 21 (que disciplina el caso del tenedor que, adquiriendo la cambiaria, haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor).

27.—Sólo queremos acentuar aquí que las afirmaciones anteriores, al mismo tiempo que encuentran su propia demostración en la ley, se imponen por las exigencias económicas de la circulación, a la cual se destinan los títulos de crédito.

En efecto, es evidente cuán aleatoria sería, con relación a las excepciones derivadas de convenios extracartulares, un prueba que tuviese por objeto el simple "conocimiento" de la existencia de cualquier vicio y de

¹¹⁰ La insuficiencia del simple conocimiento de la excepción, se manifestó por los trabajos preparatorios de la Convención de Ginebra. (*Comptes Rendus*, págs. 291 y 355).

¹¹¹ Distinta es la importancia de la mala fe del adquirente, cuando versa sobre la *adquisición* del título, esto es, sobre el conocimiento de la falta de titularidad de su antecesor (art. 20, de la ley cambiaria). En efecto, en esa hipótesis, el tercero de mala fe no es titular legítimo del derecho y se le puede obligar a restituir el título (art. 20). La consecuencia no es la oponibilidad de las excepciones extra-cartulares, sino la eventual imposibilidad para el tercero de gozar de un derecho del que no es titular.

¹¹² Tal vez no es distinta de la del texto la conclusión a que se debe llegar en el derecho brasileño, en vista del artículo 1507 del Cod. civil y el artículo 51 del D. 2044, de 31 de diciembre de 1908. El art. 51 corresponde casi literalmente al artículo 324 del cod. com. italiano y por eso valen para su interpretación las consideraciones que respecto de la cuestión ahora discutida tendremos oportunidad de exponer acerca del artículo 324.

cualquier excepción; por tanto, es evidente el peligro que ofrecería para los terceros, en cuanto a la circulación del derecho.

Por otro lado, en virtud de la existencia de un convenio extracartular, el deudor puede a su vez recuperar de su deudor, en el convenio extracartular, la suma pagada al tercero portador del título.

Por esto es natural que se exija, para que sea oponible al tercero la excepción derivada de un convenio extracartular, no sólo que tenga conocimiento de ésta, sino que tenga la conciencia de que adquiriendo el título haya obrado en perjuicio del deudor: la oponibilidad de la excepción justamente de la imposibilidad de reembolso, que normalmente le corresponde al deudor ¹¹³.

28.—Cuando el título contiene distintas obligaciones de sujetos diferentes, la literalidad es peculiar a cada una de ellas. De ahí fácilmente se deduce que la oponibilidad de las excepciones extracartulares encuentra en esa hipótesis un doble límite. De hecho solamente se podrán oponer *al portador* del título que haya participado en la convención extracartular, o que, al adquirir el título, haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor, y sólo podrán ser opuestas *por el deudor* que haya participado en la convención, pues es evidente que los elementos extracartulares propios de uno de los derechos consignados en el título, no podrían perjudicar un derecho distinto de aquel al que se refieren.

29.—¿Por qué es decisivo el tenor del título en relación con el derecho que en él se consigna?

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, me parece fácil la respuesta.

La explicación de la literalidad, que la doctrina eleva a característica esencial del título de crédito, está en la autonomía de la declaración consignada en el mismo título (*declaración cartular*) y en la función constitutiva que, respecto de la declaración cartular y de cualesquiera de sus modalidades ¹¹⁴ ejerce la redacción del título; esa declaración está sujeta

¹¹³ Cf. n. 85 y n. 244, sobre la diversa reglamentación de las excepciones cartulares, así como de las inoponibles a terceros; los ns. 78, 172 y 218, sobre la suficiencia del conocimiento de la falta de titularidad del enajenante, para que el adquirente, aunque adquiera el título conforme a la ley de su circulación, no se pueda convertir en su titular.

¹¹⁴ Cualquier cláusula relativa al derecho cartular, no proveniente del título, se advertiría como efecto de la falta de forma necesaria, y por tanto solamente podría valer como convención extra-cartular.

En este aspecto, estaría de acuerdo con Valeri, *Diritto cambiario*, vol. I, pág. 5, en aproximar el fenómeno de la literalidad al formalismo; cf. en la doctrina brasileña

exclusivamente a la disciplina que proviene de las cláusulas del propio título.¹¹⁵

Si nuestra explicación no fuese exacta, si el documento apenas tuviese una eficacia probatoria de la declaración documentada, el portador del título —al contrario de lo que antes indicamos— podría gozar de derechos distintos de los derivados del título mismo, sin recurrir a cualquier convención extracartular.

30.—La literalidad no equivale a la independencia del título;¹¹⁶ al lado de los títulos que no se pueden referir a otros documentos (como los títulos cambiarios), la ley reglamenta títulos (por ejemplo, la carta de porte marítima y las acciones) que pueden o deben referirse a otros documentos;¹¹⁷ las cláusulas de éstos valen a través de la referencia hecha,¹¹⁸ como resultantes del título y, por tanto, el principio de la literalidad no excluye la importancia de ellas en la disciplina del derecho cartular.¹¹⁹

Problema ulterior es el de investigar cuáles son las cláusulas que en los distintos títulos de crédito se *deban* consignar; cuáles las que, aunque no se de-

a Whitaker, pág. 24. Se objetó por *La Lumia*, ob. cit., con mucha exactitud, que la literalidad no se debe confundir con el llamado formalismo cambiario.

¹¹⁵ Lo que naturalmente no impide que, además de su eficacia constitutiva en cuanto a la declaración cartular, el título de crédito pueda tener una eficacia probatoria en cuanto a la relación fundamental.

Es lo que sucede generalmente al reconocer en la cambial (inválida cambiariamente), un documento probatorio de la relación fundamental, bastante para justificar la acción causal y hasta para la obtención de un mandato de pago del crédito derivado de la relación fundamental en el proceso "monitorio" del derecho italiano. Cf. Cass. Reino 24 de julio de 1936, N° 2783 *Massimario Foro It.*, 1936, 562; 24 de julio 1934, *Foro It.*, Rep. V. *Ingiunzione*, n. 13.

¹¹⁶ Berlingiere, G. *Diritto marítimo*, 1911, págs. 321 y 361, confunde los dos problemas.

¹¹⁷ Veremos que los primeros generalmente son títulos abstractos; los segundos, por el contrario, generalmente son causales.

¹¹⁸ Por eso, en caso de divergencia entre la carta de porte marítima y el contrato de fletamento, por ejemplo en cuanto al valor del flete, solamente podrá oponerse al portador la carta de porte marítima, cuando no haya intervenido en el contrato, y tendrá derecho a retirar la mercancía, pagando solamente el flete indicado en la carta de porte independientemente del distinto valor indicado en el contrato. V. a Ascarelli, *Foro It.*, 1935, I, 1, pág. 1362; en contra, Casación del Reino de 10 de julio de 1934, ibidem.

Después veremos cuál es la situación cuando la carta de porte marítima no constituya un título de crédito; tal es, por ejemplo, el caso del conocimiento nominativo, según la doctrina italiana dominante.

¹¹⁹ Vivante, *Trattato*, cit. pág. 124; Cass. Reino de 10 de enero de 1927, *Foro It.*, 1927, I, pág. 354.

ban, *puedan* consignarse en el título con eficacia cartular, y cuáles las que, aunque consignadas en el título, *no puedan* tener eficacia cartular¹²⁰, en virtud de los límites impuestos por la ley a la posibilidad de ser modificado por las partes el contenido típico de los distintos títulos de crédito.

Realmente éstos se presentan como documentos, cuyo contenido la ley limita en sus dos aspectos posibles, esto es, determinando, por un lado, las cláusulas que se *deben* consignar, para que el documento se caracterice como título de crédito o título de crédito de determinado tipo; estableciendo, por otro lado, las cláusulas que pueden integrarlo, siendo susceptibles de adquirir la eficacia propia de las cláusulas de un título de crédito¹²¹.

En más de una ocasión se manifiesta así la importancia peculiar de la certeza, y hasta de la simplicidad jurídica en materia de títulos de crédito. Realmente concuerda la satisfacción de esta exigencia, con una tendencia a modelar cada título en un esquema constante, de tal modo que alcance una simplificación y una especie de estandarización del título y de las declaraciones que en él se ponen¹²².

31.—La literalidad no equivale a la abstracción del título, y por eso no excluye por sí sola a las excepciones causales¹²³.

En efecto, la causa, en general, forma parte de la propia obligación: los vicios de la causa, son vicios de la propia obligación consignada en el título y no derivan de una convención extra-cartular.

Para que las excepciones causales puedan considerarse como derivadas de una relación extra-cartular, es necesario que el derecho sea abstracto, pues, como veremos, es en las obligaciones abstractas donde la causa no

¹²⁰ En consecuencia, las excepciones respectivas, en esta última hipótesis, son excepciones extracartulares. Ejemplificando: el "pactum de non petendo", el compromiso de prorrogar el vencimiento del título, la cláusula de intereses en la cambiaria conforme al sistema del Código de Comercio, y así sucesivamente. Las excepciones respectivas son oponibles sólo entre los sujetos del convenio extra-cartular.

¹²¹ Es obvio que en principio quedan a discreción de las partes las cláusulas que se pueden poner en el título con eficacia cartular; más en los títulos dependientes que en los independientes, en los causales que en los abstractos.

¹²² Esta tendencia tal vez alcanza su máxima expresión en las normas que establecen hasta la posición gráfica de algunos requisitos cambiarios: cf. por ejemplo, el art. 1, V y el art. 8, Dec. n. 2044, en el derecho brasileño; en este aspecto es distinto el alcance de los arts. 1º, VIII, y 13 de la ley uniforme anexa a la primera de las convenciones internacionales firmadas en Ginebra, en materia cambiaria. Cf., a Valeri, vol. II, p. 134.

¹²³ Cf. a Vivante, vol. III, n. 1469 de la V edición. En el derecho brasileño, v. a Carvalho de Mendonça, ob. cit. pág. 48.

forma parte de la propia obligación, sino que proviene de un negocio distinto.

Por eso es preciso considerar separadamente a la literalidad (peculiar a todos los títulos de crédito, o mejor dicho, de todos los derechos cartulares) y a la abstracción (peculiar solamente de algunas)¹²⁴.

32.—No me parece exacto explicar la literalidad de los títulos de crédito con el principio que frecuentemente se invoca, mas no siempre se define con precisión, de la tutela de la apariencia jurídica.

Según ese principio, el tercero debería contar con la apariencia creada por las cláusulas del título, por lo menos siempre que no tuviese conocimiento de su divergencia con la realidad.

Indiscutiblemente que la literalidad trata de proteger al tercero que confía en el tenor del título. Mas el problema está en verificar si esa protección se realiza en el sistema jurídico, aceptándose, por lo menos en este terreno, el principio de la tutela de la apariencia jurídica, o por el contrario, con conceptos técnicos distintos, como traté de demostrar en páginas anteriores.

En primer lugar, si nuestro derecho hubiese aceptado el principio de la tutela de la apariencia jurídica en materia de títulos de crédito, no como simple exigencia general, sino como principio técnico jurídico, la literalidad debería operar tan sólo en beneficio y nunca en perjuicio de terceros; éstos tendrían siempre el derecho de invocar los convenios extra-cartulares, aun cuando éstos no les pudiesen ser opuestos por el obligado. Pero al contrario, como dijimos, corrientemente se acepta el principio opuesto: las convenciones extra-cartulares no pueden oponerse al tercero, ni pueden invocarse por éste, a menos que él, tanto en uno como en otro caso, sea el sujeto de la relación extra-cartular.

Exegéticamente, el artículo 392, lo mismo que el artículo 21 de la ley cambiaria, encierran solamente la distinción entre "relaciones" cartulares y extra-cartulares¹²⁵. Esto demuestra, por un lado, que, en el propio texto de la ley, el derecho cartular se concibe como autónomo en relación con las convenciones estipuladas entre las partes, y, por otro lado, que no es el simple elemento de la buena o de la mala fe del conocimiento, o la ignorancia de las respectivas convenciones extra-cartulares

¹²⁴ En efecto, como veremos, también puede haber derechos abstractos en los títulos causales (por ejemplo el derecho de regreso en la carta de porte); cf. adelante ns. 126, 138 y 139.

¹²⁵ En el derecho brasileño, el art. 1507 del cod. civ. habla de "Derecho personal del emisor o suscriptor contra el portador"; el art. 51 del D. 2044 de "defensa fundada en el derecho personal del reo contra el autor".

lo que resuelve definitivamente el caso. Como veremos, ese elemento es decisivo sólo en cuanto el poseedor de mala fe en la adquisición del título, justamente por eso, no puede considerarse como titular del derecho cartular, o cuando concurran los requisitos de la *exceptio doli generalis*, que, introducida en la convención cambiaria, constituye un principio general en materia de títulos de crédito.

A su vez, el artículo 21, en materia cambiaria, excluye, como ya dijimos, que el conocimiento de las convenciones extra-cartulares sea suficiente para hacerlas oponibles al poseedor que no participó en ellas, mas exige que éste, al adquirir la cambial, haya "obrado a sabiendas en perjuicio del deudor" y sólo dentro de estos límites admite la oponibilidad de la *exceptio doli generalis*.

Si para la explicación de la literalidad tuviésemos tan sólo que recurrir a la apariencia jurídica, el único elemento importante tendría que ser el del conocimiento o desconocimiento de las convenciones extra-cartulares, elemento que, por el contrario, no se menciona en el artículo 392 del Código de Comercio, ni es suficiente según los términos del artículo 21.

Históricamente, las consideraciones con que iniciamos este capítulo excluyen la posibilidad de explicar la literalidad con el simple recurso a la apariencia del derecho; esta imposibilidad se vuelve aún más evidente, cuando se tienen en cuenta las construcciones de los primeros autores en que se encuentra el concepto de la literalidad. Desde Eneccio, la literalidad ha sido entendida con relación al contrato literal romano, y, por tanto, en relación con la autonomía de la declaración cartular, con valor constitutivo de la redacción del documento, e independientemente de cualquier relación con el orden de ideas con que se relaciona el concepto de la tutela de la apariencia del derecho, entendido como concepto técnico jurídico y no simplemente como expresión de una exigencia, que el sistema jurídico satisface con medios técnicamente distintos.

33.—El título de crédito, por tanto, es un documento *constitutivo* de una declaración cartular autónoma, distinta, de las convenciones extra-cartulares y de la declaración en la cual se origina la relación fundamental; esta declaración cartular se disciplina exclusivamente por el tenor del título.¹²⁶

Aún veremos más adelante que la conexión entre documento y derecho tiene en los títulos de crédito un carácter *permanente*, porque el título es necesario, tanto para ejercitar¹²⁷, cuanto para transmitir el derecho¹²⁸,

¹²⁶ En el derecho brasileño, cf. a *Carvalho de Mendonça*, ob. cit., pág. 47.

¹²⁷ Exceptuada la hipótesis de cancelación.

¹²⁸ Entre tanto, cf. n. 225. Las afirmaciones del texto concuerdan con la definición del título de crédito en el art. 965 del Cod. obl. suizo.

en él consignado, y el deudor correlativamente tiene derecho a la restitución del título, una vez satisfecha la prestación. Con eso el documento adquiere una función más amplia de lo que se acostumbra indicar, abandonando de documento constitutivo, y de ahí se infiere con exactitud que ~~también~~ es un documento *dispositivo*¹²⁹.

34.—Afirmando que el título de crédito es un documento constitutivo y que la declaración cartular es distinta del negocio fundamental, se sustenta también que la declaración cartular es una declaración de *voluntad* (y no una declaración de verdad o de conocimiento)¹³⁰, fuente de un derecho autónomo, distinto del derivado de la relación fundamental, y de las demás convenciones extra-cartulares.

¹²⁹ Recientemente en este sentido *La Lumia*, ob. I, cit. El término documento *dispositivo* aún hoy, también es usado en la literatura para indicar la referencia del documento a una declaración de voluntad, más que de conocimiento. Atendiendo a lo que se dice en el texto, es evidente que el título de crédito también puede calificarse como dispositivo sobre este segundo punto de vista.

¹³⁰ Sobre lo que se dice respecto de esta última distinción fundamental (cuyo examen se debe especialmente a *Zitelmann*), v. a *Messineo, Instituzioni di diritto privato*, vol. I, p. 111.

Como se sabe, la doctrina moderna hace tiempo que está investigando el concepto de la declaración de voluntad y el de negocio jurídico, con el propósito, por un lado, de establecer, en cada uno de ellos, toda una serie de subdistinciones, y, por otro lado, distinguirlos de conceptos afines, que al principio habían quedado en la obscuridad. En este sentido, fue elaborada una teoría general de los actos jurídicos, de los cuales el negocio jurídico constituye no la única sino la más importante subespecie, caracterizada por el hecho de que constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad privada en la libre reglamentación de sus relaciones. Los efectos del negocio son en substancia los que corresponden a la voluntad privada; ésta, como indicó *A. Scialoja*, no sólo constituye su presupuesto, sino que los modela directamente. Fuera del ámbito del negocio jurídico, la voluntad privada se puede tomar en cuenta como presupuesto para la verificación de efectos jurídicos, pero se trata de efectos legalmente predeterminados, cuya reglamentación escapa a la disciplina de la autonomía privada. Cf. en la doctrina portuguesa a *Antonio de Arruda Ferrer Corrêa, Erro e interpretação na teoria do negocio jurídico*, São Paulo, 1939, p. 3.

Examinando el concepto del negocio jurídico, la doctrina distinguió los unilaterales (identificando después las distintas categorías de negocios unilaterales, y, entre otras, la importantísima de la procuración, de la autorización y de otros actos análogos) y los plurilaterales; entre éstos últimos identificó, en sus caracteres, las figuras del contrato, del acto complejo, del acuerdo, de la deliberación y otras. Es evidente que las reglas peculiares del contrato no valen para el acto complejo; que las deliberaciones están sujetas a un régimen jurídico que no es ni el del contrato, ni el del acto complejo, y así sucesivamente.

En cuanto al objeto de la declaración, se distinguieron por la doctrina, al lado de las declaraciones de voluntad (entre ellas al negocio jurídico) las de conocimiento, las de intención, las de sentimiento, incluso aquellas declaraciones que, aunque siendo

En efecto, si la declaración cartular fuese una declaración de conocimiento y por tanto constituyese sólo una prueba de la relación fundamental, el portador del título, al contrario de lo que dijimos, podría gozar de derechos distintos de los derivados del título, aun no siendo el sujeto de una convención extra-cartular.

de voluntad, no constituyen un negocio jurídico (por ejemplo: el acto de constituirse en mora). El criterio de la distinción descansa en la diversidad del objeto de la declaración, que puede ser la voluntad del declarante (negocial o no negocial, conforme a la observación anterior), o una noticia (como en el caso del testimonio, o en el de la confesión, por lo menos como la entiende la doctrina tradicional, etc.), o un propósito del declarante (como por ejemplo, en el caso de la "protesta"), o un sentimiento (por ejemplo, arrepentimiento, perdón, etc.).

En todas las "declaraciones" encontramos una "voluntad de declarar", pero solamente en las declaraciones de voluntad encontramos además la voluntad como objeto de la declaración.

Las reglas tradicionales sobre los actos jurídicos en substancia, solamente conciernen a los negocios jurídicos; sin embargo, es evidente que se pueden aplicar fuera de ese ámbito, sólo cuando sea posible la aplicación analógica y con los límites de la misma. Por ejemplo, es evidente que las reglas sobre la capacidad establecidas para los negocios jurídicos en general, no se pueden aplicar a las declaraciones de conocimiento; que las relativas a los vicios de la voluntad establecidas para los negocios jurídicos no se pueden aplicar a las declaraciones de conocimiento; que una declaración de conocimiento puede ser verdadera o falsa, mas no "simulada", en el sentido en que se habla de simulación en los negocios jurídicos; que puede haber error en la voluntad de comunicar o no la noticia, mas no se pueden aplicar las reglas acerca del error o del dolo en los negocios jurídicos, a la falsedad de la noticia; que la doctrina de la condición se puede aplicar tan sólo al negocio jurídico, pues se basa en la posibilidad, peculiar de los negocios jurídicos, de que los efectos jurídicos del acto se pueden amoldar, entre límites determinados por la voluntad privada, y así sucesivamente.

Examinando los requisitos de la validez jurídica de la declaración, distinguió la doctrina las declaraciones (tanto de voluntad, cuanto de conocimiento, etc.), *recepticias* (esto es, que no son perfectas mientras no se llevan al conocimiento del destinatario, siendo entretanto dudoso el momento más apropiado en que se deba considerar jurídicamente consumado ese acto) y las *no recepticias*.

Al lado de las "Declaraciones" (de voluntad, conocimiento), se identificaron las "manifestaciones" (de voluntad, de conocimiento), (cf. *Von Tuhr, Partie générale du code federal des obligations*, Lausana, 1933, vol. I, pág. 136), y aún es obscura la relación entre esta categoría de actos jurídicos y la de las declaraciones no recepticias.

Después se identificó a la categoría de las "actuaciones" (*Realakte* en la doctrina germánica), esto es, de los actos (unilaterales) que sólo tienen significación jurídica cuando la manifestación de voluntad se acompaña de su actuación de hecho (por ejemplo: ocupación, especificación). Es evidente que las reglas que disciplinan los negocios jurídicos solamente se pueden aplicar a las "actuaciones" por medio de la analogía y con los límites de la misma.

A pesar de las recientes divergencias¹³¹, la tesis arriba mencionada es evidente en cuanto a los títulos cambiarios¹³².

Para verificar en más de un aspecto la exactitud de la tesis, hay que tener presente la circulación del derecho.

La letra de cambio se gira en virtud de una relación fundamental entre girador y girado, por ejemplo, venta de mercancías¹³³, que justifica la orden de pago dada por aquél a éste. Esa relación se acostumbra llamar de provisión. Mas, a la vez que el derecho cambiario se transfiere a los sucesivos poseedores de la cambial, el crédito de provisión permanece con el girador, independientemente del crédito cambiario. El poseedor de la cambial, que no puede demandar cambiariamente, no por eso podrá invocar el crédito de la provisión, que sólo es invocable por el girador y por sus sucesores¹³⁴.

El mérito de la elaboración de la teoría moderna de los actos jurídicos, cabe, en gran parte, a la doctrina pandectista y civilista desde el Siglo XIX; puede verse resumida en la conocida y magistral obra de *von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, Dunker & Humblot, 1911-1917, 3 vols., que, a mi modo de ver, constituye una completa y equilibrada exposición dogmática de la parte general del derecho privado y por eso puede servir de punto de partida para el estudioso.

¹³¹ Más adelante examinaremos la tesis que, negando la existencia de un derecho, recurre a la simple existencia de una acción.

¹³² Realmente esa es la opinión de la doctrina dominante, como se puede ver en el estudio citado recientemente, de *La Lumia*, a pesar de la oposición de *Pellegrini, Rivista di Diritto commerciale*, 1933, I, pág. 476 y de una referencia de *Candian, Rivista di diritto procesuale*, 1930, I, pág. 599, a la cambial como documento confesorio. En el sentido del texto, está la doctrina germánica: *Langel, Die Wechselverbindlichkeit*, Marburg, 1936; los comentarios de *Michaelis* y de *Staub-Stranz* y los citados tratados de *Brunner y Jacobi*. Idéntica es la orientación de la más reciente doctrina francesa: *Lescot, Effets de commerce*, cap. I; *Brethe, Revue Trim. Droit Civil*, 1926; *Esmein*, en la misma revista, 1921. En el derecho brasileño, cf. a *Lacerda* en su clásico volumen cit., págs. 14 y siguientes.

¹³³ En efecto, tal es la hipótesis más frecuente. Pero distinta es la situación en la práctica y en el derecho brasileño, sobre el comercio interno, debido a la institución especial de la duplicata: cf. ns. 130 y 321.

¹³⁴ En el sistema francés, la circulación del derecho cambiario (en la letra) se acompaña por la del crédito de provisión (del girador con el girado como consecuencia de la relación existente entre ambos y en virtud de la cual se giró la cambial), lo que trae como consecuencia la menor claridad que ofrece, en el sistema tradicional francés, la autonomía del derecho cambiario.

Es la influencia de la cesión de la provisión, la que lleva a la doctrina francesa, más o menos conscientemente, a considerar el fenómeno de los títulos de crédito, en el ámbito de la teoría de la delegación, negando eventualmente, por sus autores menos recientes, hasta la distinción entre la declaración cartular y la de la relación fundamental, y reconociendo en el título de crédito solamente un documento probatorio de esa relación.

La letra de cambio y el pagaré son transmitidos al tomador, y sucesivamente a los endosatarios, justificándose cada transmisión por una relación fundamental (por ejemplo venta de mercancías). Esa relación se acostumbra llamar de valor recibido. Mas a la vez que el derecho cambiario se transfiere a los sucesivos poseedores de la cambiaria, el crédito de valor recibido, del tomador contra el girador o el emitente, pertenece solamente al tomador; el de valor recibido del primer endosatario contra el tomador, pertenece solamente al primer endosatario; el del segundo endosatario contra el primer endosante, el del segundo contra el primero, al segundo endosatario y así sucesivamente.

Es la exclusión de la cesión de la provisión, la que da fuerza a las conclusiones opuestas a que llegaron el derecho alemán, el italiano y todos los que, por ejemplo el brasileño, niegan aquella cesión. En esos sistemas la cesión de la provisión puede ser una consecuencia de una convención especial extra-cartular, prácticamente rara, mas no acompaña automáticamente la circulación de la letra, al contrario de lo que acontece en el sistema francés.

La diferencia entre los dos sistemas prácticamente es pequeña *después* de la aceptación de la cambiaria, pues en virtud de ella, por un lado el girado se obliga con el titular de la cambiaria, y por otro, el pago de ésta por parte del girado extinguirá también la deuda de la misma hacia el girador, y ese pago se podrá y deberá verificar a pesar de la quiebra del girador (art. 33 de la ley cambiaria italiana). La diferencia es prácticamente más notable *antes* de la aceptación de la cambiaria. En efecto, si el girador quiebra antes de que la letra haya sido aceptada, por un lado al titular de la cambiaria no goza de ningún crédito contra el girador, y por otro, ve disminuir el valor económico de su crédito contra el girador, dada la quiebra de éste; los demás acreedores del girador —desde que falte la cesión de la provisión— se favorecen por la circunstancia de que el crédito del girador contra el girado forma parte de la masa activa de la quiebra, y por haber ingresado al patrimonio del fallido aquello que eventualmente entregue al titular de la cambiaria al recibir la misma. Gracias a la cesión de la provisión, el crédito del girador pertenecerá al titular de la cambiaria; por tanto, éste quedará en relación con la quiebra del girador, en una situación análoga a la de un acreedor garantizado con prenda sobre un crédito de su propio deudor.

Por eso es que en la legislación italiana una ley especial (de 15 de enero de 1924, n. 48; cf. más adelante n. 321) disciplinó la cesión de la provisión en las hipótesis de cambiales no aceptadas o en la eventualidad de falta de aceptación de la cambiaria, para facilitar, aun en esos casos, el descuento de las letras y la movilización de los créditos comerciales.

Se debe poner en evidencia que también la doctrina francesa de la provisión, y de la cesión de la provisión, en virtud de su evolución histórica, persigue el mismo fin de tutelar al tercero portador que se persigue en el sistema italiano, conforme a la tesis del texto.

Efectivamente, la provisión, que en su comienzo se exigía como requisito para la *validez* del título, pasó a considerarse como un requisito de *regularidad* del título, cuya falta, en consecuencia, no vicia la validez cambiaria de la obligación (cf. *Lescot*, vol. I, pág. 582). En virtud de esta transformación, la doctrina de la provisión en

Cada titular sucesivo de la cambiial goza tanto del crédito cambiario, como del derivado de la relación fundamental en que fue parte; este último subsiste¹³⁵, a pesar de la emisión y transmisión de la cambiial, y el derecho regula justamente la concurrencia de este crédito con la acción cambiaria¹³⁶.

El acreedor, que perdió el derecho a la acción cambiaria, podrá recurrir a la del negocio fundamental, sujeta a los plazos de la prescripción ordinaria; si la cambiial no fue pagada, el acreedor podrá ejercitar la acción del negocio fundamental en vez de la cambiaria, o acumular ambas.

Si la cambiial fuese tan sólo un documento probatorio de la relación fundamental, y de la deuda derivada del valor recibido, y si, fuese este crédito el objeto de la circulación, en la circulación de la cambiial; por un lado el acreedor que perdiese el derecho "cambiario", habría perdido al mismo tiempo el derecho derivado de la relación fundamental, pues siendo la cambiial un documento probatorio, habría en substancia solamente "un" derecho¹³⁷; por otro lado, el tercero tenedor podría invocar, contra el emitente o el girador, el crédito derivado de la relación fundamental (por

síntesis, trata de alcanzar una mayor tutela para el acreedor. También este es el fin de la cesión de la provisión.

Por eso veremos que, aunque en la cesión de la provisión no resulte tan evidente como en la hipótesis contraria, la distinción entre la relación cambiaria y la relación de provisión, la doctrina de la provisión y la de su cesión, no contrarián la orientación adoptada en este estudio, sino que, por el contrario, concuerdan con ésta, considerando los fines prácticos que persigue (o sea, la tutela del portador).

La convención internacional no reglamentó a la provisión, dejando en libertad a los diversos Estados que se adhirieron, y por eso es que la circulación de la provisión se mantuvo en Francia con el mismo decreto de 30 de octubre de 1935, que introdujo en su derecho interno a la convención internacional. Sobre la doctrina francesa de la provisión, consúltese a *François, La propriété de la provision en matière de lettre de change*, París, 1930, y sobre el punto de vista del derecho comparado, a *Hirsch, Der Rechtsbegriff der Provision im französischem und internationalem Privatrecht*, Marburg, 1930.

En el derecho inglés, se excluye la cesión de la provisión: art. 53, Bill Exchange Act, que introduce una reserva respecto de Escocia. Para el derecho norteamericano, v. en el mismo sentido sec. 127 N. I. L., consúltense a *Daniel, ob. cit.*, 18 y sig.

¹³⁵ Presupongo naturalmente que con la constitución del crédito cambiario no se haya extinguido por novación el crédito originario de la relación fundamental. V. más adelante n. 68.

¹³⁶ Cf. más adelante, n. 68.

¹³⁷ En efecto, cf. n. 263, y sobre la doctrina brasileña, ns. 34 y 68. La orientación de ésta, en lo que respecta a la posibilidad de intentar la acción causal, prescrita la cambiaria, se aproxima justamente a las consecuencias que derivan de la concepción de la cambiial como documento probatorio.

ejemplo de venta), ocurrida entre éste y el tomador¹³⁸, pues sería al final ese crédito el objeto de la circulación cambiaria. Por el contrario, ya es jurisprudencia fijada la de que la acción causal (salvo la hipótesis de novación) no se perjudica por la prescripción cambiaria, y que cada tenedor tan sólo puede invocar la acción causal derivada de la relación fundamental en que fue parte, y no que pueda implicar la transmisión de la cambiaria, una sucesión, por el adquirente, en la relación fundamental entre el transmitente y su antecesor.

Por eso es que podemos distinguir el derecho cambiario del derecho derivado de la relación fundamental; al poseedor de la cambiaria le pertenece tanto el derecho cambiario, cuanto el crédito causal de su relación fundamental con el que le transmitió el título, pero mientras que el primero se transfiere con la circulación cambiaria, el segundo, esto es, el de la relación fundamental, sólo pertenece a su titular originario¹³⁹.

¹³⁸ Lo mismo podría invocar contra el aceptante el crédito derivado de la relación de provisión, existente entre el girador y el aceptante, con independencia de un convenio especial que motivase la transferencia de ese crédito, diverso del cambiario.

¹³⁹ En el caso excepcional en que el poseedor de la cambiaria, por un lado no disponga de la acción del negocio fundamental (p. ej. porque la cambiaria se entregue *pro soluto*) y, por otro lado, haya perdido (por caducidad o prescripción) la acción cambiaria, puede sufrir un enriquecimiento injusto en su daño y a favor de alguno de los que figuran en la cambiaria.

Es justamente esa hipótesis excepcional la que trata de remediar la acción de enriquecimiento, peculiar en los sistemas inspirados en los principios de la ordenanza germánica de 1848.

El caso más frecuente es el que se presenta cuando por un lado el poseedor de la cambiaria, que la recibió *pro soluto*, haya perdido después el derecho a la acción cambiaria, y, por otro lado, el girador que transmitió la cambiaria recibiendo un contravalor, no haya efectuado la provisión. (En este caso, la acción cambiaria perdida por el poseedor es la de regreso, pues, dada la falta de provisión, la cambiaria no será aceptada y, por tanto, de cualquier manera el portador no gozará de la acción directa).

El código de comercio (art. 326) en efecto reglamentaba la acción de enriquecimiento tan sólo contra el girador o contra el aceptante o el emitente de una cambiaria domiciliada; en realidad, lo mismo en estos últimos casos, puede existir un caso análogo al ya mencionado. El código solamente hablaba de "caducidad" de la acción cambiaria, pues en todos los casos de que trataba, la acción cambiaria estaba sujeta a caducidad (cf. n. 263 sobre los plazos de caducidad en el ejercicio de la acción de regreso, en el sistema del código de comercio, distinto del de la convención internacional y de la consecuente ley cambiaria).

La ley cambiaria (cf. a *Valeri*, vol. II, p. 394), creada como consecuencia de la Convención de Ginebra (en igual sentido que los artículos 86 y 89 de la ley griega), tiene en cuenta la posibilidad, aunque más difícil, de que exista enriquecimiento de los endosantes (en este aspecto la acción de enriquecimiento se excluye en la ley alemana [artículo 89] y austriaca; art. 89), del aceptante o del emitente.

Estos últimos casos se dan cuando el aceptante ha recibido la provisión, de

Es exacto afirmar que el derecho cambiario es autónomo y distinto

modo que al no pagar la letra de cambio se enriquezca en detrimento del poseedor que haya perdido el derecho a la acción cambiaria contra cualquier obligado, y que no disponga de la acción causal contra quien le transmitió el título. En efecto, si el poseedor dispone de la acción causal, el ejercicio sucesivo de la acción llega hasta el girador, quien a su vez puede obrar contra el aceptante con la acción causal de provisión. Por el contrario, si el poseedor no tiene acción causal, el aceptante se enriquece.

A su vez, es análogo el caso del emitente de un pagaré, que haya recibido del tomador el contravalor, cuando el poseedor de la cambial haya perdido el derecho a la acción cambiaria y no disponga de la acción causal.

Admitiendo la acción de enriquecimiento en estos mismos casos, la nueva ley (art. 67) habla, coherentemente, de la pérdida del derecho a la acción cambiaria, abarcando tanto la hipótesis de caducidad, cuanto la de prescripción, pues la acción cambiaria contra el aceptante o el emitente no está sujeta a la caducidad.

Esa acción constituye un remedio excepcional, distinto tanto de la acción cambiaria, cuanto de la del negocio fundamental. Por tanto, presupone la pérdida (por caducidad o prescripción) del derecho a la acción cambiaria y la falta (ab origine) de la acción causal.

La acción causal (esto es, la derivada del negocio fundamental), en efecto, presupone una relación fundamental válida, no novada por la cambial (la novación, por ende, no se presume [art. 66] y, por tanto, normalmente el acreedor dispone tanto de la acción causal, contra su contrayente inmediato —emitente o endosante—, cuanto de la cambiaria); sólo puede ejercitarse entre los sujetos de la relación fundamental; su objeto es el crédito derivado de la relación fundamental; (entre emitente y tomador, endosante y endosatario, y así sucesivamente); no se perjudica por la invalidez de la cambial.

La acción de enriquecimiento por el contrario presupone la pérdida (por caducidad o prescripción) del derecho a la acción cambiaria y la falta ab origine de la acción causal, falta que deriva de novación o de invalidez originaria de la relación fundamental (mas no de la prescripción de la acción causal); por tanto, presupone una cambial válida (si la cambial se invalida no podrá existir novación de la obligación fundamental, cuya acción subsiste); puede ejercitarse por el poseedor contra aquel de los obligados en la cambial (girador, emitente, aceptante, endosante, excepto el avalista), que se enriqueció a su costa, nótense que independientemente de cualquier relación directa entre el enriquecido y el portador. En efecto, el enriquecimiento no deriva de la relación entre enriquecido y portador, sino que es la consecuencia de la pérdida de la acción cambiaria del portador, en vista de la posición del enriquecido en el nexo cambiario, y de sus relaciones con otro: por ejemplo, de la circunstancia de que no haya hecho la provisión (hipótesis de enriquecimiento del girador) o de que haya recibido la provisión (hipótesis de enriquecimiento del aceptante). Por eso la acción de enriquecimiento por un lado se puede ejercitar contra el que no haya estado en relación directa con el portador, y por otro sólo contra el enriquecido y tan sólo dentro de los límites de ese enriquecimiento; justamente se concede, para el caso excepcional, de que le falte al acreedor la acción causal, que tiene normalmente.

La prescripción de la acción causal se da en los plazos de prescripción peculiares de esta relación, y por eso en principio, en los de la prescripción ordinaria (cf. n. 69);

del que deriva de la relación fundamental.

la de enriquecimiento prescribe en el plazo de un año a contar del día en que se pierde la acción cambiaria.

En el derecho francés, como consecuencia de la circulación de la provisión, la posibilidad de enriquecimiento ilegítimo en la letra de cambio, sólo se puede dar cuando el girador no haya hecho la provisión, pues el poseedor de la cambiaria siempre goza, además del crédito cambiario, del causal de la provisión. Por tanto, el derecho francés descuida la acción de enriquecimiento, pero estatuye que la acción de regreso contra el girador no queda sujeta a la caducidad, cuando éste no hizo la provisión (art. 156); además no es distinta la orientación adoptada en todos los derechos respecto del cheque. Por eso se persigue, aunque con un medio técnico distinto, un fin análogo al que se persigue con la acción de enriquecimiento. Por otra parte, en el derecho francés la prescripción cambiaria siempre tiene tan sólo carácter presuntivo, (art. 179). La ley holandesa, a su vez, estatuye (arts. 169 y 186) que la prescripción cambiaria tan sólo es presuntiva respecto del aceptante que no prueba haber recibido la provisión; del girador que no prueba haberla hecho; del emitente que no prueba que dejó de recibir el contra-valor.

La acción de enriquecimiento no se disciplinó en la convención de Ginebra, con lo que implícitamente quedó a favor de su naturaleza extra-cambiaria, lo que en principio, y a mi modo de ver, es más cierto.

En la doctrina y en la jurisprudencia brasileña se denomina acción de enriquecimiento, la regulada en el art. 48 del D. n. 2044. Esta acción tiene a veces un alcance distinto del atribuido a la acción de enriquecimiento en el derecho italiano, pero se aproxima a la que en la doctrina italiana y en estos estudios se denomina "acción de la relación fundamental".

En el sistema brasileño a veces se habla de acción de enriquecimiento, con referencia a la letra de cambio sin efectos cambiarios, considerada como simple título de deuda (cf. las referencias en *Meira, Revista Forense*, Vol. XCI, p. 543), y se admite (cf. a M. Torres, nota 113) la posibilidad de la acción del art. 48 precisamente en el caso de la cambiaria inválida.

En el sistema italiano la letra de cambio, aunque inválida, es igualmente considerada como documento probatorio de deuda (v. antes, n. 29), mas esta "deuda" es la de la relación fundamental y, por tanto, la acción respectiva es la de la relación fundamental. Por el contrario, la acción de enriquecimiento presupone una cambiaria válida (cf. en el derecho brasileño a *Carvalho de Mendonça*, vol. 5, n. 941; a *Whittaker*, n. 29); la pérdida de la acción cambiaria (por caducidad o prescripción) y la falta de la acción que deriva de la relación fundamental.

En el sistema brasileño hay autores (v. a M. Torres, nota 113) que excluyen la subsistencia de la acción extra-cambiaria, en el caso de la prescripción de la acción cambiaria, aunque admitiéndola en el caso de caducidad de ésta. Esta tesis ha sido aceptada en la jurisprudencia del Tribunal de Apelación del Distrito Federal (recurso de revisión n. 166 de 13 de marzo de 1941; Jurisprudencia del Trib. de Ap. del D. F., vol. III, p. 101; en contra *Gonçalves de Oliveira, Revista Forense*, vol. 89, p. 686). El caso que con más frecuencia se discute es el del girador-tomador (vendedor) contra el aceptante (comprador) o del tomador (mutuante) contra el emitente del pagaré (mutuario).

La solución del Tribunal del D. F., me parece que se asienta en el presupuesto

Esta distinción se evidencia aún en la diversidad de los plazos y en

de que no haya —independientemente del artículo 48— una acción concurrente con la cambiaria; por tanto, el acreedor, con la pérdida de la acción cambiaria, no dispone de otro remedio, a no ser el de la aplicación del artículo 48. Esta aplicación, según la teoría que arriba se indica, se justifica en el caso de caducidad de la acción cambiaria; injustificada, en el caso de prescripción, pues no puede existir como enriquecimiento injusto del deudor causado por la negligencia del acreedor. En la jurisprudencia italiana, la justificación para la acción de enriquecimiento, tanto en la hipótesis de prescripción, cuanto en la de caducidad de la acción cambiaria, está precisamente en el hecho de que la acción de enriquecimiento se ejerce sólo cuando excepcionalmente falte ab origine al portador el derecho a la acción causal, que normalmente tiene; este derecho le permite, en los casos normales, una vez que ha perdido el derecho a la acción cambiaria, obrar contra el propio deudor basado en la relación fundamental, cualquiera que sea la disciplina de la acción de enriquecimiento.

La jurisprudencia arriba indicada niega tanto la existencia (en la hipótesis de prescripción de la acción cambiaria) de una acción peculiar de enriquecimiento, distinta, sea de la acción cambiaria, sea de la derivada de la relación fundamental, cuanto la normal coexistencia de la acción cambiaria y de la acción de la relación fundamental; ve en la entrega de la cambial una *dato pro soluto* (Cf. más adelante, ns. 68 y 130), o abarca en la acción del art. 48 también a la derivada de la relación fundamental.

La solución de la jurisprudencia arriba indicada, corresponde prácticamente, a pesar de la diversidad de los argumentos, a la sustentada en Francia (cf. *Lescot*, vol. I, p. 137 donde se encuentra la crítica) por los que consideran a la cambial como un documento probatorio de la relación fundamental; y entonces, es natural concluir que la prescripción de la acción cambiaria abarca también la de la acción causal. Cf. más adelante n. 263.

A su vez los que impugnan la tesis adoptada por el Tribunal de Apelación (p. ej. *Gongalves de Oliveira*, cit.) interpretan el art. 48, como si implicase la subsistencia de la acción causal, perdido el derecho a la cambiaria, y no como referente a una acción distinta, tanto de la cambial, cuanto de la derivada de la relación fundamental.

En Italia (y también en Francia; v. a *Lescot*, ob. l. cit.) se considera el derecho cambiario como distinto del derivado de la relación fundamental. Este coexiste normalmente con el cambiario, pues la novación no se presume; la pérdida de la acción cambiaria no abarca la de la acción causal; es la excepcional falta de la acción causal la que, a su vez, justifica la peculiar acción de enriquecimiento en la hipótesis de la pérdida del derecho a la acción cambiaria.

Por eso se concibe en Italia, a la acción de enriquecimiento, de manera distinta tanto de la primera cuanto de la segunda de las dos teorías arriba indicadas, que justifican en la doctrina brasileña la acción del artículo 48 del D. n. 2044. Me parece *data venia* que la orientación europea tal vez pueda ser exacta, también sobre la interpretación del artículo 48. Además en la doctrina brasileña, tal es la orientación de *Saraiva, Whitaker y João Arruda*.

Efectivamente, me parece que en el caso en que la cambial sea inválida, el portador podrá intentar la acción ordinaria, que por ende no es una acción de enriquecimiento. La acción de enriquecimiento reglamentada por el art. 48 tan sólo se refiere al aceptante y al girador. Por el contrario, en el caso de la cambial inválida,

la disciplina de la prescripción; en las causas de caducidad, peculiares sólo

no hay ninguna justificación para privar al portador del derecho de obrar contra su deudor que le transmitió el título (aunque éste no sea el girador o el aceptante), de cobrar toda la cantidad que se le debe por virtud de la relación fundamental y no sólo de aquella con la que se hubiere enriquecido el reo.

En el caso en que la cambiaria haya sido entregada *pro solvendo* (hipótesis que se considera menos frecuente en la doctrina brasileña que en la italiana: cf. n. 68) de este hecho se deriva la posibilidad de que el portador fundado en la relación fundamental, ejercite la acción ordinaria contra su deudor que le transmitió el título y por la cantidad debida, no sólo dentro de los límites del enriquecimiento, en el caso en que el título haya sido pagado y el portador haya obrado de manera que conserve al propio transferente las acciones de regreso que le puedan corresponder; por el contrario, no hay necesidad alguna de autorizar al portador para obrar directamente contra el girador o el aceptante, descuidando la acción derivada de la relación fundamental contra su deudor. También en esta hipótesis existe acción ordinaria, mas no hay acción de enriquecimiento.

Por esto la acción de enriquecimiento del art. 48, necesariamente presupone no sólo la pérdida de la acción cambiaria, sino también la falta *ab origine* de la acción derivada de la relación fundamental; en el caso en que el portador pudiese ejercitar la acción de la relación fundamental no sería posible hablar de enriquecimiento y empobrecimiento, y faltaría la justificación de esta acción. Esta hipótesis se da en el caso de entrega de la cambiaria (válida), y de pérdida de la acción cambiaria, siendo por tanto nula la relación fundamental o *pro soluto* (pues en estos casos falta *ab origine* una acción de la relación fundamental).

En esta hipótesis es donde surge la necesidad de un remedio equitativo, como la acción de enriquecimiento, siendo entonces natural tanto limitar cuantitativamente la acción (limitando la petición al importe del enriquecimiento), cuanto limitarla subjetivamente (concediéndola eventualmente tan sólo contra aceptante o girador), así como facultar al portador para obrar contra el que participando del nexo cambiario, se enriqueció, aunque no haya estado en relación directa con el portador.

Distinto es el problema de la prescripción de la acción de enriquecimiento: en efecto, se discute si esta prescripción es la prescripción ordinaria, o si es la prescripción ordinaria civil, o según los casos, la civil o la comercial, o si es la prescripción cambiaria; aun se discute sobre el momento inicial del plazo de prescripción. Aquellos que en la doctrina italiana sobre el código de comercio, sustentaban que la acción de enriquecimiento estaba sujeta a la prescripción cambiaria, por eso a veces hablaban de la naturaleza "cambiaria" de la acción de enriquecimiento (propia del derecho cambiario y derivada de las reglas de éste); quienes sustentaban la opinión opuesta hablaban de la acción de enriquecimiento como de una acción extra-cambiaria (basada al final sobre relaciones extracambiarías subyacentes). Mientras tanto, es innecesario agregar que los primeros autores no hayan querido significar con eso que la acción de enriquecimiento fuese la ejecutiva, ni que para los segundos fuese idéntica a la acción de la relación fundamental.

El problema de la prescripción de la acción de enriquecimiento, legislativamente se resolvió en el derecho italiano, con el artículo 94 de la ley cambiaria; en el derecho brasileño aún se discute.

del derecho cambiario; en la distinta disciplina de los dos derechos, tanto en el procedimiento de cognición¹⁴⁰, cuanto en el de ejecución¹⁴¹.

Un derecho cartular autónomo presupone una declaración cartular de *voluntad*, y eso porque es regla establecida que los derechos subjetivos pueden tener por fuente manifestaciones o declaraciones de *voluntad*, mas no manifestaciones o declaraciones de conocimiento. Comprobando un negocio anterior, éstas no podrían dar lugar a ningún derecho autónomo, susceptible de una circulación propia: solamente podrían probar el derecho derivado del negocio fundamental, y, por tanto, sólo éste es el que podría circular.

35.—La tesis que estamos exponiendo también nos parece aceptable para los títulos causales. En efecto, es evidente que la causalidad de la declaración no impide que continúe ella como declaración de voluntad.

Conviene, mientras tanto, señalar que los que se oponen a reconocer la existencia de una declaración de voluntad en los títulos causales en general¹⁴², o en algunos títulos causales¹⁴³, tienen en cuenta títulos causales concretamente considerados y no niegan, en abstracto, la posibilidad de títulos de crédito causales, en los que la declaración cartular sea una declaración de voluntad.

Ninguno de esos opositores pretende negar el carácter constitutivo del título de crédito. Al parecer, entienden ellos que la redacción del documento es en verdad necesaria para la existencia de la declaración cartular,

¹⁴⁰ En efecto, en el derecho italiano, la acción cambiaria es ejercitable, tanto en un proceso de cognición (art. 65), como directamente en la vía ejecutiva (arts. 63 y 64), o mejor dicho, el derecho cambiario se tutela sea con una acción ejecutiva (art. 63), sea con una acción de condena (art. 65).

Per eso no sería exacto identificar la acción cambiaria con una acción ejecutiva. En la doctrina brasileña, al contrario, por una parte se descuida la posibilidad de tutelar el derecho cambiario con una acción ordinaria (sujeta a las respectivas normas procesales, aunque dejando en pie los límites del derecho substancial sobre las excepciones oponibles por el deudor), por otro lado la disciplina de la cambial como título ejecutivo difiere (cf. n. 59) de la del derecho italiano.

¹⁴¹ En la ley cambiaria diversas normas apoyan la tesis del texto. Véanse por ejemplo los arts. 66 y 67, en los que la acción cambiaria se opone a la acción causal. Criticando la construcción procesal de la institución, veremos que el reconocimiento de una acción cambiaria distinta de la causal, precisamente equivale al reconocimiento de un derecho cambiario distinto del que deriva de la relación fundamental.

¹⁴² Es lo que hace *Messineo, Titoli di credito*, 2º I, ed. pag. 143, en relación con los llamados títulos representativos y con las acciones nominativas.

¹⁴³ Es lo que sucede con las acciones de sociedades comerciales, nominativas y al portador, en el pensamiento de *La Lumia, Rivista di diritto commerciale*, 1940, cit.

aun cuando ésta sea una declaración de verdad (de conocimiento) y no de voluntad¹⁴⁴.

Los que así argumentan¹⁴⁵, son en realidad llevados por la sensación de una mayor conexión —uso de propósito un término indeterminado— entre el título causal y la relación fundamental.

De hecho, en relación con los derechos causales (por ejemplo contra el emisor de la carta de porte marítima) no es posible admitir la circulación del derecho cartular, independientemente de la circulación del derecho derivado de la relación fundamental (por ejemplo del contrato de fletamiento), a que hace poco nos referíamos respecto de los títulos cambiarios¹⁴⁶.

Mas la negación de la existencia de una declaración de voluntad en los derechos cartulares causales, contrasta con una regla que más adelante explicaremos y que se aplica en materia de títulos de crédito¹⁴⁷, comprendiendo aquellos (por ejemplo la carta de porte marítima, las acciones) a los que la doctrina, ahora impugnada, se refiere concretamente¹⁴⁸. Esa regla es la que establece que: el titular es el legítimo tenedor del título

¹⁴⁴ Así le parece a *La Lumia*, ob. cit., y a *Messineo*, ob. 1. cit.

¹⁴⁵ Cf. por ejemplo, a *La Lumia*, ob. 1. cit.

¹⁴⁶ También en los títulos causales en cuanto a la circulación del derecho cartular, es independiente de la circulación de los derechos derivados de las demás convenciones extra-cartulares.

¹⁴⁷ En el código brasileño, el principio “possession de bonne foi en fait des meubles vaut titre” no se aceptó para los títulos al portador (V. adelante, n. 246), pero se aceptó para la cambial y hasta en este caso también en relación con los títulos extraviados o robados.

¹⁴⁸ Sobre las acciones nominativas, véase el art. 7 del D. R. n. 1364, de 7 de junio de 1923; sobre las al portador, el art. 57 del cod. com.; sobre las cartas de porte al portador, el art. 57 del cod. com.; sobre los a la orden, el art. 555 del cod. com. (que se refiere a las normas cambiarias).

Messineo, 2º ed. vol. I, pág. 163, en apoyo de su tesis cita la doctrina germánica. La referencia no me parece exacta, como se puede ver en *Wolf, Sachenrecht*, 75, I, 3, citado por *Messineo* y que no analiza los conceptos que se le quieren atribuir.

En realidad, la doctrina germánica es contraria a la tesis de *Messineo* y favorable a la del texto. Ella, en efecto, incluye entre los títulos de crédito, hasta los documentos probatorios (abarcando los que en Italia se denominan títulos impropios), en virtud del amplio concepto de los títulos de crédito, peculiar en la doctrina germánica, según el cual éstas también comprenden a los títulos no literales y en los que el tercero tenedor no goza de una posición autónoma. Cuando se trata de la carta de porte marítima (a que se refiere *Messineo*), la doctrina alemana no requiere de la existencia de una declaración de voluntad autónoma, declaración de voluntad, sin embargo, causal, distinta de la cambiaria. Cf. a *Jacobi*, en *Ehrenberg, Handbuch*, vol. IV, parte 1, págs. 123, 233, 328 y sigs. y 373, y sobre la carta de porte marítima en particular, a *Pappenheim, Seerecht*, vol. II, 19, pag. 269.

y quien puede gozar del derecho respectivo, aun cuando su ~~precesor~~ no fuese titular. Esta regla se aplica a todos los títulos de crédito por una exigencia fundamental: la de proteger al adquirente, en la hipótesis en que el enajenante no sea el titular del derecho.

La "circulación" de los derechos, como lo dijimos en el primer capítulo, solamente es posible cuando a ella se pueden aplicar los principios peculiares de la circulación de las cosas muebles.

La regla expuesta encuentra, como veremos, su justificación en la circunstancia de que el derecho cartular es atribuido de modo autónomo a cada uno de los sucesivos tenedores legítimos del título. La circulación de éste tiene como objeto inmediato el *título* (y no el derecho en él consignado); y como consecuencia de la adquisición del derecho real sobre el título, el tenedor es el que adquiere el derecho en él consignado¹⁴⁹.

Eso presupone justamente que la declaración cartular sea una declaración de *voluntad*. En efecto, admitido que en virtud de la adquisición del derecho real sobre el título, resultamos titulares del derecho en él consignado, se debe también reconocer que el derecho consignado en el título encuentra su fuente en la declaración cartular, esto es, que se trata de un derecho cartular autónomo (distinto del de la relación fundamental), y que, por tanto, la declaración cartular es una declaración de voluntad. Si ésta fuera una simple declaración probatoria de la relación fundamental, sería difícil admitir que la adquisición del título pudiese dar lugar a la titularidad de un derecho.

36.—Las conclusiones a que llegamos podrían justificarse también con una construcción diferente, esto es, aceptando los títulos de crédito como simples documentos probatorios, y admitiendo que la "documentación" del derecho derivado de la relación fundamental constituye después el fundamento de una acción cartular autónoma, distinta de la derivada de la relación fundamental.

Argumentando de esta manera, se satisfarían en substancia las exigencias que acentuamos en las páginas anteriores, substituyendo el derecho cartular por la acción cartular; el acto constitutivo del derecho cartular (declaración de voluntad), por el acto constitutivo de la acción cartular (documentación); la circulación del derecho cartular, por la de la acción cartular, y así sucesivamente, con una transposición a términos procesales de

¹⁴⁹ Veremos que este principio también es exacto en los derechos que desconocen la tutela arriba indicada, para el adquirente de buena fe (cf. ns. 196, 199, 201). Por eso es aplicable en todos los derechos la deducción que se hace adelante en el texto.

lo que se afirmó en páginas anteriores sobre términos de derecho sustantivo.

37.—Esa es, en principio, la tesis de CARNELUTTI, que se debe examinar de acuerdo con su orientación general, prescindiendo de problemas particulares y de la crítica fácil a expresiones, que en el pensamiento del propio autor no tienen valor definitivo¹⁵⁰.

Para Carnelutti, como se sabe, la cambial, y en general el título de crédito, simplemente constituyen una prueba legal de la relación fundamental, creadora de una responsabilidad peculiar. El tenedor no tiene un derecho substancial, sino una simple acción. La creación de la cambial o del título de crédito, no es, por tanto, sino una simple documentación, inútil, siendo, pues, las discusiones (sobre las cuales volveremos) relativas a un negocio cartular, en verdad inexistente. La circulación de la cambial tiene por objeto la circulación de aquella acción (no la de un derecho y mucho menos la del derecho derivado de la relación fundamental o de un derecho cartular autónomo), a la que corresponde la sujeción del subscriptor (y no a una deuda; tanto la de la relación fundamental, cuanto la de una deuda cartular autónoma).

En apoyo de su tesis, Carnelutti aduce los dos casos: de la firma de favor y de la cambial en blanco, en que precisamente reconoce dos hipótesis marginales que pueden servir de experimentación de las diversas teorías.

Eso justifica desde luego el estudio, que quizá alguien encontrará demasiado amplio, dedicado a esas hipótesis, para explicarlas¹⁵¹.

¹⁵⁰ Para Carnelutti, el titular de la acción cambiaria no es el "propietario" del documento. El titular de la acción cartular para Carnelutti, se encuentra también en una relación real con el documento, mas esta relación no es la de propiedad. Carnelutti en este sentido habla de usufructo, mas el término no se debe entender con el mismo concepto —evidentemente imposible— de la conocida institución del derecho común.

¹⁵¹ Para comodidad del lector, resumo lo que se refiere a esas dos hipótesis.

En la firma de favor, Carnelutti reconoce la reducción a lo absurdo del concepto de deuda abstracta, pues el que firma de favor, en realidad no quiere garantizar ni dar, sino solamente facilitar el descuento de la cambial, de manera que sería forzoso reconocer, en esta hipótesis, una simple responsabilidad sin deuda. Es fácil responder que esto es perfectamente compatible con la existencia de una deuda en abstracto, justamente porque, siendo abstracta, puede como tal cumplir una función cualquiera, y hasta una función tal como la de facilitar la circulación cambiaria satisfecha por la firma de favor, y no podría por sí constituir una causa válida de obligación extra-cambial. La pregunta, por tanto, vuelve a ser la siguiente: ¿una deuda abstracta es realmente una deuda, o corresponde solamente a una simple sujeción procesal?

En la cambial en blanco y, en general, en la firma de un papel en blanco, Carnelutti ve una simple declaración de paternidad del documento: scría esta declaración

38.—La solución de la cuestión propuesta por la teoría de Carnelutti deriva, en substancia, de un problema de carácter mucho más general.

En efecto, conviene, como preliminar, preguntar si es posible concebir una acción de condena, independientemente de un derecho a la que ella corresponda; si es posible una sujeción procesal a ejecución, independientemente de una deuda o de una sujeción de carácter substancial¹⁵².

Digo "independientemente de un derecho substancial correspondiente", porque Carnelutti reconoce que tal acción puede pertenecer a quien no es titular del derecho derivado de la relación fundamental y corresponder, por parte del deudor, a una sujeción procesal, a su vez distinta de la deuda derivada de la relación fundamental.

Hé aquí por qué la concepción de Carnelutti en realidad abarca todo el problema de las relaciones entre derecho material y procesal; la aplicación hecha por el insigne jurista a la materia de títulos de crédito, sólo puede ser juzgada en relación con aquel problema más general.

Y en relación a ese problema es como, de mi parte, juzgo que se debe sustentar la concepción tradicional, que no ve la posibilidad de una acción

de paternidad del "documento" la que, independientemente de la voluntad del suscriptor, dadas las normas en materia de prueba, la que vede a éste la posibilidad de excepcionarse, alegando no ser el autor de la declaración en él consignada. La eficacia del papel en blanco residiría justamente en esas normas probatorias, y, por tanto, su explicación se debería buscar en el terreno del derecho procesal y no en el del derecho material (*Carnelutti, Lezioni*, vol. III, pag. 243).

Es fácil replicar que en la suscripción de un papel en blanco, lo que se da no es la declaración de paternidad del "documento", sino la declaración de querer considerar como propia una declaración hecha por otro, esto es, una atribución a otro, de un poder que en cierto aspecto se puede aproximar al de la representación. Tan es verdad, que contra lo que afirma Carnelutti, tanto en el dominio de los títulos de crédito (salvo los límites que derivan de la oponibilidad de las excepciones al tercero tenedor y que ahora derivan del art. 14, de la Ley cambiaria), cuanto, en general, del derecho civil y mercantil (*Cass. del Reino, 23 de mayo de 1928, Monitore Trib., 1929, pag. 168; Ap. de Milán, 15 de mayo de 1930, Foro italiano, 1930, I, I, 1191; Stein-Jonas Zivilprozessordnung*, vol. I, pag. 1115 de la 14^a ed. del comentario a la ordenanza germánica de procedimiento civil; *Hellwig, System*, vol. I, pag. 694, al principio), se admite la posibilidad de alegar el abuso al llenar el papel en blanco, y de probar que la declaración no proviene de quien asumió la "paternidad" del documento.

¹⁵² Carnelutti habla de acción ejecutiva, pero, como él mismo aclara (*Rivista di diritto commerciale, 1935, I, pag. 469*), que con eso se quiere referir a la posibilidad final de la ejecución, aunque a través de un procedimiento de conocimiento. Por tanto, él prescinde de apoyar su teoría en la circunstancia de que en el derecho italiano la cambiaria constituye un título ejecutivo —a distinción de lo que ocurre en otros sistemas.

de condena, sino un derecho substancial correspondiente y solamente ve la posibilidad de sujetar a la acción ejecutiva cuando haya una deuda o una sujeción de derecho substancial¹⁵³.

Volviendo a los títulos de crédito, no carece de importancia, en el desenvolvimiento histórico de la institución, como lo dijimos al comienzo de este estudio, que se pueda comprender la afirmación progresiva de la autonomía del derecho cartular, en conexión con el reconocimiento progresivo de los principios característicos de la institución.

Por eso es que en materia de cambial, el legislador regula hasta los problemas de la relación entre la cambial y el negocio fundamental y habla de relación cambiaria y de relación fundamental (art. 21), y la doctrina estudia los vicios de la declaración cartular, la concurrencia de los distintos derechos y el régimen distinto de la prescripción de éstos.

39.—Así¹⁵⁴, es como esos problemas pueden, en el dominio abstracto de la lógica, presentarse partiendo de una simple acción cambiaria; mas, al final, ¿cuál es la razón y cuál es la ventaja de adoptar una concepción puramente procesal, que tan profundamente hiera las premisas de la ley, y de nuestros hábitos de ver al derecho substancial como presupuesto de la acción y de no admitir que se pueda intentar con éxito una acción de condena por quien no sea titular del derecho a que ella corresponda?

A la duplicación del negocio fundamental y del negocio cartular, criticada por Carnelutti, substitúyese la duplicación de las dos acciones, la normal y la cartular: la primera, basada en el negocio fundamental; la segunda, derivada de la creación de la prueba legal específica de ella (el título de crédito). A la singularidad, criticada por Carnelutti, de la circulación del derecho cartular, independientemente de la circulación del derecho derivado de la relación fundamental, substitúyese la circulación de la acción cartular, inde-

¹⁵³ El problema se presentaría distinto en los sistemas en que se concibe concretamente el derecho, y por tanto junto con su realización procesal. En esos sistemas, la contraposición rigurosa entre concepción "procesal" y "substancial" de una institución jurídica, no tendría el mismo sentido. En los derechos de la Europa continental, en los cuales esa contraposición hoy es corriente, la exageración del elemento procesal puede importar una peligrosa supervvaloración del elemento "estatal", "público", o (adoptando la orientación Kelseniana: cf. *Carlos Cossío, La teoría ecológica del derecho*, Buenos Aires, 1944, p. 193) "autocrático" del derecho, en contraposición al social y privado.

¹⁵⁴ En el fondo esa es la respuesta que en su *Teoría Cambiaria*, Padova, 1937, Carnelutti da a las críticas hechas a su tesis como él la expuso en la *Teoria giuridica della circolazione*. En cuanto a la crítica de la teoría de Carnelutti, cf. también, a Valeri, *Diritto cambiario*, Vol. I, pag. 248 y sig. (donde se encuentra la bibliografía al respecto) y mi estudio en la *Rivista di diritto commerciale*, 1934, I, 546.

pendientemente de la circulación del derecho derivado de la relación fundamental¹⁵⁵. ¿Se ha adelantado con el cambio?

40.—La teoría de Carnelutti me parece que no escapa a un inconveniente que es peculiar a todas las teorías que ven en los títulos de crédito un documento probatorio.

En efecto, es indiscutible y constante, en cuanto a todos los títulos de crédito, aunque con reglamentación distinta parcialmente, la diferente oponibilidad de las excepciones, conforme se considere al tercero tenedor o a aquél que es al mismo tiempo sujeto de la relación fundamental; esa diversidad constituye en substancia el punto de partida y el punto de llegada de todas las teorías de los títulos de crédito. Ahora, que reconociéndose en el título de crédito un documento probatorio del negocio fundamental, se entra en un círculo vicioso, porque o se concibe esa prueba como una prueba legal absoluta (como lo hace Carnelutti), y entonces es difícil explicar por qué las excepciones sean oponibles en algunos casos; o la concebimos susceptible de ser combatida (como en la doctrina tradicional), y entonces es imposible explicar por qué las excepciones no sean oponibles al tercero, a menos que se recurra al "deus ex machina" de una previa renuncia del suscriptor¹⁵⁶ o de una exigencia genérica de protección a la buena fe¹⁵⁷, lo que, en último análisis, es renunciar a una verdadera explicación.

41.—De aquí conviene concluir: a) que siempre que nos encontremos

¹⁵⁵ En sus consecuencias prácticas, la teoría de Carnelutti (aunque su autor niegue esta consecuencia) puede llevar a la conclusión de abarcar la prescripción de la acción cambiaria, y la de la relación fundamental; en efecto, esta conclusión es frecuente en la doctrina brasileña (cf. ns. 34 y 69; en la doctrina portuguesa cf. *Edoardo Rath, Rivista Forense*, vol. XCVIII, p. 747, que enuncia una tesis general análoga a la de Carnelutti), concordando justamente con una orientación no muy distinta de la sustentada por Carnelutti.

Esta conclusión llevaría a una tutela menor para el tercero portador, en contraste con la directriz fundamental de la institución.

¹⁵⁶ Como hace *Pellegrini, ob. i. cit.* En el derecho brasileño cf. a *Octavio Mendes, ob. cit.*, pag. 179.

¹⁵⁷ Como Ferrara (padre). Recuérdense a propósito las observaciones anteriores sobre el valor del conocimiento de la existencia de las excepciones, observaciones que demuestran la dificultad de conciliar estas explicaciones con el derecho positivo, a menos que se entiendan en un sentido de tal modo genérico que las haga prácticamente inútiles.

De igual modo, no me parece que constituya una explicación jurídica el que frecuentemente se apela a las "exigencias o necesidades del comercio". Es evidente que fueron las necesidades del comercio, y con más precisión las de la circulación, las que determinaron el régimen especial de los títulos de crédito, pero con eso solo aún no sabemos "jurídicamente" en qué consiste ese régimen, ni tenemos un criterio preciso para resolver los diversos problemas que pueden surgir al respecto.

frente a un título literal, la declaración cartular es una declaración distinta de la relativa a la relación fundamental, y que, respecto de la declaración cartular, el documento tiene un valor *constitutivo*; b) que la declaración cartular es una declaración de *voluntad*, fuente de *derecho autónomo*, cuyo ejercicio y transmisión están en función de la presentación y de la transmisión del título (denominado por eso *dispositivo*).

Me parece que estas conclusiones ahora se aceptan por la doctrina¹⁵⁸.

42.—Después de lo dicho, no juzgo necesario aclarar, si la declaración cartular constituye una declaración de voluntad, distinta de la del negocio fundamental; que eso se verifica tanto considerando la posición de quien recibe el título del suscriptor, como la del tercero tenedor del título, porque la declaración cartular, como declaración de voluntad, necesariamente será tal, sin depender de la posición del titular del título.

No me parece, pues, que Vivante dé al blanco, en su juvenil monografía sobre la “*Polizza di carico*”¹⁵⁹, al sustentar que la carta de porte marítima siendo un documento probatorio *inter partes*, es sin embargo dispositivo, y más exactamente título de crédito en relación a terceros.

Esta tesis¹⁶⁰ realmente separa un acto conceptual y único prácticamente, como es la emisión de la carta de porte marítima, en dos actos rigurosamente distintos: declaración de conocimiento (en relación con el sujeto de la relación fundamental) y declaración de voluntad (en relación con terceros). Un único documento sería al mismo tiempo dispositivo, por un

¹⁵⁸ Despues de la primera edición de estos estudios, véase a Valeri, *Diritto cambiario*, vol. I, pag. 10; a Casati, *Rivista di diritto commerciale*, 1935, I, pag. 24; a Brunetti, *CORSO DI DIRITTO COMMERCIALE*, pag. 229; Cass. del Reino, 22 de marzo de 1934, n° 940, *Foro Italiano*, 1934, I, pag. 929 (especialmente en relación con la carta de porte marítima); a Brunetti, *CORSO DI DIRITTO COMMERCIALE*, pag. 270; a Soprano, *SOCIETÀ COMMERCIALE*, vol. I, pág. 474 (con particular referencia a las acciones de sociedades mercantiles).

En cuanto a la doctrina germánica, v. la nota n. 148. Naturalmente, para la doctrina italiana, las afirmaciones del texto equivalen a sostener que la declaración cartular es declaración de voluntad en todos los títulos de crédito, porque todos los títulos de crédito, en el concepto italiano, se caracterizan por el doble requisito de la literalidad y de la autonomía; en la doctrina germánica, las afirmaciones del texto sólo se relacionan con los “*skripturrechtliche Wertpapiere*”.

¹⁵⁹ Para construcciones análogas propuestas en Alemania, con referencia especial a la carta de porte terrestre, cf. a Siegel, ob. cit., pag. 115, donde también se encuentra una crítica eficaz y a mi modo de ver decisiva.

¹⁶⁰ Probablemente es en la que se debe buscar la primera formulación de la conocida construcción de Vivante en materia de títulos de crédito, según la cual la obligación cartular reposaría en un negocio unilateral y (en el caso de la cambiaria) abstracto en relación a terceros, y en un negocio bilateral y causal en relación con el tomador inmediato.

lado, y exclusivamente probatorio por otro lado; o mejor dicho según la formulación de Vivante, sería y no sería, al mismo tiempo, título de crédito¹⁶¹.

43.—Habiendo reconocido en la declaración cartular una declaración distinta de la relación fundamental, y más exactamente una declaración de voluntad, también afirmamos que el derecho consignado en el título (derecho cartular), es siempre un derecho distinto del basado en la relación fundamental¹⁶².

Es necesario, en materia de títulos de crédito, hacer una distinción preliminar: la que hay entre derecho cartular y derecho derivado de la relación fundamental. Cada uno de ellos se origina en un negocio distinto y está sujeto a diferente disciplina.

El título de crédito, surgido originariamente como documento probatorio, es ahora, en el derecho moderno, constitutivo del derecho autónomo en él consignado.

En virtud de su distinción del derecho derivado de la relación fundamental, el derecho cartular se separa de esta relación en que tiene origen, y en algunas categorías de títulos de crédito, esta separación llega a traducirse en la misma abstracción del derecho cartular.

Como vimos en páginas precedentes, el derecho cartular, cuando es abstracto, puede tener un titular distinto de aquel a quien pertenece el derecho derivado de la relación fundamental, teniendo, por tanto, los dos derechos una circulación independiente.

Cuando por el contrario, el derecho cartular es un derecho causal, como veremos, resulta la declaración del derecho derivado de la relación fundamental, y, por tanto, ambos derechos, aunque distintos, circulan juntos, perteneciendo necesariamente al mismo titular.

44.—A su vez, reconocer en el derecho cartular un derecho distinto del que deriva de la relación fundamental, todavía no significa reconocer en el mismo un derecho concurrente con el derivado de esa relación¹⁶³.

¹⁶¹ La jurisprudencia está en el sentido del texto, y continuamente pone en evidencia la autonomía de la obligación incorporada en la carta de porte; la pone en evidencia precisamente en relación con la literalidad. En el mismo sentido, Cass. de Turín, 5 de julio de 1897, *Diritto commerciale*, vol. XV, pag. 887; Cass. del Reino, 31 de julio de 1926, *Corte Cassaz.*, 1926, pag. 1680; ap. de Génova, 18 de febrero de 1922, *Diritto Marítimo*, 1927, pag. 306; Ap. de Florencia, de 9 de mayo de 1904; *G. Toscana*, 1916, pag. 513.

Cf. también la excelente nota de Nattini en la *Rivista di diritto commerciale*, 1926, II, pag. 70 sobre la distinción entre literalidad e independencia del título.

¹⁶² Cf. en el mismo sentido a Valeri, *Diritto cambiario*, vol. I, pag. 7. En el derecho brasileño, a Carvalho de Mendonça, *ob cit.*, pag. 47.

¹⁶³ Al limitar solamente a los títulos abstractos la concurrencia del derecho de

Para que se verifique la concurrencia de derechos es necesario de cualquier manera¹⁶⁴ que exista la posibilidad de más de un cumplimiento, que tratan de excluir las normas sobre la concurrencia¹⁶⁵.

Esta hipótesis, como veremos, se verifica en los derechos abstractos¹⁶⁶, en los cuales el derecho cartular tiene un objeto correspondiente al del negocio fundamental¹⁶⁷ y en los cuales la ley, realmente, se preocupa con la disciplina de la concurrencia tratando de excluir una duplicidad de cumplimientos¹⁶⁸.

Semejante hipótesis no se verifica en los derechos causales (por ejemplo acciones de sociedades, carta de porte marítima), en los que el objeto inmediato de la declaración cartular es, como veremos, tan sólo la autentificación de la relación fundamental¹⁶⁹, y de ahí que el titular del título puede gozar precisamente del derecho derivado de la relación fundamental, de acuerdo con lo que está declarado en el título.

la relación fundamental con el derecho cartular, me aparto de lo que escribí en la primera edición de estos estudios.

¹⁶⁴ La figura de la concurrencia de derechos es muy discutida. Chiovenda, *Principi*, pag. 287 y Helliwig, *Anspruch und Klagerecht*, pag. 86, partiendo del concepto de que las pretensiones a una prestación sean idénticas cuando sean idénticas las partes, el objeto y la causa, ven la concurrencia cuando varía uno de esos elementos. Para La Lumia, *Obligazione cambiaria e rapporto fondamentale*, pag. 84, la concurrencia presupone la identidad de las personas y del contenido económico, con la diversidad de la causa. Cornelutti, *Teoria della circolazione*, pag. 252, y Salandra, *Rivista di diritto commerciale*, 1937, I, pag. 561, excluyen la concurrencia si los dos derechos tienen como contenido un mismo interés, y finalmente para Liebmann, *Azioni concorrenti*, en *Studi in memoria di Ratti*, Milán, 1934, pag. 665 y sigs. no se debería hablar de concurrencia de derechos sino de concurrencia de acciones (lo que se critica por Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milán, 1935, p. 23, que entiende que la concurrencia es relativa a las relaciones jurídicas, haciendo referencia expresa a la hipótesis de la cambiaria, p. 24).

¹⁶⁵ La identidad de contenido práctico de los derechos concurrentes no excluye una diversidad de intereses en su constitución. El deudor que debe ciento, en virtud de una venta, debe de la misma manera ciento, por virtud de la cambiaria firmada en consecuencia, aunque es evidente que la creación de la cambiaria tiene el objetivo de reforzar y hacer más móvil, además de (en nuestro derecho) ejecutivo, el derecho de crédito. ¿Ese objetivo se realiza con la constitución de un nuevo derecho o con la de una nueva acción? He aquí la duda señalada por Cornelutti, cuya teoría examinamos en páginas anteriores.

¹⁶⁶ Esta es realmente la doctrina corriente en materia cambiaria.

¹⁶⁷ Lo que no significa ser idéntico en todas sus modalidades. Por ejemplo, la cambiaria puede ser emitida solamente por una parte de la cantidad adeudada en virtud de la venta.

¹⁶⁸ En efecto, v. el art. 66 de la ley cambiaria.

¹⁶⁹ Es lo que explica la tendencia antes criticada, que ve documentos probatorios en los títulos causales.

LA ABSTRACCION EN LOS TITULOS DE CREDITO

Sumario:—45.—El problema de la abstracción. 46.—La abstracción procesal. 47.—Causa del negocio jurídico. 48.—Continuación. 49.—Negocios abstractos. 50.—Límites a la función del negocio abstracto. 51.—Convención ejecutiva. 52.—Causa de la atribución patrimonial. 53.—Atribución abstracta. 54.—Remedios equitativos. 55.—Causa del negocio y causa de la atribución. 56.—Atribución abstracta con negocio aparentemente causal. 57.—Causalidad y abstracción en el derecho italiano.

45.—El problema de la abstracción en los títulos de crédito sólo se puede entender y resolver convenientemente, teniendo en cuenta la distinción entre abstracción procesal y abstracción material, conceptos práctica e históricamente conexos, pero distintos y no equivalentes.

Procesalmente, el problema de la causa contiene varios problemas: el de la necesidad o no necesidad de adueñar una específica *causa petendi* para la justificación de lo pedido; el de la referencia de la causa, para la eficacia probatoria del documento relativo a una deuda; el de la presunción de verdad de la causa eventualmente aducida.

La historia de los dos últimos problemas es la historia de la *cautio indiscreta* y de las cláusulas de renuncia a las excepciones y particularmente a la *querela non numeratae pecuniae*, cláusulas que además son frecuentes en el derecho intermedio¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Cf. a Bähr, *Anerkennung*, pag. 41; Endemann, *Beweislehre*, pag. 410 y *Handelsrecht*, pág. 473; a Meynil, *Des renonciations au moyen âge*, en la *Nouvelle revue historique*, 1900 y 1901; a Schupfer, *Le obbligazioni nell'età del risorgimento*, vol. I, pag. 56 y 112; Goldschmidt, *Storia del diritto commerciale*, pag. 239; Lattes, *Diritto commerciale*, pags. 285, 294; Freundt, *Wechselrecht der Postglossatoren*, 1911.

Aunque se confunde con frecuencia el problema de la abstracción material con el de la abstracción procesal, el derecho común admitió, en el derecho mercantil, la validez de la *cautio indiscreta* (se puede decir del documento que no indica el origen de la deuda declarada). Por otra parte, el derecho común preparó el camino para el principio de la abstracción procesal, a través de las cláusulas de renuncia.

Al principio hostilizadas éstas por la doctrina, fueron reconocidas e interpretadas como incluyendo una simple inversión de la carga de la prueba; el acreedor dejó de estar obligado a la prueba de la veracidad de la causa de su crédito, declarada

46.—En el derecho moderno italo-francés, se exige, aunque con mayor o menor rigor¹⁷¹, la indicación de la causa en la petición inicial. La indicación de la causa en el documento tiene una importancia simplemente probatoria: “el contrato es válido, aunque no se exprese su causa (art. 1120) y ésta se presume (y se presume verdadera) salvo prueba en contrario” (art. 1121)¹⁷².

en el documento; pasó el deudor a quedar obligado a probar la falsedad eventual de dicha causa. Fue lo mismo que sucedió con la *querella non numeratae pecuniae* (cf. también n. 22). En esa frase tuvieron su punto de partida las ordenanzas francesas, de las cuales el principio de la abstracción procesal, extraño a los sistemas de tipo germánico, llegó hasta nosotros. Cf. especialmente el estudio citado de *Meynil*.

¹⁷¹ *Chiovenda, Principi*, pag. 639.

¹⁷² En un estudio muy cuidadoso y profundo, publicado en la *Rivista di diritto civile*, 1938, pag. I, *Deiana*, volvió a examinar esos problemas. Después de haber hecho nuevamente la historia del artículo 1120 y de haber refutado con tino la tesis sostenida autorizadamente por *Capitant, De la cause des obligations*, n. 378, que considera consagrada en el artículo correspondiente del código francés, de la validez de las promesas materialmente abstractas, *Deiana* concluye observando que el principio del art. 1120 solamente se debe aplicar a los “reconocimientos”. Y observa el autor, en verdad, que cuando nos encontramos frente a una “promesa” ésta será o una promesa de venta, donación, etc., o un negocio materialmente abstracto, y por eso el art. 1120 será inaplicable (*ob. cit.*, pag. 29). La observación es exacta, pero se debe completar, afirmándose que solamente en relación con el reconocimiento (esto es, con una declaración que se refiere a una relación anterior) se puede afrontar el problema de la abstracción procesal, esto es, en substancia, el de la mención (*cautio discreta*), o de la falta de mención (*cautio indiscreta*) de la causa de la relación anterior.

Por eso no me parece inexacto continuar con la afirmación que, derivando de la letra y del alcance del art. 1120, nuestro derecho haya aceptado el principio de la abstracción procesal en lo general; lo aceptó en general, porque lo aceptó en todo el ámbito en que ese problema puede proponerse (y no sólo, por ejemplo, en cuanto a los reconocimientos de los comerciantes o del pago de sumas de dinero).

Deiana, a mi modo de ver, incurre en error cuando entiende que la norma del art. 1120 se aplica solamente a la declaración de conocimiento (pag. 33), olvidando la posibilidad de una declaración de voluntad recognoscitiva, posibilidad que él mismo admite (pag. 26).

La aplicación del art. 1120 a la declaración de voluntad, tampoco excluye (y en este punto la razón está con *Deiana contra Cornelutti, Rivista di diritto processuale civile*, 1926, I, pag. 188) su aplicación a la declaración de conocimiento: la historia del art. 1120 del cod. civ. trazada por *Deiana*, demuestra que el principio se formó en relación con los “reconocimientos”, sin tener en consideración el hecho de que éstos constituyan declaraciones de voluntad o de conocimiento.

Ni desde el punto de vista práctico sería oportuna una disciplina distinta, porque el principio encuentra su justificación en la función recognoscitiva de la declaración, independientemente de su naturaleza (de declaración de voluntad o de conocimiento).

Podemos afirmar, pues, que al contrario del derecho común germánico, el derecho italiano aceptó el principio de la abstracción procesal y lo hace con un alcance general, acentuándose claramente la distinción entre la abstracción procesal y la abstracción material y la independencia de los dos problemas¹⁷³.

Aunque partiendo de una visión en que los dos problemas de la causa, en sentido material y en sentido procesal, se confundían, la doctrina llegó a distinguirlos, adoptando al respecto dos soluciones antitéticas: admitió en principio —me refiero siempre a los sistemas de tipo francés— la abstracción procesal; negó, en principio, la abstracción material¹⁷⁴.

Esta evolución, como hace poco lo observamos, se verificó en el ámbito de los derechos de tipo francés y no en los de tipo alemán. Esa diferencia impide la aplicación de las teorías alemanas sobre este asunto, salvo en casos especiales.

47.—Pasando a la abstracción material, se debe advertir, en forma preliminar, la necesidad de tratarla, por separado, de la "causa del negocio" y de la "causa de la atribución patrimonial".

La doctrina y la jurisprudencia hablan corrientemente de causa del contrato, o, de un modo más general, de causa del negocio jurídico, enfrentando así el elemento práctico del negocio, a su función económico-jurídica específica en tesis¹⁷⁵.

Las consideraciones ahora desarrolladas se relacionan con el art. 1120 del cod. civ. (esto es, con la posibilidad de declaraciones reconocisitivas que no indiquen la causa); el art. 1121 agrega que la causa se presume verdadera salvo prueba en contrario.

¹⁷³ La hostilidad del derecho común al reconocimiento de la validez de la *cautio indiscreta* me parece que constituye el origen histórico del art. 129, n. 3 del cod. com. brasileño, en el que el problema de la causa en sentido material es conexo con el de la causa en sentido procesal.

¹⁷⁴ Eso explica, por un lado, por qué en materia cambiaria la doctrina francesa y la inglesa insisten en la abstracción procesal, más que en la material, al contrario de la doctrina alemana seguida por la italiana; y por otro, los esfuerzos de la doctrina germánica para alcanzar el principio de la abstracción procesal; esfuerzos que, con frecuencia, en virtud del sistema alemán, solamente se coronan con el éxito a través del reconocimiento de la abstracción material, como acontece en la doctrina del negocio declarativo, iniciada por *Bähr*.

Eos dos puntos de vista distintos, del derecho francés por una parte, y del alemán por otra, se encuentran constantemente en la doctrina cambiaria.

El derecho italiano, según la opinión más difundida, en general aceptó, respecto de todas las obligaciones, el principio de la abstracción procesal, con referencia a la cambiaria, y hasta el de la abstracción material, sufriendo en el derecho de las obligaciones la influencia francesa, y en el cambiario la influencia alemana.

¹⁷⁵ Cf. a *La Lumia, L'obligazione cambiaria e il suo rapporto fondamentale*, pag. 65, donde también se puede ver una amplia Bibliografía.

Los distintos negocios corresponden a una función típicamente económica, y es el desempeño de esa función lo que constituye la razón del reconocimiento jurídico y de su eficacia.

Esa función es la que caracteriza a los distintos negocios jurídicos, la que ofrece el criterio de su distinción y la que está en la base de su reglamentación legislativa.

Desde el punto de vista subjetivo de las partes, esa función representa la intención típica y constante de aquellos que concluyen un negocio: realizar un trueque, efectuar un acto de liberalidad, etc.

En el sistema moderno, a distinción de lo que sucedía en el derecho antiguo¹⁷⁶, la voluntad privada es productora de consecuencias jurídicas, no sólo en el ámbito de los negocios específicamente regulados por la ley (negocios nominados), sino también siempre que se determina para un fin lícito; toda vez que el negocio creado por ella, satisfaga una función que la ley y la conciencia social consideren lícita.

Por eso es que en el sistema moderno, se debe elaborar una doctrina general de los requisitos del contrato, y en vista de la libertad contractual¹⁷⁷ se revela¹⁷⁸ el alcance de la noción de causa del negocio¹⁷⁹.

Por eso es que fuera del ámbito de los negocios nominados, encontramos los negocios mixtos y los innominados, cuya función económico-jurídica, cuya causa, no corresponde a la de los negocios reglamentados específicamente, sino que, por el contrario, deriva de una combinación de varias causas o de una causa no prevista por el legislador¹⁸⁰.

Históricamente, ese requisito se desarrolló en el derecho común principalmente por los canonistas, en relación con el reconocimiento (en contraste con la tradición del derecho clásico) de la posibilidad de obrar, basada en el pacto nulo. Cf. a *Kasten, Die Lehre von obl. Verträgen bei den ital. Juristen des Mittelalters*, Rostock, 1888; a *Riccobono*, en los vols. 35 (pag. 221) y 43 (pag. 362) de la *Zeitschrift Savigny-Stiftung, Rom. Abt.*; a *Capitant*, en la introducción a su volumen sobre la causa, y a los autores en él citados.

Sobre la historia de ese concepto en la doctrina italiana, cf. el estudio citado de *Deiana*, pag. 40 y sigs.

¹⁷⁶ Sobre la evolución histórica respectiva, cf. a *Osti, La clausola rebus sic stantibus*, en la *Rivista di diritto civile*, 1912, p. 1.

¹⁷⁷ Se puede notar que justamente esta evolución (como aquella análoga en virtud de la cual se llegó al principio general de la responsabilidad civil por cualquier acto ilícito y no sólo por actos ilícitos nominados) ha aclarado el concepto general de derecho subjetivo y sucesivamente la distinción entre derecho y acción.

¹⁷⁸ Cf. también las referencias históricas, n. 58, nota 228.

¹⁷⁹ Así como de la noción de causa de la atribución patrimonial.

¹⁸⁰ El objeto de las prestaciones de las partes en el negocio nominado, legalmente se puede delimitar con mayor o menor rigor.

Su determinación, por ejemplo, es poco circunstanciada en la transacción (cf. a

La doctrina moderna dedicó a esos negocios cuidadosas investigaciones, tratando, en ausencia de normas legislativas específicas, de fijar los criterios de su disciplina jurídica¹⁸¹.

Otras veces, el negocio jurídico, aunque corresponda a su función típica, también corresponde en forma mediata a otras funciones distintas, con tanta más frecuencia, cuanto más opuesto sea el sistema jurídico al reconocimiento de negocios innominados y cuanto más quieran y puedan aprovecharse las partes de la seguridad de la disciplina ofrecida por los negocios nominados¹⁸².

Hoeniger, Gemischte Verträge, pag. 23); poco circunstanciada en la sociedad, donde los ingresos de los distintos socios pueden ser de contenido esencialmente distinto en los diversos casos y esencialmente diferentes entre ellos, en un mismo contrato (*Giorgi*, en estos casos habla de contratos comunes); es más circunstanciada en la venta. La mayor elasticidad en la determinación del objeto de las prestaciones de las partes en un negocio, permite que se discipline siempre por las mismas normas y permanezca siempre igual, aunque comprenda prestaciones que consideradas aisladamente, caracterizan negocios de tipo distinto. En esas hipótesis, no es correcto hablar de contratos mixtos; sino que solamente se puede examinar hasta qué punto *esas* prestaciones, consideradas aisladamente, se pueden disciplinar por las normas legales establecidas en la disciplina de un negocio distinto. En efecto, entre las normas que se refieren a los diversos contratos nominados, se deben distinguir las que se refieran al contrato y las que se refieran a la prestación adeudada en virtud del contrato reglamentado, siguiendo la disciplina de esta prestación, hasta cuánto se deba en virtud de un contrato diverso. (Cf. ahora, también a *Osti, verbete Contratto*, n. 30, en el *Nuovo Digesto Italiano*). De este modo, en relación con los ingresos de una sociedad, deberá examinarse la aplicabilidad de las normas sobre la redhibitoria y sobre la evicción, aunque en el derecho italiano se establecen en la disciplina legal del contrato de venta. De esta manera, en el caso de las compañías mutualistas de seguro, existe la aplicación de muchas normas del contrato de seguro, pero no surge la figura del contrato mixto, subsistiendo siempre el tipo del contrato de sociedad, o, mejor dicho, a mi modo de ver, el de asociación. Esta es la premisa de la orientación de la jurisprudencia de aplicar a las acciones de los asociados en una mutualista, la prescripción establecida en el código, para las acciones sociales.

¹⁸¹ Cf. para referencias ulteriores, *Di Gennaro, Contratti misti*, Padua, 1934; *Osti, verbete Contratto* en el *Nuovo Digesto Italiano* y mi comentario *Contratto misto, negocio indiretto negotium mistum cum donatione*, etc. en la *Rivista di diritto commerciale*, 1930, II, pag. 462; en la doctrina brasileña, cf. a *Paulo I. da Silva Pinto*, en la *Rivista Forense*, vol. XCV, p. 14; a *Carvalho de Mendonça (M. J.)*, *Doutrina Pratica das obrigações*, Curitiba, 1908, p. 744.

¹⁸² Esta es la segunda razón que milita a favor de esos negocios, en el derecho moderno.

Cf. a *Alessi Banca, Borsa e titoli di credito*, 1935, I, 5; *Ascarelli, Negozio indiretto*, (*Studi in onore di Vivante*, Roma, 1930) *Auletta, Il contratto di società commerciale*, Milán, 1937; *Asquini, Diritto del Lavoro*, 1930, vol. I, pag. 338; *Candian, Temi Emiliani*, 1931, II, pag. 69; *Rubino, Il Negozio indiretto*, Milán, 1938; *Ferri*,

48.—Naturalmente que para que determinado negocio jurídico sea válido, en el caso concreto es necesario no sólo que su tipo encuadre entre los negocios lícitos, sino que tenga, en el caso concreto, una causa lícita, pues de otra manera caeríamos en la hipótesis de la falsedad de la causa invocada y de la ilicitud eventual de la verdadera causa.

La abstracción procesal, peculiar en los sistemas de tipo francés, exonera al autor de ofrecer la prueba de la veracidad de la causa; lo exonerá de la referencia de la causa en el documento (arts. 1120 y 1121), pero no veda al reo la posibilidad tanto de impugnar la necesidad de la causa aducida, cuanto la de demostrar la falta de causa o ilicitud de ésta en el caso concreto.

Además, para los fines de lo lícito, el derecho toma en cuenta no solamente la causa del negocio, esto es, la función del propio negocio en abstracto, sino la intención que animó a las partes, la función que en realidad desempeña el negocio en el caso concreto.

Y desde este punto de vista el derecho, de acuerdo con la más autorizada doctrina, aunque prescinda de los motivos propios de una de las partes, valúa la licitud o ilicitud del negocio¹⁸³.

49.—Como se sabe, el sistema jurídico puede reglamentar negocios cuya función no está especificada, pero que pueden servir para cualquier fin a que los destinen las partes.

El elemento distintivo de esos negocios no puede ser, entonces, la cau-

Foro Ital., 1934, I, pag. 1113 y 1936, III, pag. 66; *Greco, Rivista di diritto commerciale*, 1932, I, pag. 757; *Romano Salvo, La revoca*, Padua, 1935; *Vassalli, Sommario delle lezioni sul negocio giurídico*, pag. 105, y me parece que también *Carnelutti, Lezioni, Esecuzione*, vol. III, pag. 318.

A mi modo de ver, ese concepto es un concepto sociológico e histórico, no dogmático, aunque importante jurídicamente, en un doble sentido: en sentido negativo, para distinguir esas hipótesis de las de simulación, con las cuales a veces se acostumbra confundirlas; en sentido positivo, en los límites en que los motivos pueden adquirir importancia jurídica, y por eso, para valuar la fraudulencia del negocio.

En la jurisprudencia, cf. por la utilización de ese concepto: *Cass. del Reino*, 7 de marzo de 1932, n. 812, *Massimario Foro Ital.*, 1932, pág. 169; *Cass. del Reino*, 3 de noviembre de 1931, nº 3714, *Foro Ital.*, 1932, pag. 663; *Cass. del Reino*, 16 de abril de 1931, *Foro Ital.*, 1931, I, pag. 927, 8 de abril 1936; *Foro Ital.*, 1936, I, 778; 4 de agosto de 1936, *Foro Ital.*, 1936, I, 1388; *Ap. Roma*, 5 de julio de 1930, *Foro Ital.*, 1931, 129; 31 de julio de 1933, *Foro Ital.*, 1934, I, 184; *Ap. Milán*, 15 de enero de 1935, *Monitore Trib.*, 1935, 420; 13 de enero de 1936, *Foro Ital.*, 1936, 233; *Ap. Génova*, 22 de julio de 1935, *Foro Ital.*, 1936, I, 233.

El concepto de negocio indirecto en el fondo se puede ligar a la teoría de *Bonfante*, sobre la desarmonía eventual entre la estructura y funciones de una institución.

¹⁸³ Cf. por ejemplo, a *Capitant, Cause*, pag. 24 (3^a ed.).

sa, sino solamente la forma, que por eso mismo está rigurosamente determinada por el sistema jurídico.

Es lo que sucede con la *stipulatio* romana, y con la cambiaria moderna, según la concepción alemana e italiana, y con el reconocimiento abstracto, del código civil germánico¹⁸⁴.

Con eso no se afirma —es obvio— que estos negocios no llenen una función.

Es evidente que la cambiaria, y los títulos de crédito en general, tienen una función de bastante importancia económica: la de permitir la movilización y la circulación de la riqueza. Y es evidente que las partes que recurren a la creación de un título de crédito, constantemente se mueven por el interés de poder movilizar de este modo su derecho. Precisamente porque se reconoce la licitud y la utilidad de ese interés, el sistema jurídico pone a disposición de las partes la institución de los títulos de crédito.

Pero esta función, en los títulos cambiarios, satisface concretamente las más diversas finalidades¹⁸⁵, de las que el negocio abstracto prescinde, presentándose así como un modelo en el que se puede modelar cualquier substancia¹⁸⁶.

Dentro de los límites que derivan de sus características formales¹⁸⁷, el negocio abstracto se puede utilizar indistintamente con cualquier finalidad. Por eso es que se presenta como un negocio de segundo grado¹⁸⁸, que presupone concretamente un negocio causal anterior entre las mismas partes¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Así se obtiene al final, mayor tutela del acreedor (o adquirente).

¹⁸⁵ Por ejemplo, pago del precio de mercancías; reembolso de la cantidad mutuada; promesa de pago de la cantidad mutuada, etc.

¹⁸⁶ Cambio de mercancía por dinero; mutuo, etc.

¹⁸⁷ Por ejemplo para pago de dinero o entrega de mercancía.

¹⁸⁸ De ahí la relación de esos negocios con los negocios "solutorios" (por ejemplo, pago, y en muchos aspectos, delegación), que también pueden ser, especialmente en algunos sistemas jurídicos como el alemán, indiferentes a la causa de la *solutio* y respecto de los cuales, en verdad, también surge el problema de la abstracción. Mas el negocio abstracto se puede realizar, no sólo *solvendi*, sino también *credendi o donandi* causa, etc.

¹⁸⁹ Cf. observación análoga sobre la abstracción procesal, antes en el n. 46. Esta circunstancia explica la conexión que existe entre abstracción material y abstracción procesal, a pesar de la distinción de los dos conceptos; en efecto, solamente una declaración cognoscitiva puede implicar la abstracción procesal; a su vez, la abstracción material, por su naturaleza propia, se relaciona con la distinción entre el negocio (abstracto) de que se trata y un negocio (causal) anterior, concluido entre las partes, con el mismo contenido económico. De estas observaciones también deriva la justificación de la conexión frecuente entre los problemas de la abstracción y los de la declaración cognoscitiva y del motivo por el que el negocio

50.—Generalmente esa diferencia no es absoluta. Con frecuencia surgen normas especiales, por ejemplo, de derecho fiscal y penal, que fijan el ámbito dentro del cual se puede utilizar legítimamente el negocio¹⁹⁰.

Esas normas en el ámbito de los negocios abstractos, no implican la nulidad del negocio¹⁹¹, o su reducción, a un negocio de otro tipo, pero acarrean sanciones y consecuencias de otra naturaleza¹⁹².

En los negocios causales pasa lo contrario: el vicio de la causa necesariamente dará lugar o a la nulidad del negocio o a su reducción al distinto negocio que las partes quisieron efectivamente.

51.—Es evidente que aunque en principio puede satisfacer un gran número de finalidades, el negocio abstracto en cada caso concreto sólo persigue un fin único¹⁹³.

Para verificar cuál es ese fin, no podemos recurrir al propio negocio, precisamente porque es abstracto, sino que debemos recurrir a un negocio distinto existente entre las partes, jurídicamente distinto, aunque psicológicamente conexo con el primero, y en el que aquel fin es determinado (pago, garantía, crédito, declaración, etc.).

Este negocio es el que se acostumbra llamar *convención ejecutiva*¹⁹⁴.

A su vez, el fin del negocio abstracto no puede determinarse en la convención ejecutiva, sino con referencia a una relación distinta existente entre

declarativo representa, en la evolución histórica de una institución, el punto de transición del negocio causal al negocio abstracto. Realmente, el primer paso para llegar, en un desarrollo histórico sucesivo, al negocio abstracto, es el de una repetición o duplicación (uso a propósito estas palabras sin un significado técnico) del negocio anterior; de la documentación se pasa a una documentación simplificada y estilizada; al negocio declarativo; al negocio abstracto.

Asimismo resalta de estas observaciones la profunda diferencia entre negocio abstracto y donación, a pesar de lo que se indicará más adelante, n. 53.

¹⁹⁰ Justamente de esas normas deriva, por ejemplo, la distinción entre cheque regular e irregular, según se satisfaga o no una verdadera función de pago.

Las funciones del cheque son, de este modo, más limitadas que las de la cambial, a través de normas que tratan de impedir que el cheque degeneré en instrumento de crédito.

¹⁹¹ Recuérdese la distinción romana entre *leges perfectae, minus quam perfectae e imperfectae*. Cf., al respecto, en la doctrina brasileña, a *Espinola, Sistema do direito civil brasileiro*, Río, 1917, I, p. 85. Cf. más adelante, ns. 93 y 276.

¹⁹² En efecto, estas normas tratan de tutelar, al mismo tiempo, el interés general y el interés del adquirente; por tanto, en el caso en que su inobservancia acarrease la nulidad del negocio, se contraría el fin perseguido. Por el contrario, éste concuerda perfectamente con la abstracción.

¹⁹³ Pago del precio de la mercancía; reembolso del mutuo, etc.

¹⁹⁴ La doctrina habla en general de convención ejecutiva y yo la adopto también, por la simplicidad de esa terminología.

las partes (*relación fundamental*)¹⁹⁵, pues independientemente de esa referencia, el negocio abstracto no podría satisfacer ninguna función.

La convención ejecutiva determina la función que se satisface concretamente por el negocio abstracto, esto es, su conexión con la relación fundamental¹⁹⁶.

En substancia, esa es la consecuencia de la propia abstracción del negocio, esto es, de su separación de la causa. De ahí, que por un lado se distinga de una relación fundamental lógicamente anterior, y por otro, la necesidad de determinar su conexión con esa relación fundamental.

De este modo, realizo una compra u obtengo un préstamo (negocio fundamental); firmo por eso una cambial (negocio abstracto); entregándola sea *pro soluto*, sea *pro solvendo* (convención ejecutiva).

52.—El problema de la causa del negocio, a mi modo de ver, se debe mantener diferente del de la causa de las atribuciones patrimoniales, a pesar de la conexión¹⁹⁷.

El sistema jurídico¹⁹⁸ exige que todo acto de atribución patrimonial

¹⁹⁵ Venta de mercancías; promesa de mutuo; reembolso del dinero mutuado; donación y otros.

¹⁹⁶ *Pro solvendo; pro soluto*, etc.

¹⁹⁷ Remito en este aspecto al trabajo de *von Tuhr, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. III, pag. 3, que habla de la causa en relación con la *Zuwendung* (atribución patrimonial). Ese concepto históricamente se remonta a la doctrina romana de las *conditiones*.

A este respecto me permito observar, a fin de evitar posibles confusiones, que el equivalente de *Zuwendung* es justamente: atribución patrimonial, y el de *Verfügung*: enajenación.

La distinción y la orientación del texto, se encuentran, con cortés referencia a la primera edición de estos estudios, en el citado estudio de *Deiana*, pag. 132 y sigs., sobre el concepto de causa de la atribución patrimonial; pag. 45, sobre la referencia a la causa de la obligación (y no a la causa del negocio), de las normas de los códigos italiano y francés en materia de causa; pag. 110, sobre la definición de la causa de la obligación y pag. 132 cit. sobre la correspondencia substancial del concepto de causa de la obligación con el de causa de la atribución patrimonial.

¹⁹⁹ También a este respecto (cf. n. 47, sobre la observación análoga en lo que respecta a la causa del negocio) se puede notar que se evidencia el alcance del concepto de causa, cuando en la evolución histórica del derecho, se pase de un sistema que sólo reconoce determinadas causas nominadas como productores de atribución patrimonial, a un sistema basado en la libertad contractual.

Históricamente uno de los momentos de la evolución que obtuvo este resultado, quedó representado por el reconocimiento del principio de ser injustificada una atribución patrimonial, en el caso en que no esté seguida por una correspondiente atribución patrimonial (*causa data causa non secuta*); en este aspecto es en el que la doctrina de la causa de la atribución patrimonial se relaciona con la romana de las

(tanto de naturaleza real, cuanto obligacional) se justifique por una causa, por una razón objetiva lícita, *credendi, solvendi, donandi*¹⁹⁹.

La abstracción procesal de los sistemas de tipo francés admite la validez de la atribución, con independencia de la mención de la causa²⁰⁰, y la presunción de verdad de la causa aducida, mas es principio inconscio el de la necesidad de la existencia de una causa válida (art. 1119) para la validez de la atribución patrimonial.

La causa²⁰¹, en esta hipótesis²⁰², está, no en la función económica del negocio²⁰³, sino en la razón económica-jurídica de la atribución patrimonial.

conditiones. Cf. también a *Carvalho de Mendonça (M. J.), doutrina Pratica das obligações, cit.*, p. 738.

¹⁹⁹ Sobre la exactitud o inexactitud de esa tripartición cf. a *von Tuhr*, vol. III, pag. 67 y sigs.

²⁰⁰ Por tanto, es independiente la eficacia probatoria del documento, de la mención de la causa, esto es, la eficacia de la *cautio indiscreta*.

²⁰¹ Sigo la doctrina llamada de la causa objetiva, predominante en Italia. Para la crítica de la tendencia subjetiva, dominante en la doctrina francesa, cf. a *Deiana, ob. cit.*, pags. 36 y sigs.

²⁰² Cf. arriba nota 172.

²⁰³ El examen del texto descuida (en vista de que en la doctrina italiana es pacífica la orientación causalista) el examen de la tesis "anti-causalista", respaldada por los nombres de *Ernest, Laurent, Huc, Baudry-Lacantinerie y Barde, Planiol*. A veces esta corriente se basa en la confusión entre "causa" como fuente de la obligación (que es el sentido de la palabra "causa" cuando se habla de contrato como causa de la obligación) y la "causa" considerada por la doctrina causalista, y que traté de aclarar en el texto en los dos aspectos, de causa del negocio y causa de la atribución patrimonial. Es lo que pasa con uno de los argumentos (*Planiol, Traité élémentaire*, II, n. 1079) más divulgados de esta corriente, o sea el que critica la noción de "causa", en vista de la imposibilidad de una relación causal entre las prestaciones de un contrato bilateral, porque se constituyen simultáneamente. Este argumento de crítica se basa en la confusión entre la causa como fuente de la obligación y la causa como finalidad perseguida por el obligado. La doctrina "causalista" no toma en cuenta la causa como fuente de la obligación, sino la *causa finalis* (o, conforme algunas doctrinas, la *causa impulsiva*, o sea el último motivo), y por tanto, el argumento no parece procedente (cf. a *Planiol-Ripert-Esmein, Traité pratique de droit civil français*, vol. VI, n. 249).

Un reciente examen de este problema, con amplia investigación histórica, se puede leer en *Norberto Gorostiaga, La causa en las obligaciones*, Buenos Aires, 1944, que, a mi modo de ver, al final precisamente identifica causa y fin (entendiendo por tanto la causa de las obligaciones como *causa finalis*), admitiendo que en los actos de liberalidad, también se debe tener en cuenta el motivo (*causa impulsiva*). En la doctrina italiana el más reciente examen del problema, es el de *Deiana, ob. cit.*, pag. 112 y sigs. Ese autor llega a la conclusión de que el concepto de causa es un "concepto" autónomo, pero que no constituye en realidad un "elemento" autónomo de cada negocio; justamente por eso la "causa" se liga al objeto (en los contratos

Esta razón ²⁰⁴ es distinta para cada una de las atribuciones patrimoniales derivadas de un contrato bilateral, y ²⁰⁵ constituye, subjetivamente, no la intención típica de las partes en la conclusión del negocio, sino la intención típica de la parte gravada por la atribución patrimonial ²⁰⁶; la parte *consiente* en el sacrificio que constituye la atribución patrimonial, en virtud de la consecución de un fin, que en los contratos bilaterales consiste justamente en la asunción ²⁰⁷ de la obligación de la parte contraria; el sacrificio se acepta como medio para la consecución de un fin ²⁰⁸.

Según la tripartición del derecho común, ésta trata, a través de la atribución patrimonial, *donare, credere aut solvere*, persigue en los contratos a título oneroso, obtener la contraprestación; en los a título gratuito, hacer un favor, y en los de restitución, extinguir la deuda anterior ²⁰⁹.

Por tanto, la existencia y la validez de la causa recaen sobre la validez de la atribución patrimonial.

Hablo de la atribución patrimonial, antes que de obligación, porque la doctrina de la causa no es peculiar exclusivamente a las obligaciones.

Según este criterio, el problema de la causa se presenta siempre que nos encontramos frente a un acto de atribución patrimonial, sea que ese acto consista en la asunción de un vínculo obligacional, sea que consista en la constitución o en la transmisión de un derecho real.

bilaterales) o al consentimiento (en los contratos a título gratuito), diferencia que confirma la demostración de la autonomía del concepto de la causa.

De este modo *Deiana* llega a la conclusión que justificaría al mismo tiempo a las opuestas tendencias causalistas y de los anti-causalistas.

Sobre la relación del concepto de "causa" con el de "consideration" en el derecho inglés, cf. a *Lorenzen*, 28 *Yale Law Journal*, pag. 621; *Holmes, Common law* (Edic. Boston, 1938).

²⁰⁴ Sobre la posibilidad de que un determinado elemento constituya o no, según el caso concreto, la causa de la atribución, cf. lo que dice *Holmes, Common Law*, cit., p. 292 y sigs., al examinar problema análogo, en la doctrina de la *consideration*.

²⁰⁵ Constituyendo la atribución de cada parte, la causa de la atribución de la parte contraria.

²⁰⁶ Cf. sobre consideraciones análogas en lo que respecta a la doctrina inglesa de la *consideration*, a *Holmes, cit.*, p. 293.

²⁰⁷ Cf. también a *Osti verbete Contrato* en *Nuovo Digesto Italiano*, n. 24, sobre la diferencia entre lo que respecta a la asunción y lo que respecta a la ejecución de la contraprestación (entre lo sinalagmático genético y lo funcional), y sobre la imposibilidad de relacionar también la causa con la ejecución de la contraprestación, siendo necesario, en cambio, mantener la distinción entre sinalagmático genético y funcional.

²⁰⁸ Cf. a *Osti, verbete Contrato* en *Nuovo Digesto Italiano*, n. 8.

²⁰⁹ Una orientación semejante en la doctrina brasileña cf. en *Lino de Moraes Leme, Do erro de direito en materia civil*, São Paulo, pag. 115.

La doctrina de la causa (en el sentido que aquí examinamos) realmente encuentra su fundamento en la necesidad de proteger, en relación con la parte contraria, a aquel que queda gravado, por una atribución patrimonial ²¹⁰.

La función práctica de la doctrina de la causa justamente concuerda con la tutela del obligado (o del enajenante); ésta será tanto mayor, cuanto mayor sea el alcance reconocido a la causa de la atribución ²¹¹.

53.—La atribución patrimonial puede ser abstracta, y la historia jurídica nos ofrece numerosos ejemplos de esa hipótesis, ejemplos por demás conocidos para que valga la pena recordarlos.

El sistema jurídico puede reconocer la validez de la atribución patrimonial, independientemente de su causa ²¹². Esta subsiste psicológicamente, mas al apreciarse la validez de la atribución patrimonial, se prescinde de su existencia ²¹³.

²¹⁰ Indirectamente es igual para los acreedores.

²¹¹ Análogamente, la distinción entre causa y motivo se determina por un límite a la tutela del obligado (o enajenante), tutelando al acreedor (o adquirente); la importancia reconocida excepcionalmente a los motivos, vuelve a tutelar al obligado.

²¹² En estas hipótesis hay, por otro lado, un mayor rigor formal. Aquella tutela del obligado que en las atribuciones causales, se basa en la causa, deriva de la forma. Cf. más adelante, n. 58.

Por eso se nota a veces un elemento como de paralelismo (aunque es obvio que no sea posible hablar de analogía) entre atribución abstracta y donación (aunque ésta sea causal conforme a la tradición romana, lo que es suficiente para indicar la imposibilidad de cualquier analogía), pues por un lado en ésta se encuentra un particular rigor formal, y por otro lado la adquisición no se liga a ninguna contraprestación. La observación ya se encuentra en *Bartolo*, y recientemente la repitió *Messineo*.

²¹³ Quizá los ejemplos más frecuentes de esta hipótesis se encuentren en el ámbito de los actos que transfieren derechos reales en los sistemas que (como el derecho romano, y actualmente, el germánico, en contraste con el francés y el italiano) distinguen rigurosamente los actos que tienden a la constitución de los derechos de obligación y los que tienden a la transferencia de los derechos reales, rechazando que en esta segunda categoría, sea suficiente el simple consentimiento. Cf. para una referencia general a *Von Tuhr, Partie Générale du code Fédéral*, vol. I, pág. 125 y sigs. Es frecuente entonces que el acto mediante el cual se transfiera el derecho real se conciba como un acto abstracto. Cf. en relación con la *mancipatio* (considerada justamente como abstracta) y a su evolución, y a la *tradicio* (cuyo carácter abstracto, por el contrario, es muy dudoso en el derecho romano) el estudio de *Riccobono* en el vol. XXXIV (1913) de la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Rom. Abteilung.

Lo que entonces se tiene en cuenta no es sólo la protección del adquirente (contra el cual, como veremos, existen medidas equitativas), sino también la de sus acreedores y del sub-adquirente.

Hay en esta hipótesis, como acertadamente se enseña²¹⁴, una de las muchas aplicaciones de un procedimiento general del sistema jurídico: el de la simplificación analítica del presupuesto de hecho.

Una aplicación de esa simplificación nos la da la abstracción de las obligaciones.

Además, esa aplicación no es única. La limitación de lo juzgado a lo dispositivo, independientemente de los motivos de la sentencia; los límites de la importancia de los motivos que ocasionaron la ley, en la interpretación de ésta²¹⁵, son, por ejemplo, aplicaciones ulteriores de ese principio general, según el cual, por evidentes exigencias de economía jurídica, solamente se toman en cuenta algunos de los elementos de la especie jurídica considerada, al apreciarse sus efectos.

54.—Naturalmente, el sistema jurídico puede dar remedios para reparar las posibles consecuencias inicuas, de una obligación abstracta, y de este modo admitir que si el obligado demuestra la falta o la ilicitud de la causa, pueda repetir por lo que pagó en virtud de la obligación, aunque ésta sea abstracta; es lo que normalmente acontece y lo que suele indicarse en la evolución de un derecho primitivo²¹⁶ a un derecho avanzado, pues de otra manera se contraería obvias exigencias equitativas.

Es evidente que imprimiéndose ese blandamiento, la eficacia de la obligación materialmente abstracta se disminuye hasta casi coincidir con la de la obligación abstracta sólo procesalmente²¹⁷; la aproximación es aún mayor —casi se identifica— cuando se admite²¹⁸ que el derecho a la acción de repetición se pueda oponer como compensación en la acción derivada de la obligación abstracta.

²¹⁴ Por *La Lumia* siguiendo a *Messina*, Cf. también a *Messineo*, *ob. cit.*, pág. 37.

²¹⁵ Sobre el particular, cf. el voto de *Holmes* en *Frost v. California* en *Max Lerner, The mind and faith of justice Holmes*, Boston, 1943, p. 252.

²¹⁶ En que a veces, la abstracción concuerda casi con concepciones mágicas, a la vez que su justificación racional se basa en la tutela del acreedor, encontrando por eso sus límites en los límites necesarios de esta tutela.

²¹⁷ Por eso es que a veces se invoca la existencia de esos remedios, para negar por completo la abstracción.

Es así como algunos, invocando en algunas hipótesis la oponibilidad de las excepciones ex causa, niegan la abstracción de la obligación cambiaria, quedando entonces constreñidos, naturalmente, a recurrir al *deus ex machina* de una previa renuncia del deudor o a la genérica apelación a las exigencias del comercio o de la protección de la buena fe, para explicar después la inoponibilidad de las excepciones en general.

²¹⁸ Como generalmente se confirma en la doctrina cambiaria italiana, después del estudio clásico de *Arcangeli, Rivista di diritto commerciale*, 1910, v. por ejemplo, a *Messineo*, *ob. cit.*, pág. 46.

La diferencia se revela un tanto profunda, cuando se consideran las relaciones con terceros ²¹⁹; justamente veremos en el examen de la oportunitad en los títulos de crédito de las excepciones al tercero poseedor, la significación y el valor de la abstracción material de la cambiaria.

55.—Los dos conceptos de causa que venimos examinando —causa del negocio y causa de la atribución patrimonial— no coinciden ²²⁰.

En efecto, el campo de su aplicación es distinto, porque puede hablarse de abstracción y de causalidad hasta con referencia a negocios jurídicos que no implican atribución patrimonial y respecto de los cuales no se podría hablar de abstracción o causalidad de la atribución patrimonial.

En verdad, no es difícil encontrar un concepto que corresponda al de la causa del negocio hasta fuera del ámbito de los negocios jurídicos.

La especie típica de los diversos delitos corresponde, quizá, en su función individualizadora de los diversos crímenes ²²¹ a la causa típica de los diversos negocios jurídicos.

56.—Más interesante para nuestro estudio es llamar la atención sobre otro fenómeno, tal vez hasta hoy descuidado por nuestra doctrina.

Un negocio aparentemente causal puede dar lugar a atribuciones patrimoniales abstractas; puede, de este modo, constituir un negocio实质mente abstracto, aunque perteneciendo en apariencia a determinado tipo causal y quedando disciplinado por las normas que derivan de la causa a la que aparenta corresponder, mas de cuya existencia efectiva prescinde el sistema jurídico.

Al examinarse la validez de la atribución patrimonial, se prescinde de la existencia de su causa, pero como tal atribución aparenta encontrar su fuente en un negocio típico, su disciplina jurídica será la derivada de la causa de ese negocio, y no una disciplina autónoma.

Así es como al lado de los negocios abstractos provistos de disciplina autónoma, encontramos negocios abstractos que adoptan la disciplina propia de un negocio causal, a través de la referencia a la causa de éste;

²¹⁹ En efecto, la acción de nulidad de una atribución causal, por falta de causa, es, en principio, *in rem scripta*; los remedios equitativos en las atribuciones abstractas, en general se dan *in personam* e históricamente se pueden relacionar con la doctrina romana de las *conditions*. Como ya observamos, las atribuciones abstractas son fréquentes en la transmisión de los derechos reales, o sea en la circulación de las cosas.

²²⁰ Cf. antes n. 52.

²²¹ Sobre este punto, se puede consultar el estudio de *Beling* en la *Festschrift für Frank*. Cf. los estudios muy conocidos de *Carnelutti* (*Teoría generale del reato; Danno e reato*) tratando de construir una teoría general del acto jurídico que también comprenda al acto ilícito y al delito.

al lado de las atribuciones patrimoniales abstractas, con disciplina autónoma, encontramos atribuciones patrimoniales abstractas, esto es, independientes de la existencia y de la validez de la causa, pero reguladas de acuerdo con la causa aducida ²²².

57.—Es principio inconcuso, consagrado en el artículo 1119 del código civil, el que declara que no hay obligación válida sin causa válida ²²³.

La sanción legislativa del principio de la causalidad de todos los contratos y de todas las atribuciones patrimoniales es el principio que se desenvolvió en el derecho común, paso a paso con la protección del pacto nulo ²²⁴.

Habiéndose afirmado con los glosadores, el principio se acentúa en el derecho mercantil, entre los canonistas, entre los ultramontanos, y se impone en el derecho común pasando al derecho moderno. Mas el principio general de la causalidad de los negocios jurídicos y de las atribuciones patrimoniales no excluye la posibilidad de que se reconozcan, en la unidad del sistema, negocios abstractos y atribuciones patrimoniales, abstractas.

²²² El mérito de haber llamado la atención sobre esta hipótesis le pertenece a Brüt, *Abstrakte Forderung*, 1908.

La historia del derecho ofrece numerosísimos ejemplos de esta posibilidad, que constituye con frecuencia uno de los momentos de la transformación de un negocio concreto en abstracto. Cf. especialmente a Rabel, *Nachgeformte Rechtsges schäfte* en la revista de *Savigny-Stiftung*, Rom. Abt., vol. 27 y 28; a Kübler, idem, vol. 29 y antes Ihering en el *Espritu del derecho romano*, parr. 52.

En especial el estudio del derecho egipcio-griego, ofrece muchos ejemplos de esa hipótesis en los mutuos aparentes, que en realidad constituyen promesas abstractas. Cf. Arangio-Ruiz, *Il sistema contrattuale dei papiri*, Milán, Universidad Católica.

Son evidentes las razones que concurren para que las partes adopten para sus propias promesas, el esquema del mutuo. Cf. n. 22, y más adelante n. 141.

²²³ Ya indicamos que el código civil brasileño se afilia a la doctrina anti-causalista (cf. n. 52); la "causa" sólo se menciona en el art. 90 de ese código, en relación con el error.

El hecho de no presentar en la causa un elemento autónomo, pero identificándola como el objeto o el consentimiento, no perjudica la posibilidad de distinguir entre actos abstractos y causales, conforme *mutatis mutandis* a los criterios expuestos en las páginas que preceden; realmente es lo que pasa en la doctrina cambiaria brasileña.

También en el derecho brasileño, sobre la importancia del concepto de causa, cf. a Lino de Moraes Leme, ob. cit., p. 117.

²²⁴ Cf. la obra cit. de Karsten; la introducción histórica de Capitant a su volumen sobre la causa; las investigaciones sobre la resolución de los contratos, de Boyer; los estudios de Riccobono, en los vols. 35 (pág. 221) y 43 (pág. 362) de la Rom. Abt. de la revista de *Savigny-Stiftung*, y el volumen de Seuffert, *Zur Lehre der obligatorischen Verträge*, 1881.

Ese principio consagrado en los arts. 1119-1122 en efecto excluye que las partes puedan concluir libremente negocios abstractos, independientemente del renocimiento legislativo del negocio adoptado —al contrario de lo que pasa con los negocios causales—; pero no excluye que en determinados casos, el sistema jurídico pueda reconocer la existencia de negocios abstractos y consagrar la validez de una atribución patrimonial, hasta con independencia de su causa ²²⁵.

²²⁵ Esa es la doctrina dominante. Cf. a *La Lumia, L'obbligazione cambiaria*, cit. pág. 52, con amplias referencias bibliográficas. La categoría de los negocios abstractos comprende solamente aquellos que como tales se encuentran disciplinados por el derecho. Véase más adelante el n. 278.

TITULOS ABSTRACTOS.—ALCANCE DE LA ABSTRACCION

SUMARIO:—58.—La abstracción de la obligación cambiaria. 59.—En el derecho italiano. 60.—Continuación. 61.—Crítica de la teoría de la delegación. 62.—Continuación. 63.—Conclusión. 64.—Crítica de la teoría dualista. 65.—Protección de la buena fe. 66.—Causa de la obligación cambiaria. 67.—Convención ejecutiva. 68.—Su función. 69.—Concurrencia de acciones. 70.—Diversas hipótesis. 71.—Pluralidad de las obligaciones cambiarias. 72.—Excepciones causales y literalidad. 73.—Pluralidad de deudores cambiarios.

58.—La abstracción de la obligación cambiaria ²²⁶ se fue afirmando lenta, pero seguramente.

En forma correlativa, se fue acentuando el rigor formal de la cambial, en el doble sentido de la fijación, por el legislador, de las menciones que “debe” y de las que “puede” contener, esto es, se determinaron no sólo las menciones que la cambial debe contener para su validez, sino también las que pueden adquirir eficacia cambiaria, a través de su mención en ella ²²⁷.

El rigor formal encuentra su máxima expresión en la necesidad de la denominación “cambial”, que los sistemas alemán e italiano ²²⁸, así como el

²²⁶ Al hablar en las páginas siguientes de “cambial” y de “obligación cambiaria”, me refiero tanto a la letra de cambio como al pagaré.

²²⁷ En efecto, es obvio que la discrecionalidad de las partes sobre las cláusulas que pueden adquirir eficacia cartular, es menor en los títulos abstractos que en los causales; menor en los títulos cambiarios que en los demás títulos, precisamente en vista de la abstracción de la cambial y de su independencia.

²²⁸ Ese principio es extraño al sistema francés anterior a la Convención de Ginebra. En cambio, el requisito de la denominación se exige por la ley brasileña; no así en el código argentino (art. 599).

Además, es principio constante y constantemente confirmado en la historia del derecho, el del mayor rigor formal en la medida en que se acentúa la abstracción, y el de su atenuación cuando la abstracción se disminuye o abandona. En ese sentido es típica la *stipulatio* romana en su desenvolvimiento del derecho clásico al de Justiniano (cf. los conocidos estudios de Riccobono en los vols. 35 y 43 de la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Rom. Abt.); el menor rigor formal acompaña paso a paso el abandono del carácter abstracto. Esta evolución continúa en el derecho intermedio (cf. el volumen citado de Karsten, *Die Lehre vom obl. Verträge* etc., cit., Rostock

de la Convención de Ginebra, incluyen entre los requisitos esenciales del título.

La introducción del endoso; la difusión de la cambial como instrumento de crédito, con independencia de un contrato de cambio; la multiplicación de las cláusulas que se referían a un "valor recibido" en mercancías ²²⁹ y el abandono en la práctica ²³⁰ del requisito de la *distantia loci*, condujeron a *Eineccio* a sostener la literalidad y la abstracción de la cambial; el principio de la abstracción se volvió a tomar y a elaborar en el siglo concluido por *Einert, Liebe y Thoel*, y fue recibiendo adhesiones cada vez más numerosas ²³¹.

1888); por otra parte, el principio de la accionabilidad del pacto nulo, esto es, la eficacia obligatoria del contrato, independientemente de los requisitos de forma, se afirma en el derecho intermedio, en forma paralela con la exigencia de una causa válida. Es típica en este aspecto la posición de *Azone*, que al discriminar los pactos que producen efectos jurídicos menciona alternativamente como requisitos necesarios para la eficacia del pacto tanto la forma como la causa.

Es frecuente el uso del término "formal" como sinónimo de "abstracto", tanto en Italia y en Francia, como en Alemania, a pesar de que es claro lo inoportuno de esta terminología en vista de la importancia de los negocios, que aunque formales no son abstractos.

En el mismo sentido, muchos conciben las obligaciones abstractas como obligaciones cuya causa se encuentra insita en la forma de la propia obligación.

A su vez en el derecho inglés (cf. el estudio citado de *Lorenzen*) la doctrina de la "consideration" no es aplicable al contrato formal (deed).

²²⁹ Sobre la letra de cambio se debe recordar que ante todo se relaciona, en la práctica actual, con la movilización del crédito del vendedor de mercancías a plazo, en una venta mercantil.

La letra de cambio hace posible al vendedor la movilización de su crédito, por medio del descuento, o de la utilización de aquélla para la satisfacción de sus propios compromisos; de este modo la puede transmitir al que a su vez suministró la mercancía al vendedor, y así sucesivamente, en un orden inverso al de las transmisiones de la mercancía. Por tanto, en ambas hipótesis hace posible la conciliación de la financiación de la operación comercial por el comprador con el plazo otorgado a éste respecto del pago.

Distinta es la situación en el comercio interno brasileño, en vista de la especial institución de la "duplicata"; cf. n. 130 y n. 321.

²³⁰ También por medio de la utilización del regiro.

* Cf. a *Grünhut, Wechselrecht*, pág. 243.

El carácter de título de crédito en la cambial se vinculó a su transformación de documento del contrato de cambio, y de medio de pago en medio de movilización de crédito.

Se ha reconocido que la cambial es independiente del contrato de cambio y de la *distantia loci*, y que puede estar ligada a distintas relaciones fundamentales.

Este principio caracteriza tanto al sistema germánico de la ordenanza de 1848, cuanto al inglés, por lo que es peculiar a todos los derechos inspirados en estos

Recordemos que, al final, las distintas concepciones en materia de títulos de crédito y de cambial, se vinculan con la función de la institución; la concepción "probatoria" de la cambial o la afirmación de la causalidad²³², también al final conducen a una mayor tutela del deudor, y por eso hasta resulta natural que no prevalezca la función de la cambial como instrumento de circulación; la distinción entre negocio cambiario y relación fundamental, su literalidad y abstracción, por el contrario conducen a la tutela del acreedor y por eso resulta natural cuando en la práctica de los negocios prevalece la función de la cambial como instrumento de movilización y circulación de los créditos, junto con el desarrollo de un sistema bancario y de descuento²³³.

sistemas, la conexión de la cambial con el contrato de cambio (la *permutatio pecuniae* a los autores del derecho intermedio) quedó en la significación gramatical de las palabras "cambial" y "letra de cambio" que recuerdan que en su origen histórico la cambial ha sido el documento de un contrato de cambio.

No deja de haber abstracción ni en la cambial hipotecaria, ni en la cambial para la exportación, regulada por la ley n. 361, de 9 de abril de 1931, o en la cambial con cesión de la provisión, regulada por la ley de 15 de enero de 1934 n. 48.

La primera se caracteriza por la existencia de un convenio especial para la constitución de la garantía hipotecaria, pero ésta puede ser el resultado de un convenio libre entre las partes, puede también constituirse por un crédito abstracto, y, en consecuencia, no pueden aducirse, contra la abstracción de la cambial hipotecaria, las consideraciones expuestas acerca de la cambial agrícola (v. n. 126).

La segunda se caracteriza por la existencia de una declaración especial para la cesión de la provisión, pero también de cualquier modo, puede resultar de un convenio libre entre las partes; no obstante a la abstracción del derecho cambiario, ni ésta desaparece por la mención de la relación de provisión en el título, porque esa mención justamente se refiere a la cesión de la provisión y no se destina a subordinar la obligación cambiaria del girador a la existencia de una causa, que cuando mucho se constituiría por la relación de valor recibido.

Por un lado nótese que también cuando se exige la provisión (como en el sistema francés; art. 156 cod. com. franc.), lo que se exige es la existencia de la provisión, no de una provisión derivada de una relación fundamental determinada; por otro lado, la falta de la provisión no perjudica la validez de las obligaciones cambiarias —lo mismo la del aceptante que encontraría en la provisión su propia causa— que se refieren sólo a la regularidad y no a la validez del título (cf. N° 93).

A la vez que la existencia de la provisión, en su origen histórico, se relacionó con la validez del título (cf. *Lescot*, vol. I. p. 152), y por tanto, debilitada la tutela del portador, actualmente se relaciona con la regularidad del título, y por eso el portador alcanza una tutela mayor (cf. art. 156, cod. com. franc.). El origen histórico de la institución puede explicar por qué de ella deriva cierta resistencia a la orientación favorable de la abstracción cambiaria; su sucesivo desarrollo, y su función actual, concuerdan con la tutela del portador, que precisamente persigue la teoría de la abstracción.

²³² Cf. n. 59.

²³³ Debe tenerse presente que la actual función económica de la cambial, ante

Las críticas que a veces se hacen a la abstracción cambiaria, recordando el proceso general de los derechos modernos en el sentido de la causalidad y del abandono del formalismo, tienen un carácter apriorístico y olvidan la función económica de las instituciones jurídicas.

Efectivamente, se olvida que la causalidad y la abstracción, tienen una función económica, que en resumen se puede indicar respectivamente con la tutela del deudor y la del acreedor.

Las exigencias de la circulación se relacionan con la tutela del acreedor; esto precisamente porque en vista de la circulación, el "acreedor" que se debe tener en cuenta, no es aquel que tuvo una relación inmediata con el deudor, sino el tercero acreedor.

Por tanto, no debe extrañar que se recurra al concepto de la abstracción considerando la posición del tercero portador, y tampoco debe extrañar el alcance de este concepto, cuando se pasó a considerar la institución, esencialmente desde el punto de vista del tercero portador, con la natural consecuencia de que la cambiaria en su evolución histórica esencialmente haya pasado a constituir un instrumento de movilización de crédito ²³⁴.

Por eso el principio de la abstracción cambiaria sólo se impone lenta y cautelosamente; caracterizada por aquel que suele llamarse tercer período de la historia de la cambiaria (en contraposición al primer período en que la cambiaria tan sólo era instrumento de pago, y al segundo período llamado francés), y que aunque con distinto tecnicismo, casi simultáneamente se adoptó en la mitad del siglo XIX por las leyes cambiarias inglesas y alemanas.

Sin embargo, esta orientación simultánea e incompleta, no fue aceptada en la interpretación jurídica francesa, aunque también en ese sistema jurídico, la evolución sea en el sentido de la abstracción de la obligación. La ley de 7 de junio de 1894 suprimió en Francia el requisito de la *distantia loci*, que caracterizaba a la letra de cambio en el código de comercio de Napoleón. La ley de 1922, eliminando la necesidad de la mención del valor recibido, venció un obstáculo, aunque formal, para el reconocimiento

todo se vincula con la movilización del crédito respectivo; el descuento o la caución de la cambiaria, en efecto constituyen el fenómeno normal y que no se debe olvidar por quien quiera entender la función económica de la institución.

²³⁴ Efectivamente, veremos que en el comienzo de la doctrina, se sostuvo el concepto de la abstracción, tan sólo en los línderos del tercero portador, considerando, por el contrario, como causal el negocio, para el tomador inmediato; sucesivamente se pasó a considerar la obligación cambiaria como abstracta, aunque se mantuvo la oponibilidad de las excepciones *ex causa* en relación con el tomador inmediato.

de la abstracción de la obligación cambiaria ²³⁵; la reciente introducción en el sistema francés de la convención de Ginebra, le proporcionó nuevos principios fundamentales, lo que no podrá dejar de influir sobre la doctrina ²³⁶.

59.—Esta es la teoría que también juzgo más razonable en nuestro derecho ²³⁷.

Los autores que escribieron bajo el imperio del código de comercio, acostumbraban basar esa teoría en el art. 324 de dicho código, pues éste determinaba que el deudor solamente podía oponer "las excepciones relativas a la forma del título o a la falta de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción y las excepciones personales del que la ejercita". De la misma redacción del artículo, derivaba que las excepciones causales eran extrañas a la cambiaria, pudiendo oponerse solamente como personales respecto de aquel que en el caso concreto ejercitaba la acción ²³⁸.

El art. 21 (17 de la convención de Ginebra) en realidad tiene una redacción más genérica ²³⁹, porque se limita a consagrar la inoponibilidad

²³⁵ La mención de "valor recibido" actualmente no constituye un requisito de la cambiaria, ni en el sistema de la Convención de Ginebra, ni en el sistema anglo-norteamericano (Cf. sec. 6 N. I. L., y a *Daniel*, § 124), ni en el ruso (art. 2 de la ley soviética de 1922). Cf. al respecto la desaparición progresiva de este requisito, en *Lescot*, vol. I, página 353.

²³⁶ Esa doctrina, como se recuerda, en sus manifestaciones más modernas, adoptó con *Capitant*, *Lacour*, *Bouteron*, *Esméain*, *Lescot*, una posición correspondiente a la que en Italia siguió *Vivante*, y que más adelante criticaremos.

No se debe olvidar la influencia que ejerce en forma inevitable sobre la doctrina francesa, la teoría de la provisión, que indiscutiblemente atenúa la visión de autonomía y de la abstracción del derecho cambiario. Cf. ns. 54, 57 y 414.

²³⁷ En el derecho brasileño, v. a *Saravia*, ob. cit., pág. 102; a *M. Torres*, pág. 511; a *Whitaker*, pág. 30.

²³⁸ Redacción correspondiente a la del art. 324 del cod. de com. italiano, y a la del art. 51 de la ley cambiaria brasileña, orientada por los conceptos recientemente aceptados por la convención internacional. En igual sentido está la nueva ley mexicana sobre títulos de crédito.

Se puede notar que la redacción del art. 324, *de por sí*, no resuelve el problema de la abstracción. Efectivamente, veremos que también en los títulos de crédito las excepciones que se vinculan con la propia declaración cartular, son oponibles al tercero que las ignore (y por tanto, en los títulos causales, las excepciones causales: cf. n. 246). Para que el derecho sea abstracto se necesita que la causa derive de un convenio extracartular, siendo entonces inoponibles al tercero, las excepciones causales, siempre que al adquirir el título no haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor. Esta es la última consecuencia que se une con la abstracción (cf. ns. 25, 84 y 246) y que resalta del artículo 21 de la ley cambiaria (17 de la convención). (Cf. n. 60).

²³⁹ Esa redacción encuentra un precedente en el art. 87 de la ordenanza de cambio germánica.

de las excepciones basadas en las relaciones personales del deudor con el girador y con los anteriores portadores, no existiendo, ni prejuzgando su redacción literal el problema de carácter "personal" o impersonal de las excepciones causales²⁴⁰.

La redacción del art. 324, enumerando taxativamente las excepciones oponibles (sin indicar las causales), era en este aspecto, por lo menos en apariencia, más restrictiva que la del art. 21, que, por el contrario, se limita a indicar las excepciones inoponibles²⁴¹.

Todavía se justifica suponer que la convención de Ginebra, y la ley interna que se decretó para su ejecución, no hayan pretendido innovar en ese sentido el derecho anterior y presupongan, por tanto, que en la cambiaria las excepciones causales se basan en relaciones personales, quedando por esto sujetas a la disciplina consignada en el art. 21²⁴² en cuanto a las excepciones que se basan en relaciones personales²⁴³.

Confirman el rigor formal cambiario, que por cierto es distinto de la abstracción, pero que se liga a ésta, política y prácticamente²⁴⁴.

²⁴⁰ El art. 21 (17 de la Convención de Ginebra) determina: "La persona contra la cual se ejercite la acción cambiaria, no puede oponer al portador excepciones basadas en sus relaciones personales con el girador o con los portadores anteriores, a menos que el portador, al adquirir la cambiaria, haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor".

²⁴¹ Por otro lado, este artículo aclara que las excepciones que se basan en relaciones personales, se pueden oponer al tercero, siempre que al adquirir el título haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor. Esta consecuencia concuerda precisamente con el carácter extracartular de estas excepciones, y por tanto, con la abstracción cambiaria, admitiendo que se basen las excepciones causales en relaciones personales.

²⁴² Tanto más cuanto que éste tiene su fuente en el art. 87 de la ordenanza de cambio germánica, en la que la doctrina veía consagrada la abstracción cambiaria.

²⁴³ También en este aspecto cf., n. 60.

²⁴⁴ La Convención de Ginebra consagró de hecho el carácter esencial de la denominación de cambiaria entre los requisitos del título, de conformidad con los precedentes alemanes e italianos y en contraste con los principios franceses y anglosajones. En igual sentido que la convención, v. art. 2 de la ley cambiaria rusa, de 1922.

El concepto "técnico" de la abstracción es ajeno al derecho anglosajón, pero la reglamentación práctica de ese sistema llega a resultados similares a los de la Convención de Ginebra. En él se reconoce en la cambiaria un documento constitutivo, pero se concibe que la validez de la obligación está subordinada a una *valuable consideration*; la existencia de ésta se presume, y su falta no puede oponerse al *holder in due course*. El *holder in due course*, a su vez, como tendremos oportunidad de volverlo a recordar, es el que haya adquirido la cambiaria de buena fe, antes del vencimiento y con base en una *valuable consideration*. Cf. la sec. 24, 25, 26, 52 y 59 N. I. L., y a Daniel, ob. cit., 176 y sig.; 181 y sig.; 882 y sig.

El concepto de *consideration* no tiene una traducción exacta a términos con-

Quizá ahí resida la explicación del hecho de que los más recientes autores, que se han ocupado del estudio de la Convención de Ginebra, consideren que la abstracción de la cambiaria es más presunta, que demostrada²⁴⁵.

tinentales; a mi modo de ver, se debe relacionar con el de "causa de las atribuciones patrimoniales" y no con el de "causa del negocio o del contrato" de la doctrina de la Europa continental. Para un examen comparativo, cf. a Lorenzen, *causa and consideration*, 28 Yale Law Journal, pág. 621 y Holmes, *Common Law* Ed. Boston, 1938, p. 253 y p. 286. También Cf. los § 75 y siguientes del *Restatement of the law of contracts* de American Law Institute: aquí se revela la relación del concepto de *consideration* (definido como "the price bargained for and paid for a promise") con el de "contraprestación" de los derechos románicos.

La teoría tradicional del contrato de cambio, parece vincularse al código argentino (art. 589 y sigs.). En él la disciplina de la cambiaria es conexa con la del contrato de cambio; la denominación de cambiaria no se excluye entre los requisitos del título (art. 589); la circulación del título con las normas cambiarias depende de la presencia de la cláusula a la orden (Art. 600); el endoso exige la mención del valor recibido o pactado a cuenta (Ar. 626). Sin embargo, en su alcance práctico la disciplina cambiaria argentina, en substancia no es diversa de la de la Convención de Ginebra. V. a Mauricio L. Yordarola, Oscar Zoeffere Silva y a Pedro E. Torres, *El derecho cambiario argentino y la legislación uniforme*, Instituto argentino de estudios legislativos, Buenos Aires, 1940.

²⁴⁵ Es lo que se habla en los tratados de Valeri, Mossa, Angeloni, Bracco y otros.

En el sistema italiano la cambiaria es título ejecutivo y también esa circunstancia explica por qué en Italia, más que en otras partes, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan a reconocer la abstracción cambiaria. Véase la jurisprudencia de la Suprema Corte, de 22 de marzo de 1934, *Foro It.*, 1934, I, pág. 743; 23 de noviembre de 1934, *Foro It.*, 1935, I, 17.

La ejecutividad de la cambiaria constituye una peculiaridad del derecho italiano; cf. n. 269.

Efectivamente, en Italia la cambiaria permite obtener una ejecución completa sin necesidad de examinar o verificar judicialmente la existencia del derecho del ejecutante o del fundamento de la demanda de ejecución.

En el derecho brasileño subsiste esa posibilidad sólo en la ejecución de la sentencia condenatoria. En el caso de los títulos cambiarios, lo mismo que en los demás casos disciplinados por el art. 298 del cód. proccs. civil bras., el derecho brasileño admite el embargo inmediato (al contrario de lo que acontece cuando no existe título ejecutivo), mas éste tiene una función tutelar, y la obtención de una ejecución completa queda sujeta a que se dicte una sentencia en la que, juzgando de ese embargo, se valorice el derecho del ejecutante en un procedimiento ordinario (Art. 301).

En este aspecto, cf. las notas de Liebman en Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, 1942, vol. I, p. 345 y p. 426. Conforme a la terminología de este autor, con "ejecutividad" indicamos la situación peculiar del derecho italiano.

La observación anterior, acerca del carácter genérico de la formulación del art. 21, explica por qué la doctrina francesa más reciente no reconoce una profunda divergencia de directriz entre la orientación de la convención de Ginebra y la que anteriormente siguió la legislación francesa.²⁴⁶

60.—En realidad, prescindiéndose de los indicios arriba indicados y de otros que se podrá encontrar en la ley cambiaria²⁴⁷, es fácil acentuar, desde luego, que el título cambiario no sólo no menciona la causa²⁴⁸, sino que también puede, en un caso concreto, por un lado resultar de relaciones fundamentales distintas (venta, mutuo, etc.), y, por otro, satisfacer la diversidad de funciones peculiares de los negocios abstractos (de garantía, pago, etc.).

El negocio se relaciona con la posibilidad de satisfacer distintas funciones²⁴⁹; la asunción de la obligación se vincula con distintas relaciones fundamentales en cada caso²⁵⁰ y con sus distintas funciones²⁵¹ en cada caso concreto, en cuanto a la relación fundamental.

Tanto la emisión, cuanto la circulación, o la aceptación (en la letra) de la cambial, pueden satisfacer distintas funciones en los diversos casos; en la relación fundamental²⁵², coexistir con distintas relaciones fundamentales²⁵³.

²⁴⁶ La fórmula del art. 21 se aproxima más que a la del artículo anterior 324, a la del artículo 1278 en materia de delegación (y volveremos más adelante sobre este punto), y es conocido que la doctrina francesa, siguiendo a la teoría de Thaller, recurre a la teoría de la delegación en la explicación de los títulos de crédito, y particularmente de la cambiaria.

²⁴⁷ Por ejemplo, los arts. 66 y 67 (extraños a la convención de Ginebra), en los cuales en oposición a la acción cambiaria, se habla de una acción "causal".

²⁴⁸ Cf. el n. 50, sobre lo innecesario de la mención del valor recibido.

Por tanto, la cambial se presenta como una *cautio indiscreta*, lo que es exacto para todas las obligaciones cambiarias.

Este principio pone en evidencia la abstracción procesal (cf. n. 46) de la cambiaria.

²⁴⁹ Por ejemplo, tanto de crédito, cuanto de pago (piénsese en vía de ejemplo en la letra de cambio a la vista). Cf. ns. 93 y 276.

²⁵⁰ Por ejemplo: compra-venta, mutuo, etc.

²⁵¹ Por ejemplo: *pro solvendo* o *pro soluto*.

²⁵² De este modo se pone en evidencia la abstracción material (cf. n. 49) de la cambiaria. También esta abstracción es para todos los negocios y todas las obligaciones cambiarias.

²⁵³ A la diversidad de relaciones fundamentales, a las cuales se puede referir el negocio cambiario, se une la distinción económica entre cambiales comerciales (que se basan en una compraventa mercantil de mercancías) y cambiales financieras (basadas en una operación financiera).

Al definir como "personales" las excepciones basadas en las relaciones del deudor con el girador y con los portadores anteriores²⁵⁴ respecto del que ejercita la acción, el art. 21 (17 de la convención cambiaria), evidentemente no hace referencia tan sólo a relaciones ocasionales o eventuales que puedan intervenir entre el deudor cambiario y el girador o los portadores anteriores, sino a las relaciones mismas, que típica y constantemente intervienen entre ellos.

Esas relaciones precisamente son, por un lado (esto es, si el deudor es el aceptante), la relación de provisión²⁵⁵; y por otro (esto es, si el deudor es un emisor de pagaré, o un endosante o el propio girador obligado en vía de regreso), la relación del valor recibido²⁵⁶. Son las excepciones derivadas de esas relaciones, las que el art. 21 declara personales e inoponibles al portador "en las que no haya participado"²⁵⁷, esto es, pertenecientes a un elemento extra-cartular.

Las primeras tratan de facilitar la movilización de su crédito contra el comprador; su plazo es relativamente corto (por ej.: tres meses) y está en relación con el plazo otorgado al comprador para el pago de la mercancía; económica mente tiene como base una operación de compra-venta mercantil cuyos riesgos normales son relativamente pequeños.

Las segundas se vinculan con una operación de financiación, que persigue la constitución o el desarrollo de la empresa del deudor, y que por tanto está sujeta a los riesgos peculiares de este tipo de financiación, necesariamente a largo plazo.

Las primeras constituyen el objeto natural de la operación bancaria de descuento, que, en cambio, ofrece menor seguridad en relación con las segundas.

Es en las segundas en las que con frecuencia la pluralidad eventual de las firmas cambiarias deriva de firmas de complacencia (cf. n. 86), y por otro lado, con frecuencia hay garantías accesorias del derecho cambiario (cf. n. 182 y n. 183).

²⁵⁴ Recuerdo para mayor claridad, que la relación entre girador y girado se acostumbra llamar de "provisión"; aquélla entre el deudor cambiario y el tomador inmediato (o en general, el acreedor en la relación fundamental en virtud de la cual la obligación se asumió) se llama de valor recibido (entre girador y tomador; endosante y endosatario, etc.). La terminología en general se adopta en toda la teoría de los títulos de crédito y encuentra concordancia en análoga terminología en materia de delegación; cf. lo mismo en el n. 34.

²⁵⁵ Es la que interviene entre girador y girado y en virtud de la cual el girado acepta la cambial.

²⁵⁶ Es la relación en virtud de la cual el girador entregó la cambial; el emisor emitió el pagaré; el endosante endosó la cambial.

²⁵⁷ De momento prescindimos de la hipótesis de la *exceptio doli generalis*, porque ésta, en su concepción, evidentemente trata de atenuar las consecuencias, demasiado rígidas, derivadas del principio consagrado en el art. 21. La *exceptio doli*, recordamos, se consagra en la última parte del art. 21, afirmando "a menos que éste (esto es, el portador), al adquirir la cambial no haya obrado a sabiendas, en perjuicio del deudor", lo que confirma la atenuante trazada al principio del art. 21.

Eso equivale a sancionar la abstracción de la atribución cambiaria, porque si no fuese abstracta, encontraría su causa mediata o inmediatamente²⁵⁸, en la relación de provisión o en la de valor recibido.

El carácter abstracto de la obligación cambiaria a su vez se manifiesta en el principio consagrado expresamente en la convención de Ginebra, de la imposibilidad de someter a condición, a las obligaciones cambiarias²⁵⁹.

61.—Pero a este respecto surge un problema cuya distinta solución constituye, en substancia, el "punctum divisionis" de la doctrina dominante en Italia y de la tradicional en Francia.

La abstracción de la obligación cambiaria apenas podría considerarse como un reflejo de la circulación, y encontrar una explicación conveniente en la institución de la delegación. El deudor que aceptó la delegación, dice el artículo 1278, no puede oponer al acreedor delegatario las excepciones que podría oponer al acreedor delegante. En materia cambiaria, podría decirse que la obligación se asume en relación con el delegatario (de este modo la aceptación en relación con el portador del título, como delegatario del girador) o se hace valer, antes que por el acreedor originario, por un tercero delegatario del primero (a través de los endosos, en los cuales se consubstancian delegaciones sucesivas). En este aspecto, el deudor no podría invocar las excepciones, porque por el mismo hecho de firmar un título de crédito, previamente habría convenido y aceptado la delegación sucesiva a través de una serie de endosos.

²⁵⁸ Remito al lector a lo que escribí a propósito de los títulos causales.

²⁵⁹ Cf. en la ley italiana los arts. 12, 16 y 31. Este último artículo (cf. art. 11 del D. 2044 del derecho brasileño) especifica que la aceptación se puede limitar; que se le pueden poner modificaciones (considerándose, en este caso, rehusada la aceptación, pero el girado continúa obligado dentro de los límites de su aceptación), pero no puede ser condicionada (cf. a Valeri, vol. II, pág. 170). En el caso del endoso (art. 16) la condición, por el contrario, *vitiatur sed non vitiat*, pues de otra manera se interrumpiría la serie de endosos. El principio de la incondicionalidad se encuentra ya en el derecho inglés: art. 3 B.E.A. Por tanto, en el derecho inglés se admite en la cambial la posibilidad de que tenga vencimiento incierto, aunque determinable (cf. a Smith-Gutteridge, *Mercantile Law*, ed. 1924, pág. 230; a Daniel, *ob. cit.*, § 42; sec. I, N. I. L.).

La incondicionalidad de las obligaciones, no se refiere solamente a la imposibilidad de sujetarlas a condiciones, en el sentido técnico del término, sino principalmente a la imposibilidad de subordinarlas al cumplimiento de una prestación. Cf. más adelante, ns. 228 y 261.

Especialmente esa es la consecuencia que se coordina con el carácter abstracto de la obligación cambiaria.

Esa teoría, aunque ahora descuidada en Italia, es innegable que es sugestiva y muy generalizada en Francia ²⁶⁰.

Se cae en una doble consideración, que tendremos oportunidad de desarrollar más adelante, al tratar de la constitución y de la titularidad del derecho cartular:

1º—la declaración cartular, como veremos, se dirige a persona indeterminada ²⁶¹, (esto es, a cualquier persona que sea el legítimo portador del título), lo que excluye la posibilidad de recurrirse a una delegación (porque ésta presupondría, en cambio, dirigir la declaración a una persona determinada, presupuesto de la delegación sucesiva);

2º—el titular del derecho cartular es tal, aunque no lo sea su antecesor. El artículo 20 de la ley cambiaria específica, de hecho, que es titular del derecho cambiario, el portador que haya adquirido el título *a non domino* sin incurrir en mala fe o culpa grave. También por eso contrariaría la doctrina de la delegación, que no puede explicar por qué el derecho del pretendido delegatario existe a pesar de la inexistencia de la delegación ²⁶²

62.—En realidad ²⁶³, como se observa con frecuencia, la teoría de la

²⁶⁰ Cf. especialmente a Thaller en *Annales de droit commercial*, 1906.

²⁶¹ Bigiavi, en *Rivista di diritto commerciale*, 1937, I, pág. 113 es quien insiste en esos puntos, aunque equivocadamente (cf. a *La Lumia*, ob. 1. cit.) entiende que ese principio se ha introducido con la nueva ley cambiaria, en contraste con el código de comercio.

²⁶² Esta norma también es propia del sistema cambiario brasileño (arts. 36 y 39 del Dec. 2044, de 31 de diciembre de 1908), aunque en general, éste no haya aceptado en cuanto a las cosas muebles en general, el principio "possession de bonne foi vaut titre". Como veremos, esta norma no era peculiar en el sistema francés tradicional, lo que explica el apego de aquella doctrina a la teoría de la delegación. Respecto de los títulos al portador, v. adelante, n. 174.

²⁶³ La teoría de la delegación se adoptó por Thaller en relación con los títulos cambiarios y principalmente para el giro cambiario; como se puede comprobar fácilmente en la doctrina francesa sobre este punto, sus propios partidarios no la aplican a los títulos al portador. Por esta sola circunstancia, ha sido motivo de crítica, puesto que, como se ha observado, no es posible recurrir a una naturaleza distinta de la declaración cartular por el simple hecho de la diferente ley de circulación del título.

La teoría de la delegación lo mismo parece difícilmente concebible en cuanto a los títulos de participación (acciones de sociedades comerciales), ni proporciona una explicación del distinto régimen positivo de los títulos abstractos y de los causales.

Además, implica una igualdad en el régimen de todas las excepciones (tanto las causales, cuanto las que, como el dolo o el error, se atienden a las manifestaciones de voluntad del suscriptor), lo que es prácticamente incongruente.

delegación cae en un error de perspectiva, porque considera a la circulación del título solamente como un accidente del que derivan ciertas consecuencias, olvidando, sin embargo, que el título ahora se destina típicamente a la circulación, en la que encuentra su justificación económica, de manera que la naturaleza de la declaración cartular debe ser tal cual se revela a los terceros.

En verdad, esa teoría representa la reacción natural de la conciencia jurídica, frente a la posición del girador de una cambial y de la institución del endoso. De allí la tendencia a concebir el régimen de las excepciones, en función, por así decir, del endoso. A la vez que la posición del deudor cambiario, frente al adquirente inmediato, se concibe como la posición normal; la del deudor frente al tercero se concibe como accidental²⁶⁴. Por eso es natural, por un lado, que esa teoría en materia cambiaria fascine, y, por otro lado, la resistencia especial que encuentra en los títulos al portador, en los cuales son más evidentes el destino característico del título a la circulación, y el principio de la autonomía de la posición de cada titular en relación con el titular anterior, de manera que el poseedor de buena fe del título, es titular del derecho, aunque no lo sea su antecesor²⁶⁵.

Mas a despecho de su valor en el terreno histórico, la teoría de la

Nótese que si es exacta la explicación dada acerca de la literalidad y del fundamento de la inoponibilidad de las excepciones extra-cartulares, parece más lógico continuar con el mismo orden de ideas para las excepciones causales, encontrándose, por tanto, la explicación de su inoponibilidad en la naturaleza de la declaración cartular y no en los reflejos de la circulación.

²⁶⁴ Por ejemplo, es típica esa posición psicológica, en el citado resumen de *Pellegrini*, pág. 512-513. Lo que confirma que reconociendo que la cambial se destina típicamente a la circulación, son exactas las críticas a la teoría de la delegación que se hacen en el texto.

En la evolución histórica de la cambial, en efecto, fue desapareciendo en forma progresiva la necesidad de la mención expresa de la cláusula a la orden (cf. art. 11 de la ley uniforme internacional); por el contrario, anteriormente se exigía ésta para que la cambial pudiese circular, conforme a las reglas de los títulos a la orden. Cf. a *Lescot*, vol. I, pág. 283.

En el derecho francés la necesidad de la inclusión de la cláusula a la orden desapareció como consecuencia de la introducción de la Convención de Ginebra.

En el derecho brasileño, la falta de necesidad de la cláusula "a la orden" es propia de la cambial; en relación con el cheque, a falta de cláusula a la orden, el título en que exista la indicación nominativa del tomador, sólo puede circular con las formas y los efectos del derecho común (art. 3, D. n. 2,591 de 7 de agosto de 1912). En el sistema de la convención internacional, por el contrario, se aplica al cheque la misma regla que a la cambial. Sólo por virtud de cláusula expresa, la cambial o el cheque se hacen transmisibles con las formas y los efectos del derecho común (cf. n. 298).

²⁶⁵ Lo mismo en el sistema italiano, cuando el título se ha extraviado o ha

delegación encuentra hoy su condena, frente a la sistemática de los títulos de crédito, considerada en su integridad; y frente a la conciencia ya afirmada de que el título de crédito se destina típicamente a la circulación²⁶⁶ y se basa, en consecuencia, en una declaración dirigida a persona indeterminada, de modo que el derecho del portador del título existe, hasta independientemente de la existencia del derecho del portador anterior.

Por eso el título es objeto de "negociación"; se le considera como una cosa, como un valor, que se vende, se dona, se permuta, caucionada o pignorada; consideración que claramente supera a los presupuestos y a los principios de la delegación.

63.—Por tanto, podemos reafirmar la abstracción cambiaria, y entenderla como la abstracción tanto de la declaración, cuanto de la obligación cambiaria, y no solamente, por virtud de los principios de la delegación, como un reflejo de los efectos de la circulación.

La abstracción de la obligación cambiaria se consagra, en general, en una regla única y constante, sea cual fuere el portador, y esa abstracción se asienta en un principio en extremo simple: el carácter personal (esto es, extra-cartular) de las excepciones causales, que, como tales, no se pueden oponer, sino al portador sujeto de la relación respectiva.

La consecuencia de la abstracción consiste en el hecho de que también la relación causal se vuelve una relación extra-cartular; por eso las excepciones respectivas son excepciones extra-cartulares²⁶⁷.

Por eso se aplicarán a las excepciones causales en los derechos abstractos, las mismas reglas que antes mencionamos respecto de todos los títulos de crédito, con relación a las excepciones extra-cartulares.

La abstracción, en substancia, representa un paso posterior en el camino en que la literalidad constituye ya el primer paso, esto es, en el camino de la constante mayor delimitación y objetivación del derecho cartular; de su constante mayor distinción del conjunto del "negocio" económico existente

sido robado. Como veremos, el principio substancialmente es idéntico en todos los títulos de crédito.

La disciplina francesa es bien distinta, como veremos, de la del derecho italiano, de manera que el principio de la autonomía del titular allí resulta menos claro.

²⁶⁶ Este principio consagrado en la ordenanza de cambio germánica de 1848, prevalece en los derechos modernos. Cf. a Vicente y Gella, *Derecho mercantil comparado*, Labor, 1934, pág. 224.

También la doctrina francesa más reciente ha abandonado la teoría de la delegación. Cf. a Brethe, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926; Esmein, *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1931; Lescot, *Effets de commerce*, cap. I; Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, n. 1068.

²⁶⁷ En igual sentido, con acierto en la doctrina brasileña, Whitaker, pág. 35.

entre las partes, y justamente en vista de su circulación y de la seguridad de ésta.

Por eso se deben considerar como extra-cartulares, tanto las excepciones que derivan de la relación fundamental (falta, nulidad, ilicitud de la relación fundamental; *exceptio in adimplenti contractus*; *exceptio non numeratae pecuinae*; *exceptio causa data causa non secuta*, etc.), cuanto las que derivan de la función particular que el título debía satisfacer por la relación fundamental (novación; refuerzo; garantía de una deuda propia²⁶⁸ o de un tercero, con su convenio respectivo, de no exigir el pago, a no ser en la hipótesis de falta de pago de la deuda principal, y así sucesivamente), lo mismo las excepciones que derivan de los diversos convenios acerca del ejercicio del derecho cartular (por ejemplo, *pactum de non petendo*, convenio de renovación) o de las relaciones ulteriores de cargo y abono que intervienen entre un deudor cartular y un portador del título (por ejemplo, compensación)²⁶⁹.

Teniéndose presente la función práctica que la cambial satisface en el mundo moderno, en su doble forma de letra de cambio y de pagaré, no es difícil comprender la justificación económica y la necesidad lógica de la abstracción.

De su función originaria de instrumento de pago entre plazas distintas²⁷⁰, como se sabe, la cambial evolucionó a instrumento de crédito²⁷¹, y especialmente de crédito a corto plazo, lo que corresponde a las diversas y múltiples operaciones de la vida comercial. La cambial trata de hacer posible la circulación de ese crédito. Es esa su función económica y es ese el

²⁶⁸ En este caso sólo se habla impropriamente de "garantía", pues ésta consiste en las ventajas derivadas de la disciplina de los créditos cartulares.

En la práctica esta hipótesis se verifica en los pagarés. Con frecuencia, en la hipótesis de garantía, el pagaré está en blanco respecto a la suma; respecto al vencimiento, q está en blanco (v. antes n. 20) o es a la vista. Eso sucede cuando el vencimiento o el importe del crédito garantizado, es incierto, tratándose de dar al acreedor la posibilidad de obrar inmediatamente mediante el procedimiento cambiario, en el momento en que el deudor no satisface el crédito garantizado. Por ejemplo, piénsese en el que entrega un pagaré a un banco, como beneficiario de una apertura de crédito; se puede ignorar entonces cuál será la suma por la cual el cliente será deudor; se puede ignorar la fecha del vencimiento, pues el banco tiene el derecho de cancelar la cuenta en cualquier momento mediante previo aviso, exigiendo entonces el saldo a su favor.

²⁶⁹ En el derecho brasileño, cf. entre otros a *Lacerda, ob. cit.* pág. 409.

²⁷⁰ A esa función responde hoy, en el sistema italiano, el cheque circular, modelado en el ejemplo del pagaré.

²⁷¹ El cheque responde a la función de instrumento de pago, modelado en el ejemplo del giro cambiario. Cf. n. 276.

interés que típicamente preside a su creación. Por tanto, se le debe organizar de tal modo que se pueda ligar a operaciones diversas, y que cumpla siempre aquella función, la de satisfacer a los diversos fines que exigen la diversidad de situaciones concretas; lo que equivale justamente a asegurar su abstracción.

64.—Esas son las conclusiones a que llegó —bajo el imperio de las normas del código de comercio— la doctrina italiana dominante, después de ir eliminando paulatinamente todas las teorías que querían distinguir las relaciones con los terceros, de aquella entre los sujetos inmediatos, admitiendo, en el primer caso, la abstracción material, negándole (o limitándola a una simple abstracción procesal) en el segundo ²⁷².

El punto de partida de esas doctrinas se constituye por la oponibilidad de las excepciones causales, al tomador inmediato del título, y de su inoponibilidad al tercero poseedor. Pero es justamente ese punto de partida el que en rigor no es exacto. El art. 21 no distingue entre tomador y tercero poseedor, y los mismos autores que enuncian las tesis que combatimos, reconocen que las excepciones causales se oponen en general solamente al sujeto de la convención ejecutiva, mas no necesariamente; ni aun siendo el tomador inmediato, pura y simplemente.

No se puede distinguir la obligación cambiaria del tomador y del tercero poseedor ²⁷³, sino que es necesario distinguir al poseedor, que al mismo tiempo

²⁷² Para la reseña de esas teorías, consultese, por ser la más completa, la obra de *La Lumia, L'Obbligazione cambiaria*, cit., pág. 28 y sigs., y respecto de la Convención de Ginebra, el ya mencionado *Derecho Cambiario de Valeri*, pág. 244, 284 y sigs. del vol. I. (En el derecho brasileño sobre la crítica de la orientación dualista véase a *M. Torres*, pág. 593 y sigs.; a *Saraiva*, en su notable *Direito cambial brasileiro*, pág. 143 y sigs. Más cerca de la orientación dualista a *O. Mendes*, cit., págs. 11 y sigs.). Ya encontramos esa orientación dualista, al tratar de la literalidad; la volveremos a encontrar, al tratar de la constitución del derecho cartular. Está representada por juristas de valor excepcional, porque toma como punto de partida algunas afirmaciones de *Goldschmidt*; encontró su autor en *Vivante*, a quien se aproxima la doctrina italiana más reciente; *Bracco*, se aproxima, y en el fondo a *Salandra*, y con anterioridad *Segré*; está representada en Francia por *Capitant, Esmein, Lescot; Vicente y Gella*, la acepta en su *Derecho mercantil comparado*, pág. 208.

En verdad, esa orientación dualista constituye el punto de partida y por eso de transición, para afirmaciones más rígidas, y ese valor histórico que tiene debe acentuarse. No sin razón *Pellegrini*, ob. cit., págs. 494-95, indicó a *Vivante*, defendiendo las teorías tradicionales, como iniciador de la orientación que lógicamente conduce —como lo acentúa *Pellegrini*— a las tesis que se sustentan en este estudio.

²⁷³ Cuando tratemos de la constitución del derecho cambiario, tendremos oportunidad de observar que la declaración cartular no tiene un destinatario determinado, sino que se dirige a un destinatario indeterminado. Es evidente que si la declaración cartular de voluntad se dirige impersonalmente al futuro portador del título (y no al

es sujeto de determinada relación extra-cambiaria, y al poseedor que no es simultáneamente sujeto de tal relación. Eso demuestra que la diversidad de los efectos no depende de una doble naturaleza de la obligación cambiaria, sino de la concurrencia eventual de acciones extra-cambiarias y de acciones cambiarias.

Las doctrinas que aquí se combaten, prescindiendo de la ignorancia del concepto de la doble naturaleza de una obligación única, en realidad inciden todas en una ilusión dogmática y exegética, sobre el punto de partida en la construcción de la obligación cambiaria.

Para entender la naturaleza de la obligación cambiaria, no podemos recurrir a sus efectos con el que es simultáneamente sujeto de otras relaciones, pues entonces también concurren con los efectos cambiarios, los derivados de la relación fundamental. Lo que debemos tener presente son sus efectos respecto de los poseedores, que no son al mismo tiempo sujetos de otras relaciones.

Examinando los efectos de la cambial, en relación con los poseedores que son simultáneamente sujetos de otras relaciones, nos arriesgamos a cambiar entre ellos los efectos de dos obligaciones distintas, como son la cambiaria y la derivada de la relación fundamental; olvidémonos, por otra parte, del destino esencial de la cambial, como título de crédito dirigido eminentemente a la circulación, y que, por tanto, esencialmente se debe considerar en relación con los terceros.

65.—No sería exacto explicar el régimen de las excepciones cambiarias invocándose simplemente la protección a la buena fe del poseedor. Esta, en verdad, constituye la exigencia dominante de la disciplina de los títulos de crédito, pero el papel del jurista consiste precisamente en averiguar cuáles son los conceptos técnicos por medio de los cuales esta exigencia se realizó jurídicamente.

Para ese fin conviene no olvidar que el art. 21, única base exegética para la disciplina de las excepciones cambiarias, no distingue entre poseedor de buena y de mala fe, sino simplemente entre excepciones personales y no personales.

Entendiéndose la norma del art. 21 como equivalente tan sólo de la protección al poseedor de buena fe, se contraría la misma disposición, que constituye la única base exegética de la investigación. La buena y la mala fe del poseedor pueden asumir importancia, solamente cuando hagan "personales" las relaciones y excepciones que de otro modo no lo serían.

tomador), de la distinta posición cambiaria del tomador y de los terceros portadores, no se puede sacar la construcción jurídica basada en una supuesta influencia fundamental.

Si refiriéndose a la protección del poseedor de buena fe, quisieramos aludir a la orientación general de la disciplina de los títulos de crédito, haremos una afirmación exactísima, y sin embargo insuficiente, por cuanto después se hace necesario analizar (y esta es la tarea específica del jurista) cómo se realizó técnicamente esta protección.

Ese análisis es necesario, evidentemente, ya sea para darnos cuenta de toda la disciplina compleja de los títulos de crédito, ya sea para construir instrumentos jurídicos precisos para resolver los diversos y constantemente nuevos problemas de la práctica ²⁷⁴.

Generalmente, la referencia a la protección de la buena fe no se hace en el sentido arriba indicado. Los que se refieren a la protección de la buena fe, con frecuencia quieren sostener que la disciplina de las excepciones cambiarias respecto del tercero poseedor constituye la consecuencia de las modificaciones que la protección de la buena fe acarrea a las que "de otra manera" serían consecuencias de los principios jurídicos. Por lo que se debe construir la naturaleza jurídica de los títulos de crédito "prescindiéndose" de la disciplina de las excepciones relativas al tercero poseedor. Esa disciplina solamente sería la consecuencia de la "derogación" trazada por la protección a la buena fe al rigor de los principios.

Ese orden de ideas, aunque no siempre se manifiesta claramente, es el que más se ha divulgado; mas a mi modo de ver, no es exacto.

Los títulos de crédito en general, y la cambial en particular, de hecho deben su desenvolvimiento a las exigencias de la circulación; por eso deben construirse jurídicamente en relación con la disciplina que les es peculiar en la circulación, sin que se pueda considerar esa disciplina solamente como una "limitación" de las consecuencias que de otro modo derivarían de la naturaleza jurídica del título.

Construir la naturaleza jurídica de los títulos de crédito, prescindiendo de su circulación, para explicar después como un remedio equitativo el régimen de las excepciones relativas a terceros, significa negar la realidad

²⁷⁴ Con frecuencia en la doctrina francesa se recurre a las exigencias de la buena fe y del comercio, para explicar la inoponibilidad de las excepciones derivadas de hechos anteriores o concurrentes a la emisión del título.

Las teorías cambiarias tradicionales llegan, en efecto, a explicar la inoponibilidad de las excepciones fundadas en hechos posteriores a la emisión del título (p. ej. la falta de entrega de las mercancías); por tanto, es más difícil la explicación de la inoponibilidad de las excepciones derivadas de hechos concurrentes o anteriores a la emisión (p. ej. vicios en la relación fundamental; vicios en la creación o emisión del título, etc.). Respecto de estos últimos, la doctrina francesa recurre a las exigencias del comercio y de la buena fe, reconociendo la imposibilidad de presentar una construcción jurídica precisa (v. a *Lescot* vol. I, p. 480).

económica contemporánea ²⁷³, y olvidar la razón que los títulos de crédito deben a su función económica y a su disciplina jurídica.

Si se desea, se puede considerar toda la disciplina de los títulos de crédito como una derogación (si se quiere, debida a las exigencias de la buena fe) ²⁷⁴ de los principios jurídicos generales; al construir el sistema de los títulos de crédito, no obstante, será necesario partir de su función y de la disciplina relativa al tercero poseedor.

Al efectuarse esa reconstrucción, como hacíamos notar, no es suficiente que se invoque tan sólo el principio general y básico de la disciplina ²⁷⁵, sino que es preciso determinar los conceptos técnicos a través de los cuales las distintas exigencias propias de la institución se verificaron y armonizaron ²⁷⁶, con objeto de ofrecer al juez instrumentos precisos para la solución de los diversos problemas que la práctica suscita.

En ninguna institución de derecho privado se acentúan tanto como en los títulos de crédito —en relación con su función económica en la circulación de la riqueza— las exigencias de certeza jurídica. Son éstas las que imponen al juez, en la solución de los casos prácticos imprevistos por la legislación, recurrir a conceptos jurídicos precisos ²⁷⁷. La abstracción de la obligación también en materia cambiaria se debe distinguir del principio general de la protección al poseedor de buena fe.

²⁷³ Distinta podía y debía ser, naturalmente, la posición del intérprete al comienzo de la evolución histórica de los títulos de crédito.

²⁷⁴ A mi modo de ver, con más precisión, debe hablarse de exigencias de la circulación.

²⁷⁵ Esto es, la exigencia de la buena fe, o con más amplitud, las exigencias o necesidades del comercio. Como observé, también en este aspecto, a mi modo de ver, es más exacto hablarse de exigencias de la circulación que de exigencias de la protección de la buena fe, o genéricamente de necesidades del comercio.

En la primera parte de estos estudios y después paso a paso, en su desenvolvimiento, me esforcé por demostrar que la circulación es la exigencia económica a la que corresponden los títulos de crédito. No se trata de una afirmación que tenga el mérito de ser original.

Esa exigencia económica es la que después se traduce jurídicamente en la disciplina de los títulos de crédito.

²⁷⁶ Realmente es obvio que en los títulos de crédito tampoco se puede olvidar la exigencia de la protección al deudor; la disciplina de los títulos de crédito trata de reconciliar esa exigencia con la de la protección al tercero de buena fe.

²⁷⁷ El concepto no es menos genérico, cuando se habla simplemente de previa renuncia del deudor, para explicar el régimen de las excepciones relativas al tercero. Es evidente que postulando esa renuncia por comodidad de construcción, en realidad se introduce un *deus ex machina*, desistiendo de una verdadera explicación o construcción de la institución, como lo observó vigorosamente Bonelli.

Consagrada la abstracción en el art. 21, independientemente de cualquier distinción entre los distintos poseedores de la cambiial, debe aceptarse como característica de la obligación cambiaria, salvo el examen de la influencia que puede ejercer la existencia concomitante de otras relaciones distintas en las que intervengan las mismas partes.

66.—Demostrada la abstracción de la obligación cambiaria, los autores acostumbran preguntar cuál es la causa en la que se basa la abstracción. Esa causa ya se coloca en la relación fundamental, ya en la transmisión, ya en la convención ejecutiva ²⁸⁰.

Me parece que la discusión solamente puede encontrar solución y claridad, teniendo siempre en cuenta la conexión entre la causa y el negocio jurídico ²⁸¹.

En el negocio jurídico causal la causa forma parte del negocio; necesariamente la desean las partes, al desear el negocio jurídico ²⁸².

En los negocios abstractos esa conexión se divide; por eso la causa del negocio se fija jurídicamente a través de un acto de consentimiento de las partes ²⁸³ autónomo y distinto —la convención ejecutiva en la terminología cambiaria—, y sólo puede consistir en la función del negocio abstracto en cuanto a la relación fundamental.

La convención ejecutiva constituye un elemento constante ²⁸⁴, que

²⁸⁰ Cf. sobre las distintas tesis, a *Messineo*, pág. 44.

²⁸¹ Cf. lo mismo, antes n. 51.

²⁸² Implicitamente de esa observación parten los autores que reducen la causa al consentimiento.

²⁸³ *Von Tahr*, vol. III, pág. 103.

²⁸⁴ Me parece procedente (y con eso modiflico lo que escribí en la primera edición de estos estudios) la observación de que la convención ejecutiva puede derivar y normalmente deriva del negocio de entrega o transmisión de la cambiial. Cf. a' *Bonelli*, n. 38, y ahora a *Valeri*, vol. I, pág. 289, donde también se encuentra el examen crítico de la reciente doctrina sobre este aspecto. Como acertadamente se observó (*Valeri*, vol. I, pág. 291; *Ferrara Junior*, pág. 305) la determinación de la causa y la transmisión de la cambiial se verifican en función una de otra, y por eso, es natural que se vinculen en un mismo negocio.

Eso presupone la existencia de un negocio de transmisión. Por eso es que en la hipótesis de aceptación, aval y aceptación por intervención, no existiendo un negocio de transmisión, la convención ejecutiva naturalmente no puede derivar de aquélla, sino que es autónoma. Es en este terreno donde se revela la distinción conceptual que se sostiene entre convención ejecutiva y negocio de transmisión (V. a *Valeri*, vol. I, pág. 292; a *Mossa*, n. 190; a *Bonelli*, n. 24).

Finalmente, en las hipótesis arriba indicadas, la convención ejecutiva resulta entre el obligado y el que no es portador de la cambiial; a la vez que en la hipótesis de la emisión o del endoso, ella normalmente resulta entre el obligado y el adquirente del título. Por eso es que el portador normalmente tiene, además del derecho cambiario,

justamente sirve para la especificación y la determinación de la causa del negocio, de otro modo incierta, y solamente puede existir en conexión con un negocio abstracto ²⁸⁵.

Así, en el negocio cambiario, la causa del negocio se fija a través de la convención ejecutiva, negocio bilateral; siendo, por el contrario, un negocio jurídico unilateral el que crea la obligación cambiaria.

67.—La obligación cambiaria encuentra su justificación en la causa que se fija en la convención ejecutiva. Es en ésta en la que se determina si la cambial, o mejor dicho, la obligación cambiaria en cada caso cumple una función de garantía, de pago, de novación, en cuanto a la relación fundamental.

Las excepciones *ex causa* necesariamente serán distintas, de acuerdo con la función que la cambial satisfaga en los distintos casos; nuevamente es esta función, y ésta solamente, la que permite reconocer la ilicitud de la cambial.

Ella es la causa de la cambial, causa que, naturalmente, no se identifica con la relación fundamental, pero que consiste en la función que la cambial debe satisfacer con referencia a la relación fundamental ²⁸⁶.

68.—Apartándome de un uso seguido hace tiempo, me referí a la convención ejecutiva y no a la relación fundamental, porque ésta ²⁸⁷ adquiere importancia justamente a través de aquélla.

un derecho causal contra quien le entregó el título; por el contrario, normalmente carece de derecho causal contra el aceptante, o el avalista. Cf. n. 34, sobre la circulación de la provisión, y n. 73 sobre el aval.

Cuando hace poco hablamos de negocio de entrega o transmisión, hicimos referencia, tanto al negocio en virtud del cual la cambial se pone en circulación por primera vez, cuanto a los que caracterizan el paso sucesivo del título a los distintos portadores (v. también a *Valeri*, pág. 291); la demostración plena de esa afirmación se encontrará en las siguientes páginas sobre la constitución del derecho cartular.

²⁸⁴ Por ser el título abstracto no se le puede indicar la causa típica; la causa necesariamente será distinta en los diversos casos, y determinada por la convención ejecutiva.

Sin tener otra función más allá que la de determinar la causa del negocio abstracto, la convención ejecutiva no se puede concebir con independencia de un negocio abstracto; ella realmente no es fuente de derecho alguno. La distinción entre negocio abstracto y convención ejecutiva, es obra de la ley y constituye el procedimiento técnico gracias al cual el derecho llega a la disciplina de un negocio abstracto.

Psicológicamente, negocio abstracto y convención ejecutiva son conexos en la voluntad de las partes, y este es el verdadero elemento de la teoría ya combatida, de *Vivante*, sobre los títulos de crédito.

²⁸⁵ *Betti, Rivista di diritto commerciale*, 1927, I, pág. 596, habla a propósito de la relación fundamental, de causa remota, para indicar su distinción de la propia y verdadera causa.

En el mismo sentido *Messineo, ob. cit.*, pág. 44.

²⁸⁶ Naturalmente, hago la distinción entre la relación fundamental y la con-

Realmente es la convención ejecutiva la que determina la función de la cambiaria en cuanto a la relación fundamental y la que regula las relaciones recíprocas ²⁸⁸. Aislándola no se podría establecer una conexión entre la relación fundamental y el negocio cambiario.

Es la convención ejecutiva ²⁸⁹ la que determina si la cambiaria se dió *pro soluto* o *pro solvendo*, si surte o no ²⁹⁰ efectos de novación ²⁹¹, en pago, en garantía, en refuerzo, etc. ²⁹².

vención ejecutiva. No obstante, queriendo denominar relación fundamental a la convención ejecutiva, las consideraciones que se hacen en el texto pierden su razón de ser.

²⁸⁸ La distinción entre relación fundamental, convención ejecutiva y obligación cambiaria también se encuentra en otros términos, en el derecho inglés. V. a *Salmond, Law of contracts*, ed. de 1927, pág. 15.

²⁸⁹ Naturalmente eso presupone que, en virtud de la relación fundamental (p. ej. comprador de la mercancía), el deudor no esté obligado *por la ley* a asumir la obligación cambiaria (p. ej. aceptar la letra de cambio). Efectivamente, si así fuera, la función de la cambiaria, determinada en la ley, respecto de la relación fundamental sería explícita o implícita.

Si el deber de asumir la obligación cambiaria encuentra su fuente en un contrato entre las partes (p. ej. compra y venta de mercancía con obligación para el comprador de aceptar el giro del vendedor), derivan de ese contrato la obligatoriedad de la aceptación (se puede recordar, al respecto, el *pactum de cambiando* de la doctrina del derecho intermedio) y la determinación de la función de la obligación cambiaria en cuanto a la relación fundamental.

²⁹⁰ Ya está expresamente consagrado el principio de que la novación, aunque admisible, no se presume (art. 66).

Correlativamente siempre se presume que el título ha sido entregado *pro solvendo* y no *pro soluto*, y que por eso la entrega de la cambiaria no extingue la acción derivada de la relación fundamental. En igual sentido, *Lescot*, vol. I, p. 181, en Francia.

Una tendencia distinta, aparece en el Brasil, sustentada por algunos autores, especialmente en relación con el giro cambiario; cf. especialmente a *M. Torres, ob. cit.*, pág. 140 (con referencia también al pagaré). Sin embargo véase a *Lacerda, ob. cit.*, pág. 13 (nota) y pág. 411, y a *Whitaker*, pág. 32, en el mismo sentido del texto. Para un examen de la jurisprudencia brasileña a *Meira, Prescrição e locupletamento, Revista Forense*, vol. XCI, p. 543. Cf. lo mismo n. 34, n. 130 y n. 262. Se puede notar que la orientación brasileña en lo que respecta a la entrega *pro soluto* de la cambiaria y la construcción de la acción de enriquecimiento (cf. n. 34) acaba por tutelar al acreedor, menos de lo que acontece conforme al sistema francés, o conforme al italiano, aproximándose a los principios antaño sustentados, sosteniendo el carácter tan sólo probatorio de la letra de cambio (cf. n. 263). Por eso es que osé sostener que tal vez la orientación del código de comercio brasileño de 1850, no sea ajena a la interpretación del D. n. 2044, aunque éste se basa en una orientación distinta de la que prevalecía en el código de comercio.

²⁹¹ Cf. n. 67.

²⁹² La causa más frecuente es la que en el texto llamé "refuerzo" y que generalmente se denomina "garantía". V. en el mismo sentido, en la doctrina brasileña,

Por ejemplo, en el caso de que la obligación cambiaria tenga efectos de novación, el acreedor sólo gozará de la acción cambiaria; perdido el derecho a ésta, por caducidad o prescripción²⁹³, no podrá echar mano de la acción causal, que se habrá extinguido por la novación²⁹⁴. En el caso de que la obligación cambiaria no tenga efectos de novación, la causal subsiste. En consecuencia, perdido el derecho a la acción cambiaria, el acreedor puede valerse de la causal²⁹⁵, bien entendido que sólo contra el que fue sujeto

a *Whitaker*, pág. 32; en la francesa, a *Lescot*, vol. I, pág. 197. Es la hipótesis normal reglamentada en la ley cambiaria italiana, por el art. 66; esto es, la acción de la relación fundamental concurre con la cambiaria, de manera que, por ejemplo, prescrita ésta última, se puede ejercitar la primera, pero "el portador solamente puede ejercitar la acción causal, después de comprobar con el protesto la falta de aceptación y de pago, y ofreciendo al deudor la restitución de la cambial y depositándola en el archivo del juez competente, suponiendo que haya satisfecho las formalidades necesarias para que el propio deudor conserve las acciones de regreso que le puedan corresponder".

Naturalmente, el portador del título solamente puede ejercitar la acción causal de la que es el sujeto activo (independientemente del derecho cartular). Esa es la consecuencia de la distinción del derecho cartular de la relación fundamental. En relación con este problema, como ya vimos, el sistema francés es distinto, pues el crédito de la provisión circula conjuntamente con la cambial; por lo que cualquier titular de la cambial es también titular del crédito de provisión.

La función particular, distinta en cada caso concreto, que la cambial satisface respecto de la relación fundamental, y que preside a la disciplina de la concurrencia de las dos acciones, no debe hacer que se olvide a la que podría denominarse función típica de la cambial, y en general de todos los títulos de crédito como tales, que es la movilización del crédito. Ese es el interés típico, al que siempre corresponde la creación de un título de crédito.

²⁹³ Si entre tanto, la obligación cambiaria se invalida, es obvio que la acción causal subsiste, por cuanto la invalidez de la obligación cambiaria afecta su eficacia novadora o la eficacia *pro soluto* de su entrega.

²⁹⁴ En estas hipótesis surge el problema de la acción de enriquecimiento. V. antes, n. 34.

²⁹⁵ Sujeta al plazo de prescripción que le es propio, en vista de la naturaleza de la relación fundamental, y por tanto, en principio, al plazo ordinario, civil o comercial. En el caso en que el plazo de prescripción de la acción derivada de la relación fundamental sea más corto que el de la acción cambiaria; prescrita la acción cambiaria, no habrá posibilidad de demandar con la de la relación fundamental, puesto que ésta también estará prescrita; la prescripción de la acción de la relación fundamental no será la consecuencia de la prescripción de la acción cambiaria, sino del decurso del plazo de prescripción que le es peculiar.

Esta afirmación no está en contradicción con el principio de que el deudor no puede, ni siquiera en las relaciones con el propio contratante inmediato, invocar contra el portador que obra con la acción cambiaria, la prescripción de la acción derivada de la relación fundamental, eventualmente más corta que la de la prescripción cambiaria. En efecto, veremos (n. 74) que la oponibilidad de las excepciones

en la relación fundamental con aquél. Este, a su vez, puede obrar causalmente contra el que es su deudor en virtud de la relación fundamental que éste tuvo, y así sucesivamente²⁹⁶.

Tal es el caso normal; esta conclusión se desprende del principio de que la novación no se puede presumir y de que, normalmente, la cambiaria se entrega para reforzar la posición del acreedor y no con efectos de novación.

Normalmente, el acreedor cambiario no puede ejercitarse la acción causal, salvo en el caso en que la cambiaria no haya sido aceptada, o pagada espontáneamente. Hasta entonces la acción causal queda paralizada; por el contrario, después de este momento las dos acciones concurren²⁹⁷.

Sin embargo, no es imposible que el convenio entre deudor y acreedor determine que no se pueda ejercitarse la acción cambiaria hasta después de verificada la falta de cumplimiento a la obligación asumida con la relación fundamental²⁹⁸.

69.—La concurrencia de acciones se verifica entre las acciones cambiarias y las derivadas de la relación fundamental, pero de acuerdo con la disciplina que las partes fijan en la convención ejecutiva.

Para que se pueda verificar la concurrencia de las acciones cambiarias con las derivadas de la relación fundamental, se necesita que la convención ejecutiva lo determine. Este es el caso normal, y de allí la afirmación general de la concurrencia de acciones entre la relación cambiaria y la relación fundamental, independientemente de la referencia a la convención ejecutiva.

Mas para convencernos de la verdad del principio que examinamos, basta formular la hipótesis de que la obligación cambiaria tenga efectos de novación (esto es, que la convención ejecutiva determine su eficacia novadora)²⁹⁹.

70.—También se pueden verificar hipótesis distintas. En general, asumir

derivada de la relación fundamental, se basa en el hecho de que de otra manera el deudor tendría derecho de repetición de lo que pagó. Este derecho no le correspondería en tal caso, siendo por eso natural la inoponibilidad de la excepción.

²⁹⁶ Así se llega hasta el girador, que a su vez, siendo titular del crédito causal derivado de la provisión, puede demandar, con acción causal al girado. En cuanto a la provisión, es distinta la disciplina en el derecho francés. Cf. n. 34.

²⁹⁷ V. antes, n. 68.

²⁹⁸ V. antes, n. 63 y a *Lescot*, vol. I, p. 194. Lo mismo en esta hipótesis el acreedor debe ofrecer al deudor la restitución de la cambiaria en condiciones que permitan al deudor el ejercicio de la acción de regreso que le pueda corresponder.

²⁹⁹ Nótese que esa hipótesis constituye una nueva objeción a las teorías que ven en el derecho cambiario al propio derecho de la relación fundamental. De hecho, *Carnelutti* parte justamente de esta hipótesis, para insistir en la afirmación de que, según su tesis, la cambiaria aunque no da lugar a un derecho autónomo, da lugar a una acción autónoma.

la obligación cambiaria presupone entre las partes una relación obligacional anterior cuyo objeto no lo constituye el propio título de crédito (por ejemplo, la venta de mercancías en que para su pago se asume la obligación). Hay casos en los que la obligación cambiaria no presupone tal relación y sólo se asume teniendo en cuenta la entrega sucesiva del título. La relación (si se quiere fundamental) existente entre las partes, en este último caso tiene por objeto la entrega del título ³⁰⁰. En esta hipótesis se habla de "venta" del título, y en este sentido se puede pensar en el descuento cambiario, y en la emisión de obligaciones y de títulos de la deuda pública en que esa hipótesis es normal, de acuerdo con la figura que le da nuestra jurisprudencia (v. más adelante, n. 141). En estos casos, la obligación se asume para crear (o transferir) un título de crédito, como objeto del negocio ³⁰¹.

En la hipótesis que se menciona, no existe acción alguna de la relación

³⁰⁰ La distinción, indiscutiblemente que es sutil, y eso explica por qué en materia de descuento cambiario, se defienden con igual insistencia tesis distintas (venta y mutuo reforzado cambiariamente) sin que los partidarios de cada una de las dos tesis se propongan conocer plenamente el punto de vista de los partidarios de la otra.

Es evidente que se pueden dar ambas hipótesis, cuya situación se indica en el texto:

a).—La obligación cambiaria se puede asumir para garantizar, o, mejor dicho, reforzar el derecho a la restitución de quien desembolsó el dinero, y la cambial se puede transmitir con ese fin.

b).—La cambial se puede vender por un precio determinado, y la obligación derivada de la cambial puede haber sido asumida teniendo en cuenta esa operación.

En el primer caso, el que efectuó el descuento, independientemente de la acción cambiaria, puede obrar *ex mutuo*; en el segundo caso no.

La jurisprudencia entiende que en la segunda hipótesis se verifica normalmente el descuento cambiario; una parte de la doctrina opta por la primera hipótesis. Cf. Cass. del Reino, 1 de julio de 1933, *Rivista di diritto commerciale*, 1934, II, pág. 152, con comentario en contra, de Greco; 7 de julio de 1934, *Repertorio Foro It. veribus Effetto cambiario* nº 116 y 167; 11 de marzo de 1935, *Banca, Bor. e titoli di credito*, 1935, II, 157. V. por último a Arena, *Lo sconto della carta commerciale*, Milán, 1937. En el derecho brasileño, v. a Pontes de Miranda, pág. 226.

En la práctica bancaria brasileña el nombre de "descuento" se aplica solamente a la hipótesis b), en tanto que la operación llamada "caución personal de títulos de crédito" se aproxima en algunos aspectos a la hipótesis a). Sin embargo recuérdese que en el derecho cambiario brasileño, no existe la forma peculiar del endoso en caución o pignoraticio, y por esto es que la llamada caución de títulos cambiarios se realiza o por medio de un endoso en propiedad o por medio de un endoso en procuración. (Cf. más adelante, ns. 200 y 223).

³⁰¹ La misma hipótesis se verifica en la adquisición que hace el cliente al banco, de un cheque circular o de un cheque de banco, pagadero en otra plaza, o de un cheque en moneda extranjera. En todas estas hipótesis, el título se considera exclusivamente como una "cosa", objeto de transacciones; no hay ninguna "acción" causal concurrente con la cambiaria.

fundamental que pueda concurrir con la cambiaria, porque, en realidad, la relación fundamental, en este caso, sólo directamente tiene por objeto la entrega del título (p. ej. venta de la cambial ^{so2}, o de la obligación) y no la

^{so2} Por el contrario, puede haber una relación fundamental entre partes *distintas* de las que participan en la transmisión del título. Así en el descuento de una cambial —en el sentido arriba indicado— puede faltar la permanencia de una relación fundamental entre descontador y descontatario, pero subsiste la relación fundamental entre girador (descontatario) y girado.

Este es el fundamento del carácter financiero del descuento en sentido propio, que presupone un giro (y generalmente un giro aceptado), girado con relación a un crédito del girador contra el girado. El descuento hace posible la movilización del crédito del descontatario derivada de la relación con su deudor.

Por eso es que la conciencia social va en contra del descuento de giros que no representan una operación real y que en la tradición francesa la existencia de la provisión constituye un requisito de regularidad del giro (cf. ns. 93 y 277).

A su vez, en el "redescuento" un banco mayor descuenta a un banco menor el papel comercial por éste descontado a sus clientes; generalmente las instituciones de emisión limitan en principio su actividad a la de ser "bancos de los bancos". La práctica del redescuento concurre para aumentar la circulación de la cambial.

Distinto del arriba examinado es el carácter financiero de la operación de crédito bancario, que tiene por objeto un pagaré emitido por el propio descontatario.

En esta hipótesis la operación bancaria no persigue la movilización de un crédito del descontatario; sino que objetiva por voluntad del cliente, disponibilidades financieras para la gestión o el desenvolvimiento de su empresa. Por eso es que en este segundo caso, en comparación, es más frecuente la exigencia de ulteriores garantías, la estipulación de un plazo largo, la entrega de pagarés con vencimiento en blanco; por otro lado con frecuencia tiene el carácter de complacencia, la segunda firma que el banco suele exigir para el descuento del título.

También en esta hipótesis a veces se habla de "descuento", tomando en cuenta el hecho de que los intereses no se pagan en el acto de la devolución, sino que se deducen en el momento en que se entrega el dinero. En sentido propio, el descuento se vincula con un crédito del descontatario contra un tercero. Tanto las características jurídicas como las económicas del descuento, derivan de esta circunstancia.

La función del título de crédito, en la hipótesis en que se entrega a un banco un pagaré del propio descontatario, por un lado se relaciona con las ventajas que se derivan en cuanto a la certeza del crédito y a su ejecutividad, y por otro lado, con la posibilidad de que el banco, a su vez, movilice el crédito, descontando en otro banco (y entonces se trata de descuento en sentido propio) el pagaré recibido (lo que justamente en vista del carácter de la financiación, no se acostumbra, y económicamente es distinto del "redescuento" del papel comercial de un banco menor en un banco mayor, o en un banco central).

Es posible que el cliente en vez de entregar un pagaré dé su aceptación, así como también es posible que descuento un pagaré que le haya sido entregado por su deudor, y es por tanto posible el llamado descuento de una aceptación con los caracteres financieros del llamado descuento de un pagaré y el descuento de un pagaré con los caracteres del descuento de una aceptación. Esta última hipótesis es un

asunción de la obligación cartular (como por ej. en la hipótesis de una venta de mercancías, en cuyo pago se haya asumido una obligación cambiaria).

El que se detenga a pensar en este caso, no dejará de observar que no encuentra paralelo en los derechos causales, y en el mismo verá una demostración nueva de la abstracción cambiaria, porque substancialmente es esa abstracción la que hace posible la relación fundamental que se refiere sólo a la entrega del título, y confirma la distinción entre los derechos abstractos y causales en los títulos de crédito ³⁰³.

71.—En páginas anteriores hablé genéricamente de obligaciones cambiarias, sin distinción alguna. No me parece necesario recordar la accidental pluralidad de obligaciones cambiarias en el mismo título ³⁰⁴, y tampoco tengo necesidad de recordar la pluralidad de las convenciones ejecutivas, de las relaciones fundamentales y de sus respectivas acciones causales.

Cada obligación cambiaria encuentra de hecho su justificación en la causa determinada por la propia convención ejecutiva, causa que a su vez implica la referencia a una relación (fundamental) existente entre las partes.

tanto rara, porque es raro que el deudor en operaciones comerciales entregue un pagaré (y no una aceptación), atendiendo a que los pagarés corresponden predominantemente a operaciones financieras. A su vez, si un pagaré se entrega para una operación financiera, es raro que quien lo recibe lo descuento en un banco.

La habilidad del banquero está en apreciar el carácter económico real de la operación tras la forma jurídica del título; en apreciar si se trata de una operación comercial o financiera; si las firmas consignadas en el título derivan de una relación de crédito efectiva, o sólo de una relación de complacencia.

El llamado descuento de las facturas o de los créditos derivados de los libros comerciales, practicado en muchos países, o hasta el otorgamiento de un crédito para el normal movimiento comercial de una firma sólida y honesta, aunque con independencia de la firma de los títulos, constituye operación de menor riesgo que el de un crédito de financiación para operaciones a largo plazo, aunque éste pueda estar representado por títulos; la garantía derivada de éstos al final se basa tan sólo en la presencia de una segunda firma, siendo por el contrario modestas las ventajas derivadas de la constatación de la deuda en un título y de la ejecutividad de éste, especialmente cuando la ejecutividad no se encuentre reglamentada en la forma particularmente rigurosa propia del derecho italiano (cf. n. 59, sobre la distinta disciplina al respecto, en el derecho brasileño). En el caso en que haya un vencimiento lejano, en definitiva hasta puede quedar el banco menos garantizado de lo que estaría con la concesión de un crédito reembolsable con previo aviso de pocos días.

³⁰³ Cf. n. 139 en relación con la posibilidad de derechos abstractos en los mismos títulos causales.

³⁰⁴ En el examen de la disciplina de la cambial, cabe el de la solidaridad de esas obligaciones; se acentúa que a través de la misma, la circulación del título se traduce en un esfuerzo de la posición del acreedor, que puede contar con la solvencia de un número de obligados cada vez mayor. Esta es la circunstancia que induce a los bancos a descontar cambiales solamente con dos o más firmas.

Por consiguiente esa especificación permite agregar que cuando el mismo título lleva una pluralidad de obligaciones cartulares, las excepciones causales solamente se podrán oponer *por el deudor* que participó en la convención ejecutiva de que deriven; en otros términos, cada deudor cartular puede oponer las excepciones causales que se vinculan a su propia obligación, mas no las que se ligan a obligaciones ajenas.

Esta afirmación constituye la consecuencia lógica del principio que nos sirvió de punto de partida, esto es, el del carácter extra-cartular de la relación causal, por lo que las excepciones respectivas sólo se pueden oponer por los sujetos de esa relación³⁰⁵ y no entre los que no intervienen en ella. Por eso solamente se pueden oponer *al acreedor*³⁰⁶ y *por el deudor* que hayan participado en la relación causal.

Este principio, repetimos, constituye tan sólo la ratificación de lo que antes sustentamos al hablar de las excepciones extra-cartulares en relación con la literalidad del título. No podía ser de otra manera, porque, a nuestro modo de ver, la abstracción del título justamente equivale al carácter extra-cartular, que acaba por ser peculiar de la causa.

72.—Por eso, la disciplina que por efecto de la libertad es válida en todos los derechos cartulares³⁰⁷, en relación con los convenios extra-cartulares y con las excepciones respectivas (por ejemplo, *pactum de non petendo*; convenio de prórroga; convenio de vencimiento anticipado³⁰⁸; convenio sobre intereses en los sistemas y en los títulos en que éste no puede adquirir eficacia cartular, etc.), también es válida en los derechos cartulares abstractos en cuanto al convenio causal y a las excepciones relativas, y asimismo (en vista de lo que antes decimos) sea en cuanto a las ejecuciones derivadas de la relación fundamental, sea en cuanto a las que derivan de la función que la cambiaria debía satisfacer en cada caso concreto.

En general, podemos afirmar que las excepciones extra-cartulares (las

³⁰⁵ Salvo los límites de la *exceptio doli generalis*, que examinaremos más adelante.

³⁰⁶ Exceptuados los límites indicados en la nota anterior.

³⁰⁷ Limitando el concepto del título de crédito solamente a los títulos literales

V. antes n. 15.

³⁰⁸ Este convenio es muy frecuente. Por ejemplo en el caso en que en virtud de una compra-venta, se emitan varias cambiales con distintos vencimientos, es común que las partes convengan en que la falta de pago de una cibarial acarree el vencimiento inmediato de las demás. Este convenio constituye un convenio extracartular, que se puede invocar entre aquellos que sean los sujetos de la misma, pudiendo oponerse la excepción respectiva al tercero, tan sólo cuando éste al adquirir el título haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor. Cf. en la jurisprudencia brasileña, Trib. Ap. São Paulo, de 6 de abril de 1943, *Revista dos Tribunais*, vol. CXLV, p. 686.

causales comprendidas en los títulos abstractos) sólo se pueden oponer a los ³⁰⁹ y por los que participaron en el convenio respectivo ³¹⁰.

73.—Es claro que con frecuencia los sujetos de los distintos convenios extra-cartulares de hecho también pueden ser distintos. Uno de los endosantes puede haber pactado una prórroga; otro sobre los intereses, etc. Sólo cada deudor puede oponer las excepciones derivadas de los convenios extra-cartulares en los que haya participado; a su vez, a cada acreedor sólo se le pueden oponer las excepciones derivadas de los convenios extra-cartulares en los que haya intervenido. El hecho de haber participado en un convenio no acarrea la participación en otros; el hecho de quedar sujeto a una excepción no implica la sujeción a otras.

Esta consecuencia ³¹¹ deriva precisamente del carácter extra-cartular de

³⁰⁹ Salvo los límites de la *exceptio doli generalis*.

³¹⁰ Convención ejecutiva, en el caso de las excepciones causales; convenio de prórroga en el caso de pacto de prórroga; convenio extra-cartular sobre intereses, en el caso de promesa de intereses (cuando éstos no se puedan convenir con eficacia cartular, al contrario de lo que ahora se permite para algunos casos por la convención de Ginebra); convenio sobre satisfacción de los requisitos del título, en la emisión de un título en blanco, y así sucesivamente.

³¹¹ La autonomía, la abstracción y el destino a un titular indeterminado, propias de la declaración cambiaria, naturalmente que también se encuentran en el aval. Por tanto, éste no constituye la "forma" de una "fianza" de la obligación del avalado. Por el contrario, representa una obligación cambiaria autónoma, que trata de garantizar objetivamente el pago de la cambial al titular de ésta, asumiendo el avalista una obligación en el mismo grado que la del avalado (y por tanto sujeta a las mismas normas). (V. en el derecho brasileño, Sup. Trib. Fed. rec. ex. n. 5425 Revista Forense, vol. 93, p. 74). En efecto, la validez del aval es independiente de la intrínseca de la obligación del avalado (art. 37 de la ley cambiaria).

Es natural que si el aval no tuviere valor cambiario (porque esté viciado o porque sea inválida formalmente, la obligación del avalado, o la cambial; sobre el derecho brasileño en relación con este último aspecto, cf. Trib. Ap. São Paulo de 24 de febrero de 1942, *Revista dos Tribunais*, vol. CXLI, p. 654), el acreedor no puede obrar contra el avalista, salvo que se funde en una relación fundamental que haya tenido con él (tanto de afianzamiento, cuanto de naturaleza diversa) pues entonces procederá la acción causal derivada de esta relación. (Cass. 10 de agosto de 1934, *Foro It.*, 1935, I, 271).

En forma análoga a las otras obligaciones cambiarias, el aval puede presuponer relaciones fundamentales distintas en cada caso concreto. Cf. a Bonelli, n. 182 y 184. El avalista, p. ej., puede haber asumido su obligación como garantía —con o sin remuneración—; puede haberla asumido en virtud de una compra de mercancías, junto con el avalado o en virtud de que haya comprado la mercancía del avalado, etc.

La relación fundamental ocurrida entre avalista y avalado, determina, por una parte, los derechos extra-cambiables entre avalista y avalado, independiente de la acción cambiaria y, por otra parte, las excepciones personales oponibles entre avalado y avalista, cuando éste obre cambiariamente contra aquél.

las excepciones respectivas y se coordina con las premisas que estamos desarrollando.

El tercero poseedor de la cambiaria, no puede invocar la relación fundamental entre avalista y avalado, así como tampoco queda sujeto a las excepciones derivadas de aquella relación (v. en el mismo sentido, adelante, n. 143 y 179).

Quizá sea en el aval donde la naturaleza cambiaria de la obligación se ve con más dificultad. De eso hay un indicio en las discusiones acerca de la posibilidad de otorgar el aval en instrumento distinto, admitida en algunas legislaciones (Art. 130 francés; 130 holandés) y a cuyo respecto la Convención de Ginebra dejó en libertad a cada Estado, para adoptar la solución que juzgase mejor.

A su vez, en el derecho brasileño, se duda respecto de la posibilidad del avalista de repetir con acción ejecutiva contra el avalado, el que, por el contrario, es motivo de dudas en el sistema de la convención internacional: cf. a *Luis Machado Guimaraes*, vol. IV, p. 116, de los *comentarios ao codigo do processo civil*, edición de la Revista Forense, Rio. 1942.

TITULOS ABSTRACTOS.—LAS EXCEPCIONES CAUSALES

Sumario:—74.—Concurrencia de diversas relaciones jurídicas. 75.—Excepciones extra-cartulares. 76.—Continuación. 77.—Excepciones *ex causa* en los títulos cambiarios. 78.—Poseedor de mala fe. 79.—Mala fe en la adquisición del título y conocimiento de la existencia de las excepciones. 80.—Conclusión. 81.—Art. 324 cod. com. 82.—Excepciones relativas a la constitución del derecho cartular. 83.—Doctrina. 84.—Convención de Ginebra. 85.—*Exceptio doli generalis*. 86.—Firmas cambiarias de favor. 87.—Colusión fraudulenta. 88.—De nuevo la *exceptio doli generalis*. 89.—Conclusión. 90.—Relación con la disciplina de la compensación y transferencias del derecho común. Endoso posterior al protesto. 91.—Billete de mercancía. 92.—Cheque. 93.—Cheque circular.

74.—La concurrencia de distintas relaciones jurídicas entre los mismos sujetos, da lugar a la oponibilidad del crédito originario de una relación a la deuda derivada de otra relación.

Esta es la hipótesis, por demás conocida, de la compensación, que, referida por *Arcangeli*, se aceptó y desarrolló por *La Lumia*, como la explicación más apropiada de la oponibilidad de las excepciones *ex causa* en las obligaciones cambiarias ³¹².

Si ante los términos de la convención ejecutiva, no se justifica el pago de la cambial por el deudor cambiario, éste tendrá derecho a repetir, contra aquel que fue parte en el mismo convenio.

Entregada una cambial por mercancía que no se entrega, es evidente que el deudor cambiario, obligado a pagar la cambial en virtud de la abstracción de la obligación cambiaria, podrá después intentar contra el tomador una acción de repetición.

Por tanto, no es difícil admitir, y es lo que constituye una tradición constante en el terreno cambiario, que el deudor cambiario pueda defenderse de la acción con los mismos argumentos que le autorizarían la repetición si pagase, cuando el autor de la acción de cobro sea el reo en la de

³¹² Es la tesis dominante en la doctrina italiana. Cf. a *Messineo*, 1^a ed., pág. 46; a *Valeri*, *Diritto cambiario*, vol. I, pág. 297. Un precedente de esa tesis se puede ver en *Rocco*, *Rivista di diritto commerciale*, 1904, II, pág. 266.

repetición. Esta excepción no se basa en la obligación cambiaria que siendo abstracta es inatacable, sino que deriva de una contraprestación que pertenece al deudor cambiario contra el tenedor que ejerce la acción; esta contraprestación paraliza la pretensión cambiaria, por medio de la excepción, aplicándose a propósito el principio de la economía procesal³¹²

³¹² Es evidente que al hablar de compensación, no nos referimos a la subsistencia de los requisitos legales de la compensación, sino, por así decirlo, al concepto general, a la orientación que después se traduce en dicha institución.

Eso explica por qué los autores (por ejemplo, Valeri, *ob. cit.*), recurren con frecuencia en la actualidad al concepto de la tradicional excepción de dolo (*dolo facit, qui petit quod mox redditurus est*, o, en la fórmula más completa, *dolo facit quicunque id, quod quacunque exceptione elidi potest, petit*), dado que a su vez en ésta puede reconocerse la manifestación de la misma orientación.

Recientemente (*Bolaffi, Le Eccezioni nel diritto sostanziale*, pág. 294), se criticó el recurso a la teoría de la compensación, poniéndose de manifiesto que el deudor cambiario puede oponer (dentro de los límites en que son oponibles las excepciones extra-cartulares), conforme a la jurisprudencia, la excepción de juego, aunque no pueda repetir lo que voluntariamente hubiese pagado en virtud del juego; por tanto, se afirma que la oponibilidad de la excepción, en este caso no puede reducirse al concepto de la compensación. El argumento no me parece correcto.

Se olvida que si el deudor de una deuda de juego fuese constreñido a satisfacer a su acreedor, la obligación cambiaria asumida en virtud de dicha deuda, el pago que hiciera no sería "voluntario". La falta de repetición del pago de una deuda de juego presupone, por el contrario, un pago voluntario (Art. 1237 y 1804 del cod. civ. it.; 1477 del cod. civ. bras.). Por tanto, es coherente con los principios del texto, el permitir que se oponga la excepción. (En la hipótesis en que la insubstancialidad del derecho de repetición se reúne con la inoponibilidad de la excepción, cf. n. 69).

Para admitir la inoponibilidad de la excepción de juego, sería preciso reconocer un "pago" en la propia asunción de la obligación cambiaria. Justamente éste es el principio que la jurisprudencia niega, al admitir la oponibilidad de la excepción, recurriendo en principio al mismo orden de ideas por el cual en nuestro derecho se declara que la cambiaria se da *pro solvendo* y no *pro soluto*.

En el derecho brasileño cf. a M. Torres, pág. 607, que excluye lógicamente la oponibilidad de la excepción, partiendo del principio de que la cambiaria se da *pro soluto*.

Si no obstante, es un tercero portador el que ejecuta la deuda cambiaria al deudor de juego, éste no podrá oponer la excepción; ni el deudor de juego podrá repetir contra el acreedor de juego lo que hubiere pagado al tercero portador. En efecto, su pago constituye la consecuencia necesaria del "riesgo" que "voluntariamente" asumió, suscribiendo el título cambiario y sujetándose, frente a terceros, a la inoponibilidad de las excepciones. En consecuencia, la imposibilidad de repetición encuentra su justificación en consideraciones análogas a las que prohíben repetir por el pago "voluntario".

Consideraciones semejantes se pueden hacer para explicar la oponibilidad (dentro de los límites del art. 21) de la excepción de causa ilícita, lo mismo cuando

Esta tesis respecto a la abstracción de la obligación cambiaria, hace resaltar sus efectos para con los terceros, que deben constituir el punto de partida en la construcción de la institución, y al mismo tiempo justifica la oponibilidad de las excepciones *ex causa* al acreedor cambiario que simultáneamente sea sujeto de la relación extra-cartular.

75.—Estas observaciones —mutatis mutandis— en general sirven para todas las excepciones extra-cartulares. En efecto, muchas veces hemos recordado que las excepciones causales en los títulos abstractos constituyen excepciones extra-cartulares.

También en relación con la oponibilidad de las excepciones extracartulares, en general³¹⁴ se puede repetir lo que se acaba de observar acerca de su oponibilidad al acreedor cartular siempre que sea sujeto del convenio extra-cartular³¹⁵.

76.—Estas observaciones me parece que permiten aceptar una extensión —que se nota con frecuencia— de dichos principios a la doctrina de las excepciones cambiarias.

Independientemente de las excepciones *ex causa*, oponibles, según hemos visto, como compensación, al sujeto de la relación fundamental, el deudor cambiario puede oponer, naturalmente, al acreedor cambiario los créditos que por otras relaciones pueda tener al respecto.

La oponibilidad de las excepciones *ex causa* al sujeto de la relación fundamental no constituye más que una de las muchas aplicaciones posibles de la compensación en materia cambiaria.

En general, podemos decir que el deudor cambiario puede oponer como compensación sus créditos contra el acreedor cambiario, y que entre esos créditos también figura el de repetición, que surgiría de un injustificado pago de la cambiaria.

77.—Las observaciones que se hacen, permiten adherirnos inmediatamente a la doctrina y a la jurisprudencia unánime, que sancionan la inoponibilidad de las excepciones *ex causa* al tercero poseedor de buena fe, esto es, con más precisión, al tercero poseedor ignorante del vicio que se le pretende oponer. Este, en cuanto no es sujeto de la relación fundamental, no es vulnerable por las excepciones *ex causa*, y esta es justamente una consecuencia de la abstracción de la obligación cambiaria.

se excluye la repetición del pago en virtud del principio *nemo auditur turpitudinem suam allegans*.

³¹⁴ Por ejemplo, *pactum de non petendo*; convenio sobre prórroga del vencimiento, de vencimiento anticipado, etc.

³¹⁵ No es necesario volver a aclarar que pueden ser distintos los sujetos, de los diversos convenios extra-cartulares.

Desde luego conviene observar, para evitar posibles equivocaciones, que el poseedor de la cambiial de buena fe, como lo veremos, se encuentra tutelado con más amplitud de lo que estaría solamente en virtud de la abstracción de la cambiial. En efecto, le son inoponibles no sólo las excepciones *ex causa*, sino también algunos vicios de la constitución del derecho cartular. Volveremos a este problema al tratar de la constitución del derecho cartular.

78.—La doctrina³¹⁶, y casi unánimemente se enseña, es que las excepciones *ex causa* son oponibles al poseedor de mala fe.

Para apreciar esa doctrina, es conveniente detenernos sobre una posible distinción en la amplia categoría de poseedores de mala fe, distinción que quizá no se destaca suficientemente por la doctrina y por la jurisprudencia.

La mala fe del poseedor se puede referir a la posesión del título, esto es, el poseedor puede tener mala fe en la adquisición del título, porque conozca la falta de titularidad del que se lo transmitió. En ese sentido, por ejemplo, habla de poseedor de mala fe el art. 332 del Código de Comercio y ahora el art. 20 (16 de la Convención) de la ley cambiaria, assimilando al poseedor de mala fe aquel que obró con culpa grave en la adquisición.³¹⁷

La doctrina indica en forma unánime que el poseedor de mala fe no es propietario del título; no es titular del derecho respectivo. Es lo que de otro modo determinan el art. 332 del Código de Comercio, revocado, y el art. 20 de la ley cambiaria.³¹⁸

En efecto, veremos que el titular del derecho consignado en el título de crédito, es el propietario de éste; en nuestro sistema (art. 707 cod. civil; 57 y 332 cod. de comercio; 20 de la Ley cambiaria) la posesión de buena fe de un título de crédito equivale a la propiedad; entonces, es titular del derecho el poseedor de buena fe, y no el de mala fe.³¹⁹

No siendo el poseedor de mala fe titular del derecho, no puede pretender el pago; no porque le sean oponibles éstas o aquellas excepciones, inoponibles al poseedor de buena fe, sino porque —como lo enseña la doctrina dominante— como no es acreedor no puede pretender pago alguno.

³¹⁶ *La Lumia, L'obbligazione cambiaria*, cit. pág. 259.

³¹⁷ En el derecho brasileño el art. 39, § 2 del D. 2044 de 31 de diciembre de 1908, habla de mala fe del poseedor en la adquisición del título.

³¹⁸ En el mismo sentido los arts. 39, § 2 y 36 § 5 del citado Decreto brasileño.

³¹⁹ En el derecho brasileño este principio se aceptó sólo en relación con los títulos cambiarios (arts. 36 y 39 del D. 2044).

El problema que preocupa al legislador, en este caso, es en verdad el de la protección al propietario despojado (en relación al poseedor) y en cuenta su solución en las normas que disciplinan el conflicto entre el propietario despojado y el poseedor³²⁰ y en las que regulan la validez del pago hecho al poseedor que adquirió el título de mala fe³²¹.

Distinto es el problema que surge en relación al portador que conoce la excepción; este problema pertenece a la protección del deudor (en relación al portador) y, en substancia, a los efectos de la literalidad y de la abstracción en los títulos de crédito³²².

79.—En la primera hipótesis, el poseedor del título no es su propietario, y, por tanto, no es titular del derecho respectivo.

La legitimación derivada de la simple posesión, puede permitir al deudor el pago, pero no existe ningún derecho del poseedor ni ninguna obligación del deudor, y tan es así, que este último, sujetándose a la prueba de la falta de titularidad del poseedor, puede rehusarse a cumplir la prestación.

Distinto radicalmente es el caso del titular, poseedor de buena fe en la adquisición de un título, y del derecho respectivo, que conozca la causa por la cual se asumió la obligación cambiaria, y, con más precisión, un vicio de esa causa, aunque no sea sujeto del convenio extra-cartular.

La doctrina a veces confunde esas dos hipótesis, hablando en uno y otro caso, de poseedor de mala fe; pero la diferencia es evidente. En el primer caso, el poseedor del título no es titular del derecho, y el deudor puede a su vez rehusarse al cumplimiento de la obligación, independientemente de las excepciones que eventualmente se le puedan oponer; en el segundo caso, el poseedor es titular del derecho, aunque conozca el vicio de la causa de la obligación cambiaria. Para convencernos de la plena titularidad del derecho en el poseedor que conoce la causa, basta recordar que seguramente es titular del derecho cartular el propietario del título que al mismo tiempo sea sujeto de la convención ejecutiva o de la relación fundamental, como, por ejemplo, en la hipótesis más frecuente del tomador en relación al emisor o al girador.

¿Cuál es la posición de ese poseedor, titular del derecho, pero que conoce el vicio de la causa de la asunción de la obligación, sin que sea

³²⁰ Cf. los artículos citados más adelante.

³²¹ Efectivamente, en virtud de la legitimación, el poseedor de mala fe puede presentarse al deudor y recibir la prestación. El pago será válido o no, según que el deudor incurra o no en dolo o culpa grave. Cf. más adelante, n. 250.

³²² No sería concebible, en esta hipótesis, abordar el problema de la invalidez del pago, que eventualmente tratase de hacer el deudor.

sujeto de la relación fundamental, respecto de la oponibilidad de las excepciones *ex causa*?

La doctrina italiana³²³ a veces respondía³²⁴ a esta pregunta, afirmando también la oponibilidad de las excepciones *ex causa* al poseedor que, conociendo el vicio, se calificaba sin más examen como poseedor de mala fe. Se justificaba esa solución, observando³²⁵ que el poseedor de mala fe no es propietario del título y tampoco es titular del derecho respectivo.

Las páginas anteriores nos permiten comprender la falta de base de esa argumentación.

8o.—Aislada de este modo la figura del poseedor que conoce el vicio de la causa y eliminadas las consideraciones que derivan de su confusión con figuras afines, se abre el terreno para una observación de notable importancia dogmática y práctica.

En efecto, creo poder afirmar que el poseedor que haya adquirido de buena fe la cambiaria, no puede ser atacado por las excepciones *ex causa*, aunque conozca el vicio que se le pretende oponer³²⁶, así como de un modo general, tampoco pueden perjudicarle las excepciones derivadas de las relaciones del deudor con los poseedores anteriores, aunque conozca tales relaciones.

Esa conclusión antes de la Convención de Ginebra, podría parecer heterodoxa, pero ahora se acepta comúnmente por la doctrina, y, como veremos, se consagra explícitamente en la convención internacional de Ginebra y en la ley cambiaria promulgada en ejecución de aquella convención.

Que ésta no tenga al respecto un carácter innovador, es lo que resultará del examen que iremos haciendo, iniciándolo con las disposiciones del Código de Comercio, disposiciones que encuentran, aun en la actualidad, concordancia en el derecho comparado (por ejemplo, art. 51 de la ley brasileña sobre la cambiaria, decreto N° 2044, de 31 de diciembre de 1908, que concuerda casi *ad litteram*, con el art. 324 del código italiano, revocado).

81.—El art. 324 consagra expresamente la inoponibilidad de las excepciones que no derivan de relaciones personales entre el deudor y el que presenta el título, y esa inoponibilidad es la base³²⁷ de la doctrina común sobre la abstracción de la cambiaria.

Exegéticamente, es indiscutible que el conocimiento que el poseedor

³²³ *La Lumia, L'obbligazione cambiaria*, cit. pág. 259.

³²⁴ Me refiero a la doctrina anterior a la Convención de Ginebra. Cf. para la doctrina posterior, más adelante, n. 84.

³²⁵ *La Lumia, ob. cit.* pág. 259.

³²⁶ En este caso es obvio que no se trata de un sujeto de la relación extra-
cartular.

³²⁷ Aunque, como vimos, se relaciona con los demás argumentos anteriormente expuestos. Cf., en efecto, lo que indicamos en el n. 59 sobre la redacción del art. 324.

tenga de las relaciones personales de los poseedores anteriores no equivale a que tenga en lo absoluto la calidad de sujeto de esas relaciones, de tal manera que las excepciones que de ellas pueden derivar no le son, en absoluto, personales.

Dogmáticamente, la abstracción de la obligación envuelve la independencia de la causa, y eso sin pensar que el acreedor tenga o no conocimiento de la misma. Ese conocimiento no equivale, en modo alguno, a una participación en la convención ejecutiva o en la relación fundamental, y es perfectamente compatible con el absoluto distanciamiento de la convención ejecutiva y de la relación fundamental.

Tan es verdad, que la oponibilidad eventual de las excepciones *ex causa* al tercero poseedor que conoce su existencia, no podría encontrar la justificación que tiene la oponibilidad de las excepciones *ex causa* al poseedor, sujeto de la relación fundamental. Sobre este punto, vimos que la doctrina recurre a la teoría de la compensación, juzgando que el deudor puede oponer como compensación el crédito de repetición, que derivaría de la relación fundamental, en caso de pago. Ahora bien, el crédito derivado de la relación fundamental, evidentemente, sólo se puede oponer como compensación al sujeto de esa relación y no al que simplemente la conoce.

Si la regla que combatí fuese exacta, tendría que ser aplicable no sólo en relación con las excepciones *ex causa*, sino también en relación con las excepciones derivadas de cualesquier relaciones personales del deudor, conocidas por el tercero poseedor. En efecto, vimos que la oponibilidad de las excepciones *ex causa* no constituyen sino un caso particular de oponibilidad de las excepciones derivadas de relaciones extra-cartulares. La doctrina común jamás afirmó esa consecuencia³²⁸, reconociendo implícitamente la falta de base a la posibilidad de oponer las excepciones *ex causa* al poseedor que conoce simplemente la relación fundamental.

Admitida la explicación común sobre la oponibilidad de las excepciones personales, basada en los principios de la compensación, mi tesis se consagra en el mismo art. 1291 del cod. civ., que disciplina la compensación en las hipótesis de la cesión, y determina que la compensación presupone no el conocimiento del adeudo (como sucede con el poseedor que conoce la causa), sino el hecho de que los interesados sean sujetos de la relación respectiva (lo que no sucede con el poseedor que conoce la causa).

La doctrina común a través de una concepción errónea de la relación

³²⁸ Las excepciones que se basan en las relaciones personales entre deudor y acreedor (*pactum de non petendo*, obligación de renovación, etc.) no son oponibles al tercero poseedor, que las conoce (*Bonelli*, pág. 601) ni en este aspecto surgirán las dudas que se manifiestan respecto de las excepciones causales.

entre buena fe y abstracción, llegó a las consecuencias que combato. La abstracción de la obligación cambiaria, como la abstracción de la obligación en general, no se identifica con la buena fe del acreedor, y por tanto no puede depender de la existencia de éste. A su vez, el poseedor de buena fe no tiene su protección únicamente en los principios de la abstracción, puesto que, como veremos, también es invulnerable a algunas excepciones derivadas de los vicios de constitución del derecho cartular.

Esa confusión de la doctrina común se demuestra claramente por las reglas particulares que se acostumbra enunciar en cuanto a la disciplina de la posición del poseedor que conoce el vicio.

De este modo se enseña que para apreciar la buena o mala fe del poseedor no sólo es necesario atender al momento de su adquisición, sino también a que la buena fe del poseedor intermedio convalide la mala fe del poseedor sucesivo.³²⁹

Esta última regla, a pesar de la divergencia de *Segré*, me parece exacta, pues el referirse a la adquisición del título construye una hipótesis análoga a la que se verifica en la adquisición de cosas muebles: la buena fe del poseedor intermedio convalida la mala fe del sucesivo; éste, adquiriendo de un poseedor de buena fe, adquiere *a domino*, importando poco que sepa o ignore que su antecesor haya adquirido *a non domino*.

Sin embargo, no es lógico aplicar esa regla a la mala fe constituida por el conocimiento del vicio de la causa.

Si la abstracción de la cambial cesa de obrar en relación con el poseedor que conoce el vicio, no hay razón alguna que pueda dar importancia a la buena fe del poseedor intermedio.

En verdad, la doctrina que combato acaba por llegar a las mismas consecuencias a que llegan las teorías que reconocen en la cambial una obligación causal y abstracta al mismo tiempo: abstracta frente al poseedor de buena fe, causal en relación a otro cualquiera.

Una y otras están debilitadas por la misma confusión, entre los efectos de la abstracción de la obligación y los efectos de la buena fe del poseedor.

Si nos atenemos con firmeza al principio de la abstracción de la cambial tendremos que reconocer que el deudor cambiario sólo puede oponer al acreedor las excepciones extra-cartulares derivadas de las relaciones que con él se hayan tenido.

En substancia, nos encontramos frente al mismo fenómeno que ilustramos al tratar de la literalidad. En la obligación cambiaria, la abstracción de la obligación también rechaza, del ámbito de las relaciones personales, la causa

³²⁹ *La Lumia*, ob. cit., pág. 164 y, más adelante, n. 219.

de la obligación, y también las excepciones *ex causa*, sólo se pueden oponer entre los que hayan participado en la relación extra-cartular.

82.—Se hacen distintas consideraciones en relación con las excepciones derivadas del negocio de constitución del derecho cartular y que entraña una investigación de la transmisión del título.

Estas excepciones, como veremos³³⁰, son inoponibles tan sólo a los poseedores ignorantes del vicio. Son también inoponibles al poseedor ignorante del vicio, el error, el dolo y la violencia en la constitución del derecho cartular.

83.—La tesis que expongo es menos heterodoxa de lo que pueda parecer a primera vista.

Bonelli ya enseñó la inoponibilidad de la excepción de falta de causa, al tercero poseedor, aunque la conozca; es el propio *La Lumia* quien, aunque sosteniendo los principios que combatía, observa que el poseedor, cuando conoce el vicio, entra en colusión con el propio endosante en perjuicio del deudor.

Mas si hay colusión, el endoso es fraudulento y nulo, y el endosante no sólo conocerá el vicio, sino que no podrá, como lo creemos mejor, volverse propietario del título y titular del derecho respectivo, encontrándose en la misma situación de un poseedor de mala fe en la adquisición del título. Como tal, no puede gozar de derecho alguno independientemente de las excepciones causales que eventualmente existan.

Por otra parte, fue *Brüt* quien al distinguir rigurosamente los efectos de la abstracción y los de la protección a la buena fe, anunció los principios antes desarrollados; *Grünhut* fue quien consideró oponible la *exceptio doli* solamente al poseedor que no sólo conozca el vicio causal, sino que se coluda con el propio endosante en perjuicio del deudor³³¹.

84.—La Convención de Ginebra (1930), sobre la unificación de la disciplina de la letra de cambio, seguramente se inspira en los principios que aquí defiende, determinando en su art. 17: “Les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur”.

Ese es el derecho vigente en los Estados que introdujeron en su derecho interno la Convención de Ginebra (art. 21 de la ley cambiaria italiana).

³³⁰ Cf. más adelante, ns. 243 y 244.

³³¹ Cf. a *Bonelli*, pág. 598 y sigs. y pág. 22; a *Brüt*, *Abstrakte Forderung*, pág. 248; a *Dernburg*, *Bürgerliches Recht*, vol. II, pág. 276; a *Grünhut*, *Wechselrecht*, vol. II, pág. 139, y ahora a *Lescot*, vol. I, pág. 492; en sentido abiertamente contrario, a *Staub*, *Wechselordnung*, en el comentario al art. 8. g.

Volveremos dentro de poco a la última parte de ese artículo (*à moins que le porteur en acquérant la lettre n'ait agi sciemment au détriment du debiteur*), pues aquí tan sólo deseó observar que, en principio, la disposición excluye claramente que el simple conocimiento del vicio sea suficiente para hacer oponible la excepción; para que ésta sea oponible, no basta el simple conocimiento, sino que es necesario que el portador, al adquirir la cambiaria, haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor. Actualmente esta es la interpretación dominante de esa norma ³³².

Esa interpretación adquirió prestigio por el examen de los trabajos preparatorios de la conferencia de Ginebra, en los cuales se ve que no fueron aceptadas las observaciones que trataba de admitir la oponibilidad de las excepciones por el simple conocimiento de las mismas; que el artículo quería consagrara la inoponibilidad de las excepciones con la única reserva de la *exceptio doli generalis*, reglamentada en la última parte del artículo ³³³.

Esa interpretación es además la única coherente con la disciplina de la hipótesis del portador que al adquirir la cambiaria haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor. A este portador, excepcionalmente, son oponibles las excepciones, lo que confirma que no son oponibles a quien no esté en esas condiciones.

85.—En la última parte del art. 21 se quiso introducir la *exceptio doli generalis*, que constituye, en substancia, el remedio tradicional que proviene del derecho común, en materia de negocios abstractos.

³³² Valeri, *Diritto cambiario*, vol. I, pág. 303; Angeloni, *Cambiale*, pág. 164; Bracco, *La Cambiale secondo la legge uniforme*, pág. 58, en relación con la primera edición de estos estudios. V. también a Michelis, *Wechselrecht*, 1932, en relación con el art. 87 de la ordenanza alemana de cambio, a cuya redacción se approximó el art. 17 de la Convención. En contra Messineo, *Titoli di credito*, 2^a ed. p. 180 y *Appendice*, y Mossa n. 454, pág. 57, para quien el simple conocimiento necesariamente implica la existencia de la excepción de la última parte del art. 21. La hipótesis de la firma de favor, pone de manifiesto la diferencia entre los dos casos. Debe notarse la consecuencia práctica sostenida en el texto, que también se acepta en el derecho inglés: Chalmers, *Bill of exchange*, ed. 1930, pág. 30; Salmon, *Law of contracts*, ed. de 1927, pág. 15 y sigs.

³³³ Cf. las actas de la conferencia de Ginebra, pág. 291. Las actas de la conferencia fueron publicadas por la Sociedad de las Naciones y constituyen el vol. C. 148 M. 47 de 1931. También véanse allí las declaraciones de los diversos delegados sobre el derecho vigente en los distintos países, confirmándose que la norma del art. 17 de la convención, corresponde al derecho ya vigente en Alemania y en Inglaterra. El derecho francés, por su parte, era distinto antes de la introducción de la convención cambiaria, en el cual, como hemos observado en diversas ocasiones, es menos preciso el concepto de la autonomía y de la abstracción cambiarias.

La delimitación de la hipótesis en el fondo casi fue el fruto de una transacción entre las diversas tendencias que se habían manifestado en los proyectos anteriores a la convención y se volvieron a manifestar entre los delegados³³⁴.

En primer lugar, conviene señalar que el art. 21, al disciplinar el caso que se examina, se refiere *al momento de la adquisición del título*: ese es el momento que se debe considerar para juzgar si el portador obró “sciemment au détriment du débiteur”³³⁵.

En segundo lugar, es preciso tener presente que el portador no sólo necesita haber adquirido la cambial conociendo el vicio, sino que debe haber obrado con la conciencia de acarrear un daño al deudor³³⁶.

Debe reconocerse que no es fácil la identificación más precisa de la hipótesis, frente a la variedad de los casos posibles, y que solamente la jurisprudencia es la que podrá, en la medida que se haga necesaria, aclarar más el alcance de la norma.

Hasta podrá haber casos en que el conocimiento de la excepción, en el momento de la adquisición del título, también implique el conocimiento de acarrear un perjuicio al deudor³³⁷.

³³⁴ Cf. en efecto, en las actas indicadas, las declaraciones del presidente Giannini, que se refieren a la discusión.

El anteproyecto, en la primera conferencia de La Haya, en el art. 17, se refería en forma genérica a la mala fe del portador; el reglamento uniforme de La Haya, en los arts. 16 y 18, exigía, para la oponibilidad de las excepciones, la colusión fraudulenta; el proyecto de los peritos, en sus arts. 16 y 18, volvió a hablar de mala fe, y en el fondo estas incertidumbres son las mismas que examinamos en las páginas anteriores, prescindiendo de la convención de Ginebra.

³³⁵ Desde este punto de vista la hipótesis que examinamos, aunque permanece en los límites de la *exceptio doli generalis*, se distingue de la tradicional *exceptio doli generalis o praesentis*. Cf. a Trabucchi, *Il dolo*, Padua, 1937, pág. 344.

Véanse en Trabucchi, pág. 340, los elementos generales de la distinción entre la *exceptio doli generalis* y la *exceptio doli praeteriti* (esto es, la excepción que se vincula con el dolo en la formación del negocio jurídico). La *exceptio doli generalis* no constituye una institución general de nuestro derecho, de modo que no se puede recurrir a ella fuera de los límites en que legalmente se reconoce. Por el contrario, en el código alemán, sí se reconoce de modo genral. Cf. el estudio de Rabel, en el *Anuario di diritto comparato*, I, 1926, pág. 46. En otros códigos (como el Suizo y los códigos recientes de Turquía y de Lichtenstein) se consagra una obligación general de obrar de buena fe. Respecto de estas tendencias, véanse las observaciones de Gadov en *Jherings Jahrbücher*, 1934, 174.

³³⁶ Recuérdese a los autores antes citados.

³³⁷ Este es el verdadero elemento de la tesis de Mossa, antes indicada.

El “perjuicio” debe ser un perjuicio “anormal”, o sea, la pérdida de la posibilidad que normalmente tendrá el deudor de recuperar a su vez de su deudor, la suma que paga al tercero tenedor de la cambial. (Cf. a Valeri, vol. I, pág. 306). Tal puede

Por tanto, es menester que se note la diferencia lógica entre los dos conceptos: conocimiento de la excepción y conciencia de causar perjuicio ³³⁸. La importancia de la convención ginebrina justamente reside en haber afirmado esa distinción conceptual ³³⁹.

En tercer lugar, es fácil observar que la *exceptio doli generalis* no constituye una excepción autónoma ³⁴⁰, sino el presupuesto para que se puedan oponer las excepciones causales y extra-cartulares en general (excepciones personales) ³⁴¹.

En cuarto lugar, conviene recordar que el hecho de que el portador haya adquirido la cambiial obrando a sabiendas en perjuicio del deudor,

ser el caso hasta en la hipótesis del conocimiento de una excepción de compensación, cuando el tercero adquirente además conozca la inminencia de la quiebra del tenedor precedente, de manera que el deudor no tenga la posibilidad de recuperar su crédito. (Cf., en este aspecto, la declaración de *Percerou* en la 16^a reunión de la conferencia de Ginebra. *Comptes rendus*, p. 291; *Percerou*, justamente sustentó la solución arriba indicada, al interpretar el art. 17 de la Convención). Tal es, a mi modo de ver (Cf. *Rivista di diritto commerciale*, 1934, I, 560), el mismo caso en la hipótesis del conocimiento de la ilicitud de la causa, cuando el deudor no pueda (en virtud de la regla *nemo auditur turpitudinem suam allegans*) repetir, contra su deudor, por la suma pagada al tercero tenedor de la cambiial. Este no es el caso normal sobre el conocimiento del hecho de que la firma sea de favor (cf. más adelante n. 86), pues el deudor entonces tiene la posibilidad de repetir contra el favorecido por la suma que paga al tercero.

En la hipótesis de dolo, generalmente el adquirente de la cambiial la adquiere sin contraprestación alguna, prometiendo una contraprestación tan sólo en el caso en que consiga recibir del deudor el valor del título. Cf. sobre la importancia de este elemento en la apreciación de la mala fe o dolo del adquirente, más adelante n. 186.

³³⁸ El art. 21 se sujetó a un profundo análisis por *Bigiavì*, en el fasc. 18 del vol. LXIII (1938) y en el fasc. XIX del vol. LXV (1940) del *Foro Italiano*. Desgraciadamente no pude valerme de esos estudios.

³³⁹ La posibilidad de que el deudor a su vez recupere del propio deudor, la suma pagada al tercero portador de la cambiial, justifica equitativamente la inoponibilidad de la excepción al tercero portador, aunque conozca esa situación sin incurrir en el dolo del art. 21, o sea, siempre que el portador, al adquirir el título, no haya obrado con conocimiento de que para el deudor no existía esta posibilidad de reembolso. De este modo se concilia la tutela del tercero portador y la del deudor.

Distinta es la situación sobre las excepciones cartulares, y por eso es natural el límite distinto sobre la inoponibilidad de estas excepciones. Cf. n. 244.

³⁴⁰ Desde este punto de vista, también se distingue de la tradicional *exceptio doli praesentis*.

³⁴¹ Por eso, aunque generalizada, no es exacta la tendencia a incluir la *exceptio doli* del art. 21, entre las excepciones cambiarias, en el mismo plano de las otras. En realidad, las excepciones personales se oponen al tercero poseedor, en el momento en que concurren los requisitos del art. 21, y se trata no de una excepción autónoma, sino de la condición para la oponibilidad de las excepciones personales.

no implica que incurra en mala fe o culpa grave "en la adquisición del título" (art. 20 de la ley; 16 de la Convención)³⁴², lo que interesaría en la falta de titularidad del derecho.

La redacción de la norma del art. 21 permite a su vez sostener dos consecuencias posteriores.

En primer lugar, las excepciones extracartulares —y ya lo observamos en las excepciones extra-cartulares en general y en las causales en particular— solamente se pueden oponer por el deudor que haya participado en la convención a que se refieren. En efecto, la última parte del artículo 21 evidentemente se refiere, al hablar de deudor, no a cualquier deudor, sino a un deudor determinado³⁴³. Las excepciones extra-cartulares encuentran un doble límite, esto es: en relación al acreedor al que se oponen y en relación al deudor que puede oponerlas.

En segundo lugar, podemos sostener la falta de importancia de la buena o mala fe del poseedor intermedio para los fines de la oponibilidad de esas excepciones.

En efecto, el art. 21 solamente se refiere a la voluntad del portador, independientemente de la buena o mala fe del poseedor anterior. No podría ser de otra manera, tratándose de un límite que deriva de la presencia de dolo en el que ejerce la acción, en cuanto a la inoponibilidad de las excepciones.

La reglamentación de las excepciones causales en los títulos abstractos corresponde a la general de las excepciones extracartulares. No debe sorprendernos, porque si se afirma que un título es abstracto, se afirma que su causa se determina en un convenio ajeno al negocio cartular, siendo por tanto extra-cartular la excepción respectiva; por eso es común el fundamento exegético de la reglamentación de las excepciones extra-cartulares y de las causales en los títulos abstractos, porque en uno y otro caso, se trata de excepciones "personales" derivadas de convenios extra-cartulares.

86.—La exactitud de los principios que desarrollo se confirma fácilmente, si se tiene presente uno de los casos más discutidos por la doctrina cambiaria: el de las suscripciones cambiarias de favor.

Se puede observar a diario la frecuencia con que se suscriben cambiales (como aceptante, emisor, endosante, avalista), sin que exista la menor intención en el que firma, de pagar el vencimiento, sino solamente la de facilitar

³⁴² A su conocimiento realmente se refiere el vicio del derecho cartular (por ejemplo, ilicitud de la causa) y no a la falta del derecho de su antecesor. Cf. las consideraciones que se hicieron en el párrafo anterior.

³⁴³ Esta consecuencia se relaciona con la autonomía de las obligaciones cambiarias (art. 7 de la ley italiana). En el derecho brasileño cf. art. 43 del D. 2044.

la circulación de la cambial en interés de otro obligado, que se compromete ante quien firma de favor a evitar que éste tenga que pagar la cambial —a pesar de su firma—³⁴⁴.

El favor —perdónesenos la expresión— justamente consiste en que ponga su firma el que la presta, sin que en manera alguna llegue hasta su pago.

El interés en aumentar el crédito de la cambial, aumentando las firmas; la necesidad de presentar cambiales con más de una firma, para los efectos del descuento bancario, de consignar una relación comercial por medio de un giro emitido por un comerciante y aceptado por otro en vista de la mayor facilidad del descuento del giro³⁴⁵, hace frecuente esta práctica nefasta, que también la doctrina italiana tiene cuidado de examinar con esmerada atención³⁴⁶.

La Doctrina y la Jurisprudencia³⁴⁷ están de acuerdo en los lineamientos fundamentales de la disciplina del negocio cambiario de favor: aquel que pone una firma de favor se obliga ante cualquier poseedor, aunque éste sepa o ignore que la firma es de favor. Solamente al favorecido o al que haya participado en el convenio en virtud del cual se hace el favor, se les podrá oponer la excepción de la firma de favor, y negárseles el pago³⁴⁸.

¿Cuál es la justificación de esa reglamentación? Se respondió³⁴⁹ que la firma de favor no pasa de ser una firma de garantía del favorecido, en relación a terceros; de allí sus efectos respecto de terceros y no en relación con el beneficiado.

Pero esta explicación así aislada en el marco del derecho comparado³⁵⁰,

³⁴⁴ Cf. también n. 244.

³⁴⁵ Especialmente *La Lumia, Rivista di diritto commerciale*, 1920, I, pág. 585 y sigs.

³⁴⁶ Cf. ns. 70 y 244. Sobre la duplicata del derecho brasileño, cf. n. 130.

³⁴⁷ Cf. el estudio citado de *La Lumia* y, por último, en la jurisprudencia, Cass. del Reino, 6 de junio de 1931, *Foro It.*, 1932, I, pág. 183, con mi comentario; 27 de diciembre de 1932, *Foro It., Rep.* 1932, col. 492, 6; 26 de enero de 1935; *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1935, II, p. 154; el derecho brasileño cf. a *Lacerda*, ob. cit., pág. 408 sosteniendo expresamente los principios del texto. Una reglamentación legislativa sobre la firma de favor se encuentra en el derecho anglo-norte-americano (art. 28, Bill Exchange Act.; 29 N. I. L.).

³⁴⁸ En igual sentido, art. 28 Bill Exchange Act.; 29 N. I. L.

³⁴⁹ Especialmente *La Lumia*, ob. cit., pág. 609 y sigs., en la doctrina francesa *Lacour y Bouteron*.

³⁵⁰ En la doctrina francesa, como se puede ver en el artículo citado, del mismo *La Lumia*, la firma de favor se considera, en general, como simulada, fraudulenta o falta de causa, y de ella se deduce (en contraste con lo que se admite en Italia) la oponibilidad de la excepción, al tercero que la conoce, lo que es coherente con la orientación general francesa sobre este problema.

me parece que contrasta con la naturaleza de la firma de favor. Quien da una firma de favor, no quiere otorgar una garantía, quiere simplemente proporcionar al favorecido el medio de presentar la cambial con más de una firma.

Desde luego no se debe excluir en absoluto, que la obligación cambiaria tenga una función de garantía, cualquiera que sea la forma en que se asume (aceptación, endoso...) ³⁵¹; es esta justamente la consecuencia de la abstracción cambiaria, pero la función de la firma de favor no es de garantía.

El "favor", en las relaciones internas, consiste en el otorgamiento de la firma, sin intención alguna de otorgar una garantía; el pago de la cambial por el que pone su firma —que en las hipótesis de las firmas de garantía constituye la ejecución de la obligación asumida— en las hipótesis de la firma de favor es solamente una consecuencia del perfeccionamiento de la obligación desde el punto de vista cambiario, aunque no lo deseé el signatario.

Quien firma en garantía, puede obrar contra el afianzado, por la restitución de lo que pagó, y no se podrá eximir de la propia obligación más que en las hipótesis del art. 1919 del cod. civ.; el que firma de favor, siempre podrá pedir al favorecido remesa de fondos para el pago de la cambial, y aún obrar contra el favorecido para el resarcimiento de los daños sufridos con el pago de la cambial, que según el convenio de favor, debía pagarse por el favorecido o con los fondos que éste oportunamente remitiera. Si el garante no paga la cambial y ésta se protesta, nada podrá pretender de la persona cuya obligación garantizó, siendo éste quien eventualmente podrá invocar el incumplimiento del contrato; si, por el contrario, quien pone la firma de favor no paga y la cambial se protesta, el favorecido nada podrá exigir, siendo el que firmó de favor el que podrá invocar la falta de cumplimiento al contrato.

No es posible asimilar la firma de favor con la de garantía, sin confundir dos negocios distintos. En realidad, en la firma de favor falta una relación fundamental ³⁵² jurídicamente importante y lícita ³⁵³.

³⁵¹ Cf. en igual sentido n. 68.

³⁵² Estas premisas ahora se aceptan por la doctrina dominante: *Carnelutti, Teoria della circolazione*, ns. 69 y 83; *Valeri, Diritto cambiario*, I, 294, en relación con la primera edición de estos estudios. En el derecho brasileño Lacerda, ob. cit. p. 408, habla en igual sentido de la falta de causa. En la doctrina anglo-norteamericana se reconoce en la cambial de favor (*accommodation paper*) una falta de *consideration*. Cf. a *Daniel*, ob. cit., p. 216 y sig.

³⁵³ No hay ninguna acción, más allá de la cambiaria, contra el signatario de favor: desde que éste pone su firma en el título, y efectúa la entrega material del

Eso no impide que también ³⁵⁴ la firma de favor persiga un fin propio, como hace poco lo hicimos notar, determinado por el que se podría llamar convenio de favor ³⁵⁵.

La doctrina y la jurisprudencia reconociendo que la excepción de favor no se puede oponer al tercero, aunque la conozca ³⁵⁶, sino sólo al sujeto del convenio de favor, implícitamente reconocen que es ese el límite de la oponibilidad de las excepciones causales, y, por tanto, apoyan lo que expusimos en páginas anteriores.

Solamente en relación con el que al mismo tiempo sea poseedor de la

título, cumple con su obligación hacia el favorecido. Cf. ahora a *Valeri, Diritto cambiario*, Vol. I, pág. 294.

Por eso entiendo que quien promete poner una firma de favor en una cambial, no asume una verdadera "obligación" jurídica y no puede llamarse por eso a juicio para condenársele a otorgar una firma de favor o al resarcimiento de los daños, sino hasta después de que ponga su firma. Me parece que el lenguaje común revela esa distinción hablando de firma de "favor", esto es, de firma que no se pone en ejecución de una obligación jurídica válida.

El convenio de favor constituye uno de los muchos ejemplos de relaciones sin sanción jurídica; lo que, a su vez, de cualquier manera derivaría de su fraudulencia.

En este caso podemos encontrar un fenómeno, en cierto aspecto tal vez semejante al de la ejecución espontánea de obligaciones sin sanción jurídica; la inoponibilidad de la excepción en este caso puede aproximarse a la de falta de repetición de la ejecución de esas obligaciones.

³⁵⁴ Acepto la observación de *Valeri*, ob. I, cit.

³⁵⁵ En la doctrina francesa se habla en esta hipótesis de simulación y fraude. De hecho en esta hipótesis hay un fenómeno en apariencia semejante al de la simulación absoluta de la causa, mas en substancia son distintos. Cf. también más adelante, n. 244.

En efecto, el negocio cambiario, como tal, no es simulado; el que firma de favor asume consciente precisamente el riesgo de pagar la cambial; el carácter de favor de la firma deriva de un convenio extra-cartular, cuyos sujetos no son los de la relación cartular; mientras que en la simulación los sujetos de la relación simulada necesariamente son también sujetos del convenio de simulación. Cf. también a *Belleza dos Santos, A simulação*, Coimbra, 1921, vol. I, p. 148.

El uso de la cambial es fraudulento cuando con él se trata de hacer creer en la existencia de una relación fundamental (p. ej. venta de mercancías), que en realidad no existe (cf. antes p. 123 en cuanto al carácter económico del descuento cambiario). En el fondo es en este aspecto sobre el que el problema corrientemente se examina en materia de quiebras. En el derecho brasileño cf. las sentencias citadas por *Lacerda, ob. cit.*, pág. 402, y a *Pontes de Miranda, Nota promissoria*, pág. 248; y, sobre la duplicata brasileña, más adelante, n. 130.

³⁵⁶ Prescindiéndose de su fundamento jurídico (que justamente se encuentra en la interpretación anteriormente desarrollada, tanto del art. 324, cuanto del art. 21) esta solución aceptada en Italia, Inglaterra, Estados Unidos, Brasil, etc., me parece preferible en su aspecto práctico. La inoponibilidad de la excepción constituye, en este caso, la reacción más eficaz contra el fraude.

cambial y sujeto del convenio causal, el vicio causal de la obligación cambiaria podrá dar lugar a un crédito de repetición, oponible como compensación al crédito cambiario ³⁵⁷.

87.—Para entender perfectamente esa regla, es oportuno agregar que la inoponibilidad al tercer poseedor de las excepciones *ex causa* encuentra un límite cuando éste y el que le transfirió el título se hayan coludido en perjuicio del deudor.

Si el adquirente se coludió con su antecesor para imposibilitar al deudor la oposición de las excepciones, caeremos en la hipótesis de la transmisión fraudulenta. En estos casos, la transmisión del título no puede quitar al deudor la posibilidad de oponer, al nuevo poseedor, las excepciones que habría podido oponer al poseedor anterior y eso de plena conformidad con la doctrina general del negocio fraudulento.

Hay en esa norma una defensa del deudor cambiario contra cualquier colusión en su perjuicio, de acuerdo con el respeto de la abstracción de la obligación cambiaria.

88.—Con la reglamentación de la *exceptio doli generalis* en el artículo 21, la ley cambiaria amplió, en principio, el ámbito de esa conocida excepción: para que se oponga, de acuerdo con la redacción del art. 21, no es necesario que haya colusión fraudulenta entre endosante y endosatario: basta (independientemente de cualquier investigación sobre la voluntad del endosante) que el endosatario (adquirente), con motivo de la adquisición, tenga el propósito de perjudicar al deudor.

Permítansen dos observaciones ulteriores en este aspecto: a).—La norma, por su carácter y por la propia redacción legislativa, encuentra aplicación en todas las excepciones extra-cartulares, y no sólo en las causales; b).—por tanto, también encuentra aplicación en el ámbito de los títulos causales ³⁵⁸, por identidad de razón. Aunque se haya elaborado el artículo 21 para la cambial, me parece que en realidad resolvió un problema que es de carácter general, haciendo además posible su aplicación analógica para todos los títulos de crédito.

³⁵⁷ Otra consecuencia de los principios que defiendo, se encuentra en la oponibilidad de la excepción de abuso del título en blanco. Esta se podrá oponer a todos los que hayan recibido en blanco la cambial, pero no se podrá oponer al tercero poseedor de buena fe que adquirió la cambial después de que se llenaron las partes en blanco, aunque conozca esta situación, a menos que le sea aplicable la *exceptio doli generalis*. V. antes, n. 20. Cf. el art. 10 de la Convención de Ginebra (14 de la ley cambiaria).

³⁵⁸ En relación con las excepciones extra-cartulares, recuérdese que en los derechos causales las excepciones *ex causa* no son *extra-cartulares*.

89.—Las consideraciones que he venido desarrollando conducen a un resultado muy simple que las resume a todas.

Solamente se pueden oponer al poseedor de un título de crédito las excepciones derivadas del título y de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción, y las derivadas de las relaciones personales del poseedor con el obligado.

Son las mismas palabras del viejo art. 324 del Cod. de comercio, y creo que resumen y corroboran mis conclusiones.

En la terminología de nuestro sistema jurídico (cf. art. 1193 del cod. civ.) y de nuestra doctrina (a propósito de los arts. 1290, 1291, 1278 del cod. civ.) justamente son excepciones personales las que derivan de una determinada relación entre deudor y acreedor, de tal manera que se pueden distinguir de las excepciones que derivan del adeudo como tal. Es, pues, perfectamente de acuerdo con la terminología legal interpretar las excepciones personales del art. 324 como referentes a las relaciones extra-cartulares.

Las únicas excepciones oponibles al poseedor, son, entonces, las derivadas del título, o, mejor dicho, de la existencia y de la eficacia de la obligación cambiaria invocada, y, como compensación, las derivadas de las relaciones que le son personales al poseedor de la cambial. Esta regla es común a todos los títulos de crédito, abstractos y causales.

Sin embargo, en los derechos cartulares abstractos, al contrario de los causales, la causa no forma parte del negocio cartular, sino de una relación distinta, y, por tanto, sus vicios son inoponibles al portador que no sea simultáneamente titular de esa relación distinta, de acuerdo con lo que sucede con las excepciones extra-cartulares en general ³⁵⁹.

El poseedor que ignora el vicio aún queda más protegido, pues, como veremos, le son inoponibles hasta otras excepciones, entre ellas las *ex causa* en los derechos causales ³⁶⁰.

90.—Los principios que estamos desarrollando, necesitan una aclaración; presuponen una coordinación con la reglamentación de la compensación, a la que recurrimos para explicar la oponibilidad de las excepciones al portador que al mismo tiempo es sujeto del convenio extra-cartular. El artículo 1291 del cód. civ., al reglamentar la compensación, establece dos principios distintos, afirmando, por un lado, que el deudor que haya consentido la cesión no puede oponer al cesionario la compensación que habría

³⁵⁹ Por eso la disciplina de las excepciones en los títulos de crédito se puede basar en un único principio aunque de distinto alcance conforme la causalidad o la abstracción de la obligación.

³⁶⁰ Cf., más adelante, n. 246.

podido oponer antes de su aceptación; por otro lado, si no se verifica esa hipótesis, podrá oponer como compensación los créditos existentes antes de la notificación de la cesión.

La relación de ese precepto con la doctrina de los títulos de crédito ³⁶¹, me parece que recientemente ha sido señalada ³⁶², con la observación de que el suscriptor, por el solo hecho de la suscripción del título consiente en la circulación de un derecho, mientras que ésta obedezca a las normas propias de la circulación del título de crédito —nominativo, a la orden, al portador— constituyendo así una transmisión que tiene por objeto inmediato el título, de cuya propiedad después surge en forma autónoma el derecho de los titulares sucesivos. Como se ha escrito con insistencia, la adquisición del título constituye el *prius*, y la del derecho el *posteriorius*, pues de la propiedad del primero surge la titularidad autónoma del segundo. Esa construcción esencialmente se coordina con el principio de que la circulación de los derechos cartulares se regula por los principios que rigen a la circulación de las cosas muebles y no por los que rigen la circulación de los créditos ³⁶³.

Cuando el título circula de acuerdo con las normas propias de su circulación, su titular es un titular autónomo en este caso —de acuerdo con las normas, que se mencionan en materia de compensación—, él será invulnerable a las excepciones derivadas de relaciones extra-cartulares en las que no haya participado.

Esto no excluye que el derecho cartular se pueda transferir de acuerdo con las reglas del derecho común, esto es, que la transmisión pueda tener como objeto directo el derecho cartular y no el título. Esta posibilidad se admite expresamente en la ley cambiaria, en su artículo 25, que prevee por un lado, una cesión del derecho cambiario por instrumento distinto; y por otro, determina que después del protesto ³⁶⁴, el endoso de la cambial sólo tiene los efectos de una cesión ³⁶⁵, y aplicando en uno u otro caso las

³⁶¹ Nótese que las observaciones del texto conciernen a todos los títulos de crédito, tanto a los abstractos como a los causales.

³⁶² Valeri, *Diritto cambiario*, vol. I, pág. 143.

³⁶³ Cf. más adelante, n. 172.

³⁶⁴ O de los plazos para el protesto. En el derecho brasileño el art. 8 § 3, Dec. 2044, se refiere al vencimiento. Cf. en general, a Whitaker, p. 149, lo que dice respecto de las transmisiones de la cambial con las reglas del derecho común.

³⁶⁵ Aunque tenga la "forma" de un endoso —con la consecuente transmisión de la posesión del título— y por tanto no sea necesaria la notificación. Por la falta de notificación, el deudor no puede pagar válidamente al endosante. El pago, en efecto, no puede hacerse sin la presentación de la cambial. Cuando la cesión se haga con la forma de endoso, sólo el endosatario-cesionario es el que, teniendo la posesión del título, puede cobrar su valor.

reglas del derecho común, consagra la oponibilidad de las excepciones ³⁶⁶.

Cuando la transmisión —prescindiendo de su forma— tiene por objeto directo el derecho cartular y no el título, también son aplicables las reglas del derecho común.

Por un lado, el titular del derecho cartular no puede considerarse entonces como titular autónomo, y su derecho por eso está subordinado a la existencia del derecho de su antecesor; por otro lado, le serán oponibles las excepciones derivadas de convenios extra-cartulares, oponibles a su antecesor ³⁶⁷. Y serán oponibles en tanto que el deudor no haya consentido la cesión ³⁶⁸.

Con precisión se observó ³⁶⁹ que así como el suscriptor del título, al asumir su obligación, necesariamente consiente en la circulación del derecho cartular, de acuerdo con las normas propias del título de crédito; del mismo modo, no consiente en su transmisión, de acuerdo con las normas del derecho común ³⁷⁰.

La posibilidad de hacer la cesión con la forma de endoso, permite prescindir de la notificación, justamente porque aunque no haya notificación, el pago sólo puede hacerse al endosatario-cesionario. La posesión del título satisface aquella función de publicidad que en la "cesión" civil se satisface con la notificación.

³⁶⁶ Arcangeli, *Rivista di diritto commerciale*, 1910 pág. 58 (separata) y Ferrara Junior, *Girata* pág. 150, negaron antes de la nueva ley cambiaria la posibilidad de la transmisión inter vivos, de acuerdo con las reglas del derecho común. El problema se resolvió en el aspecto legislativo, en sentido contrario en cuanto a los títulos cambiarios, cuya importancia lleva a refutar la afirmación de Arcangeli en términos generales.

Nótese que a la vez que la posibilidad de una transmisión por distinto instrumento, es general en todos los títulos de crédito, la reglamentación especial del endoso después del protesto (en el derecho brasileño, después del vencimiento) es peculiar de la cambiaria, sin que se encuentre en los demás títulos de crédito (salvo la duplicata y el extracto de factura, cf. ns. 130 y 321). En efecto, esta disciplina a su vez se basa en una certeza peculiar sobre el vencimiento del título, que se encuentra justamente en la cambiaria.

³⁶⁷ En el derecho brasileño, cf. a Lacerda, ob. cit., pág. 397. Quedan precluidas las excepciones oponibles al antecesor

³⁶⁸ Presuponiendo que hayan surgido antes de una notificación eventual (cf. en el derecho brasileño art. 1021 y 1072 del Cod. civ.); cf. a Bonelli, p. 132, que precisamente por eso nota que en algunas hipótesis es útil la notificación, lo mismo que en el caso del endoso posterior al protesto.

³⁶⁹ En este aspecto estoy con Valeri, vol. I, pág. 143, y abandono las tesis expuestas en la primera edición de estos estudios, según las cuales recurría a un consentimiento previo del subscriptor, en relación con la circulación del derecho cartular con las reglas del derecho común.

³⁷⁰ Sin embargo, no se puede considerar que el deudor haya consentido previamente en la cesión, para los efectos de la aplicación del art. 1291. Si en determinado caso concreto ha consentido en la cesión, no podrá oponer las excepciones

Las consideraciones que se han expuesto, nos permiten afirmar que los resultados obtenidos acerca de la oponibilidad de las excepciones, en las transmisiones de derecho común, no son peculiares de los títulos abstractos, sino de todos los títulos de crédito, con la circunstancia de que en muchas ocasiones hemos notado que en los derechos causales, al contrario de lo que ocurre con los abstractos, las excepciones causales se ligan a la propia declaración cartular, y, por tanto, están sujetas a la reglamentación de las excepciones relativas a la declaración cartular y no a aquella de la que provienen las excepciones extra-cartulares.

91.—Las consideraciones que he venido desarrollando con especial referencia a la cambial, también se aplican en los títulos de crédito a todos los derechos abstractos, porque se imponen por la abstracción del derecho.

Por tanto, la disciplina de la cambial, sin mayor examen, se podrá aplicar al billete de mercancía, y esa es la disposición expresa del art. 333 del cod. de com.³⁷¹.

92.—De acuerdo con la norma expresa de los artículos 341 y siguientes, es corriente la doctrina que reconoce la abstracción de los derechos cartulares originarios del cheque (entre emisor y poseedor, entre endosante y endosatario)³⁷², y, en consecuencia, las conclusiones que antes se mencionan también son aplicables a estos derechos.

93.—El cheque circular se sujeta a las normas cambiarias, por determinación expresa del R. D. N° 2283 (art. 3º) de 7 de octubre de 1923, y se debe

que de otro modo serían oponibles por medio de la compensación, en virtud del art. 1291 del cod. civ.

³⁷¹ Conviene perfectamente a la naturaleza del título, que implica una obligación de entrega de mercancías consignadas genéricamente, al contrario de lo que sucede con los títulos representativos, que implican una obligación de reentrega (en virtud de un *receptum* anterior) de mercancías específicas. Felizmente se dijo que el billete de mercancía es por eso una cambial de mercancía. Como se sabe, este título no tuvo suerte y quedó ignorado en la práctica.

Realmente, en una venta de mercancías, el título ofrece una seguridad inferior a la de los bonos de entrega, porque éstos hacen referencia a una mercancía específica, razón por la que, como veremos, implican una responsabilidad más grave para el deudor. Como instrumento de crédito agrícola a corto plazo, el título no ofrece suficientes garantías al acreedor, porque no lo asegura contra la posibilidad de que el deudor disponga del dinero recibido, en vez de emplearlo en el cultivo de la tierra, quedando por tanto impedido para reembolsar el dinero o entregar los productos. Por eso fue que para los fines del crédito agrícola, más tarde se reglamentó la cambial agrícola, pero no se puede afirmar que ésta última haya quedado exenta de defectos e inconvenientes.

³⁷² *Messingeo, Titoli di credito*, pág. 69; *Valeri*, vol. I, pág. 8; en contra *Vivante*, vol. IV, n. 1386; *Carnelutti*, n. 77. En el derecho brasileño cf. art. 15, d. 2591 de 7 de agosto de 1912, y a *Carvalho de Mendonça*, ob. cit., p. 476 y sigs.

considerar en la misma forma que un pagaré a la vista, con pluralidad de lugares para su pago.

La ley especial que lo regula, determina que sólo se puede emitir por una institución autorizada, y cuando se le adeude al cliente el valor respectivo, o éste pague la suma correspondiente. Este título ofrece una seguridad especial y constituye un instrumento oportuno, de transporte de dinero, y de pagos entre plazas distantes, pudiendo pagarse en todas las filiales de la institución emisora³⁷³.

Cierto autor piensa que la obligación del emitente es causal, en las relaciones entre emisor y tomador, y abstracta en las relaciones con los terceros, sosteniendo así la teoría dualista, que generalmente se abandona en materia cambiaria³⁷⁴.

Realmente, la norma del decreto-ley que reglamenta el cheque circular, no hace causal a la obligación del emitente³⁷⁵. La abstracción de la obligación reposa no en la falta de causa en lo absoluto, sino en el hecho de que la causa no deriva del mismo negocio del que nace la obligación cartular, de modo que, aunque dentro de determinados límites, su sistema jurídico prescinde de la reglamentación de esta última.

Vimos que tal acontece, porque el derecho trata de tutelar al acreedor, a la vez que, por el contrario, la causalidad contiene la tutela del deudor.

El decreto-ley que se examina, determina la necesidad de una relación específica de valor y excluye que el cheque circular pueda satisfacer todas las funciones que son propias de la cambiaria; sanciona la necesidad no sólo de

³⁷³ El cheque circular constituye una peculiaridad, y una feliz peculiaridad de la ley italiana, que resolvió de este modo un problema que en las legislaciones extranjeras no encuentra una solución tan apropiada. Fuerza de Italia, el transporte de dinero se hace por medio de cheques emitidos por un banco contra otro banco, contra una filial propia y determinada (lo que limita la posibilidad del transporte de dinero a su destino en lugar determinado) o en algunas ocasiones contra todas las filiales. En esta última hipótesis, se obtiene el resultado de que el título sea pagadero en una diversidad de lugares, y eso permite usarlo como equivalente del dinero, mas no se resuelve el problema, que justamente surge por esa equivalencia, de una protección particular del portador y de la concurrencia del título con el papel moneda. La ley italiana resuelve este problema limitando la posibilidad de emitir cheques circulares sólo a las instituciones autorizadas imponiendo una reserva especial, a favor de los tenedores de cheques circulares, sobre la que gozan de un privilegio respecto de los otros acreedores del banco; la subsistencia de esta reserva limita la posibilidad de emisión de cheques circulares, "semejándose" más allá de determinados límites a la del papel moneda.

³⁷⁴ Es lo que sostiene *Messineo, Titoli di crédito*, pág. 48, que rechaza para la cambiaria lo que acepta para el cheque circular.

³⁷⁵ Realmente no hay duda sobre el carácter abstracto de la obligación del endosante del cheque o del cheque circular.

una causa, sino de una causa específica de emisión. Por tanto, persigue la tutela del propio portador y la tutela de un interés general sobre el mercado monetario; no persigue en consecuencia la tutela del deudor. Empero en absoluto determina la conexión entre la causa y la obligación, que caracteriza a las obligaciones causales en relación con las abstractas. Un cheque circular que se emita por una causa diversa, siempre sería, de hecho, válido cambiariamente³⁷⁶.

En realidad, la exigencia impuesta por la ley para el cheque circular, así como la necesidad de la provisión en el cheque común³⁷⁷, no perjudican la validez de las obligaciones que de él se derivan, sino la regularidad del título, encontrando su propia sanción en normas fiscales o penales³⁷⁸ y no en normas relativas a la validez cambiaria³⁷⁹.

A diferencia de lo que pasa con la cambiaria, la ley trata de que estos títulos se emitan en virtud de determinadas³⁸⁰ relaciones fundamentales, a fin de que satisfagan una determinada función económica³⁸¹: la de instrumen-

³⁷⁶ Cf. ahora a *Valeri*, vol. I, pág. 9.

³⁷⁷ A la que se refieren *Vivante* y *Carnelutti*, ya citados.

³⁷⁸ V. para el cheque, la declaración expresa del art. 3º del R. D. L., de 21 de diciembre de 1933, n. 1726 ("El título, sin embargo, vale como cheque aunque no se haya observado esa terminología"; en el derecho brasileño cf. a *Carvalho de Mendonça ob. cit.*, p. 505); para el cheque circular implícitamente el art. 83 del indicado decreto, puesto que la sanción que en él se consigna ("el título no vale como cheque circular") sólo concierne a la falta de los requisitos indicados en el art. 83. La disponibilidad de las cantidades existentes en la institución emisora, se indica en el art. 82, junto con la necesidad de una autorización para el funcionamiento de la institución. La falta de ésta no perjudica los derechos del portador de buena fe, de acuerdo con el art. 117 del mismo decreto. Cf. a *Greco*, *Corso di diritto bancario*, 2ª edición.

Adelante trataremos de la distinción entre títulos regulares e irregulares. Cf. lo mismo adelante n. 277, y antes n. 50.

Recuérdese que en el derecho francés la existencia de la provisión también se exige en el giro-cambiario (art. 116 del cod. com. francés), pero su falta no perjudica la validez cambiaria del título (art. 156 del cod. com. francés).

³⁷⁹ Pues de otro modo se lesionaría al portador del título, cuya tutela persigue la ley hasta en las disposiciones tendientes a hacer que el título satisfaga la función de instrumento de pago. Por el contrario, la causalidad de la obligación se basa en la tutela del deudor.

Precisamente teniendo en cuenta la tutela del portador, el derecho es literal y abstracto, y teniendo en cuenta esa tutela, en el caso de que el título no satisfaga su función, el derecho debe sancionar su irregularidad, mas no su invalidez.

³⁸⁰ Hablo de "determinadas relaciones" y no de una relación determinada, pues realmente, tanto la provisión en el cheque, como el valor recibido en el cheque circular, se puede derivar de varias relaciones (en el derecho brasileño sobre el cheque, cf. art. 1º, § 1º, D. n. 2591 de 7 de agosto de 1912).

³⁸¹ Lo que a su vez constituye la justificación de muchas de las reglas que le

tos ³⁸³ de pago ³⁸³. Empero no se olvide que las obligaciones que de él se derivan son abstractas ³⁸⁴.

son peculiares, por ejemplo, sobre el vencimiento, sobre la presentación al pago, sobre la fecha y así sucesivamente; también justifica la diversidad entre el régimen fiscal del cheque y el de la cambiaria.

• Nótese que esta función también se basa en la circulación del crédito: el cheque constituye un medio de pago, justamente porque facilita la circulación del crédito del librador contra el librado, crédito que, siendo a la vista, se puede utilizar como medio de pago. Esta observación trata de aclarar por qué el cheque, aunque constituyendo un medio de pago, también es un título de crédito en el sentido definido al principio de este estudio (cf. n. 15), sujeto a las reglas relativas; porque la disciplina del cheque fundamentalmente está inspirada en la de la letra de cambio, pudiendo tanto la cambiaria como el cheque, clasificarse como títulos cambiarios.

Por eso también en este caso comprobamos la relación básica entre la aplicación de los principios que caracterizan los títulos de crédito, y la circulación de la riqueza.

• En síntesis, este es el elemento verdadero de la tesis anteriormente criticada, de Vivante y Carnelutti.

• Por eso es que la terminología "título causal", en estos casos es impropia. Cf. n. 95.

TITULOS CAUSALES.—LA CAUSA DE LOS TITULOS CAUSALES

SUMARIO: 94. Los títulos de crédito causales.—95. Esquema general.—96. Función económica.—97. La causa de los títulos causales. El negocio declarativo.—98. Eficacia del negocio declarativo.—99. Evolución de la doctrina.—100. Continuación.—101. Aplicaciones.—102. Sub-especies del negocio declarativo.—103. Continuación.—104. Continuación.—105. Negocio declarativo y transacción.—106. Jurisprudencia.—107. Conclusión.—108. Negocio declarativo y títulos causales.—109. Causa en los títulos de crédito causales.—110. Evolución histórica.—111. Conclusión.—112. Excepciones causales.—113. Disciplina.—114. Continuación.—115. Clasificación de los títulos causales.—116. Continuación.

94.—El problema de los títulos de crédito causales no ha tenido mejor suerte que el de la literalidad; uno y otro quizá fueron descuidados por la doctrina que frente a la importancia práctica predominante de la cambiaria, dejó de profundizar estos problemas que presentan interés particular fuera del terreno cambiario.

La doctrina corrientemente habla de títulos causales y discute la clasificación de este o aquel título de crédito ³⁸⁵, reconociendo por eso, en principio, la existencia de aquella categoría en la que se acostumbra enumerar con preponderancia los títulos representativos y las acciones de sociedades comerciales ³⁸⁶. A pesar de eso el problema ha sido descuidado y obscuro.

Desde luego, es conveniente notar que en la práctica mercantil precisamente los títulos de crédito causales son tal vez los más fecundos ³⁸⁷. El

³⁸⁵ Véase una relación de títulos causales y abstractos en *Valeri, Diritto Cambiario*, vol. I, pág. 9, precisamente con referencia a la primera de estos estudios.

³⁸⁶ Algunos autores (por ejemplo *Salandra, Corso di diritto commerciale*) oponen esos títulos a los cambiarios, reservando para estos últimos la denominación de títulos de crédito en sentido estricto. En el derecho brasileño *Carvalho de Mendonça, ob. cit.*, distingue los títulos de crédito propiamente dichos y los impropios (acciones, cheques y certificados), porque los primeros satisfacen la función económica del crédito, no así los segundos. Sobre la función económica que corresponde a los títulos de crédito, v. n. 12, y sobre la orientación de *Carvalho de Mendonça* y de la doctrina brasileña, v. antes n. 15.

³⁸⁷ Cf. también a *Valeri*, I, p. 9.

comercio nacional y el internacional recurren a la creación de los títulos de crédito causales a través del "stabiliti", los bonos de entrega, y otros, tratando de facilitar la circulación de las mercancías.

En nuestro sistema, el problema de la libertad de emisión de los títulos de crédito, sólo se puede plantear con los títulos causales, por el principio, generalmente aceptado, de la inadmisibilidad de obligaciones abstractas, fuera de las hipótesis previstas por el sistema jurídico.

Es misión de la doctrina detenerse en la investigación del problema de la causa de los títulos de crédito causales, problema que, como es evidente, se propone de igual manera, cualquiera que sea la forma de circulación del título.

Como ya dijimos, la distinta forma de circulación puede hasta en algunos casos raros (como en la carta de porte marítima, conforme a la doctrina italiana dominante), ligarse con la autonomía de la posición de los poseedores sucesivos del título, de tal modo que es importante que determinado título se admita o no en la categoría de los títulos de crédito, pero no puede ni podría estar, en términos generales, en relación *necesaria* con la naturaleza del derecho consignado en el título.

Al estudiar este problema, primero examinaremos lo que se podría llamar esquema general de un título de crédito causal, para seguir a continuación con el análisis concreto de los títulos de crédito causales.

95.—En la construcción del esquema general me parece que se deben tener en cuenta dos exigencias.

En primer lugar, el título de crédito causal, justamente por ser título de crédito, debe tener las características que examinamos en páginas anteriores, esto es, tanto la literalidad ³⁸⁸, como otras características que de acuerdo con la doctrina dominante son constantes en los títulos de crédito.

Fuera de ese ámbito, realmente entraríamos en el terreno de los títulos impropios, que aunque ahora no es objeto de nuestra investigación, merece cierto estudio (cf. más adelante n. 144).

Al mismo tiempo que se hace el examen concreto de los distintos títulos, volveremos a examinar la concurrencia de sus caracteres, y entonces tendremos oportunidad de investigar el carácter tanto de las acciones de sociedad, cuanto de los títulos representativos (p. ej. el certificado de depósito).

En segundo lugar es menester que el título satisfaga una determinada

³⁸⁸ Por eso también en los títulos de crédito causales, será necesario distinguir entre excepciones extracartulares y excepciones cartulares, estando tanto las primeras como las segundas, sujetas a la disciplina general que examinamos en los capítulos anteriores.

función y que su emisión se relacione con una constante y típica relación fundamental.

En tercer lugar es necesario que la obligación cartular derivada del título (o la obligación principal, en el caso de que del título deriven más obligaciones) se caracterice por una causa, y en este aspecto se distinga de los derechos cambiarios, abstractos por naturaleza: es la propia declaración cartular, (o la declaración principal cuando del título derivan varias obligaciones) la que por definición tiene que ser causal, esto es, corresponder a una función determinada. Lo que equivale a decir que las excepciones causales, en los derechos cartulares causales deben sujetarse al régimen que es propio de las excepciones derivadas de la misma declaración cartular, y no como acontece con los títulos abstractos, a aquel que se refiere a las excepciones derivadas de convenios extra-cartulares³⁵⁹.

³⁵⁹ En efecto, vimos (n. 93) que la abstracción de todas las obligaciones derivadas del título es compatible con el hecho de que el derecho trate de que el título satisfaga una función determinada y que su emisión se ligue con determinadas relaciones fundamentales.

Es posible: o clasificar como títulos causales a todos aquellos que jurídicamente deben cumplir una función determinada, o, al contrario, tan sólo aquellos en que "la causa" también se refiera a la validez de la obligación derivada del título, y en el caso de que del título se deriven varias obligaciones a la validez de la obligación principal (cf. n. 276; nótese que, como resultará de las siguientes páginas, en los títulos causales la obligación derivada de la declaración principal, simultáneamente es la obligación directa, a diferencia de lo que pasa en la letra de cambio).

Siguiendo esta orientación se tratará de manera distinta la disciplina de los derechos cartulares causales y los problemas que implican para los títulos que deban satisfacer una función determinada, aunque no se refiera esta función a la validez de las obligaciones que se derivan del título.

En la doctrina a veces se confunden los dos problemas. Existe esa confusión porque la abstracción cambiaria se refiere al hecho de que el título se relacione con funciones distintas, tanto con la posibilidad de que se emita en virtud de relaciones fundamentales distintas, como con la abstracción de las obligaciones que de él derivan (cf. ns. 58 y 60).

Se trata de problemas distintos, aunque conexos.

En efecto, mientras el título se pueda vincular con cualquier relación fundamental, las obligaciones que de él se derivan son abstractas; pero es posible (y lo vimos tratándose del cheque) que las obligaciones sean abstractas, aunque su emisión se debe vincular con una relación fundamental determinada, tratando el derecho de que el título satisfaga una función económica determinada.

En vista de que es constante que la emisión del título deba cumplir una función determinada, en cuanto que la obligación principal que de él deriva sea causal, a la vez que no es constante la afirmación inversa, me parece preferible clasificar como títulos causales a los caracterizados por el hecho de que la obligación principal que de

La causa, como tal, justamente debe determinar una conexión constante y típica, con una relación fundamental constante y típica. Eso implica afirmar que cada derecho causal, como sucede con cualquiera de los que se acostumbran poner como ejemplo de esta categoría, debe corresponder a un negocio típico fundamental³⁹⁰.

En efecto, el procedimiento a que nos referimos en los ns. 21 y 49 implica la posibilidad de distinguir en los derechos cartulares, por una parte una causa inmediata (esto es, su función respecto del negocio fundamental), y, por otra parte, una causa remota (que en el fondo es el propio negocio fundamental)³⁹¹.

De aquí que nos encontremos en los títulos causales no sólo una función típica del título respecto del negocio fundamental (constante en todos los títulos causales), sino también la referencia a un negocio fundamental típico, distinto para cada título, y en virtud del cual los distintos títulos causales se podrán distinguir y reglamentar (por ejemplo de transporte, de depósito, etc.)³⁹². Esta referencia resaltará formalmente del título que por tanto se

ellos deriva sea causal, y que por tanto el título deba satisfacer una función típica y constante y se vincule con una constante y típica relación fundamental.

Por el contrario, tomaremos en cuenta los problemas derivados del hecho de que un título deba satisfacer una función determinada (aunque las obligaciones que de él derivan se reglamenten como abstractas) dentro de la teoría de los títulos irregulares (cf. n. 281).

La orientación que de este modo seguiremos, se basa también en la observación de que en la primera hipótesis (títulos causales), la justificación de la disciplina se basa en la necesidad de tutelar al obligado (y a los terceros acreedores de él) o en particulares efectos de derecho real, derivados de la circulación del título, alcanzándose por eso una tutela para el tercero portador, inferior a la establecida en los derechos abstractos; en la segunda hipótesis, al contrario, simultáneamente se persigue la tutela de intereses de carácter general (a veces de carácter fiscal) así como la tutela del tercero portador, que es peculiar de los derechos abstractos.

Por eso en la primera hipótesis la inobservancia de la norma acarrea un sacrificio del portador, a la vez que en la segunda acarrea una sanción a cargo del que firmó el título. Sobre la relación de la doctrina de la causa, con la tutela del obligado (o del transmisor), y de la doctrina de la abstracción con la tutela del acreedor (o adquirente), cf. ns. 49 y 53.

³⁹⁰ Por tanto, los títulos causales pueden no ser independientes. (A distinción de los cambiarios, lo que resaltará de su examen analítico. Sobre el concepto de independencia, cf. n. 30).

³⁹¹ Cf. a Betti, *Rivista di diritto commerciale*, 1927, I, pág. 596.

Aunque sutil, el concepto es corriente en la cambiaria. Una cambial emitida en pago de una venta nula, está viciada por la nulidad del negocio fundamental, aunque subsista su causa inmediata (pago de las mercancías adquiridas).

³⁹² El problema se plantea en la misma forma en Ravà T. *Il titolo di credito nella teoria dell'acquisto dei diritti*, Giuffré, Milán, pág. 165.

presentará³⁹³ como una *cautio discreta* en contraposición con los títulos abstractos³⁹⁴.

96.—Este esquema general, corresponde en substancia a ~~una exigencia~~ que fácilmente se puede individualizar en el terreno de la economía y que a su vez constituye la justificación económica de los títulos causales y explica su creciente importancia práctica.

Hay hipótesis en las que el derecho es distinto a la razón de ser de la deuda contraída por esta o aquella razón; empero, hay otras, en las que el sistema jurídico exige que el derecho sólo se constituya por una razón determinada, por ejemplo: porque sea necesario proteger intereses de terceros, que de otro modo quedarían perjudicados, o porque el derecho tenga garantías peculiares, que sólo se puedan conceder cuando satisfaga una función determinada y específica³⁹⁵; o porque deriven de la circulación del título efectos de derecho real, que precisamente se basen en la causa de la emisión.

Es evidente que en estos casos el sistema jurídico, aunque quiera facilitar la circulación del derecho y admita la creación correspondiente de un título de crédito, exige que corresponda a una función determinada y específica³⁹⁶.

³⁹³ En lo que respecta a la declaración principal.

En efecto, veremos que en el caso en que del título deriven varias obligaciones (piénsese, por ejemplo, en los endosos en el certificado; cf. ns. 126 y 139) la obligación principal puede ser causal, a pesar del carácter abstracto de las demás. El título mencionará entonces la causa de la obligación principal y no la de las demás. Por el contrario, cuando el título es abstracto, la abstracción en principio es respecto de todas las obligaciones derivadas del título.

³⁹⁴ La mención de la causa, en el título conciente a la causa en sentido procesal (cf. n. 46), a la vez que los requisitos anteriores concernían a la causa en sentido material (cf. n. 47), respectivamente sobre el negocio cartular y sobre la atribución patrimonial que derivaban de él.

En la clasificación de un título como abstracto o causal, se puede considerar la abstracción (o causalidad) en sentido material o en sentido procesal.

Las dos clasificaciones que de allí resultan no coinciden; para un ejemplo cf. n. 143.

La clasificación del texto se basa en el hecho de que la obligación derivada del título es causal (en sentido material), pues los títulos que se pueden clasificar como causales según este criterio, también se presentan como causales en sentido procesal, no así a la inversa.

Con frecuencia se clasifica un título como causal o como abstracto, sin aclarar cuál sea el criterio de la clasificación. Esta imprecisión —así como la indicada anteriormente, n. 95— deriva del hecho de que en el típico título abstracto (o sea, la cambiaria) hay abstracción tanto en sentido material, como en sentido procesal; esto a veces opaca la necesidad de poner en evidencia el criterio de la clasificación.

³⁹⁵ Es una hipótesis más frecuente en la actualidad.

³⁹⁶ A su vez, esta función se refiere a la validez de la obligación principal derivada del título; cf. n. 95.

Precisamente es en la conciliación de estas dos exigencias donde los títulos causales tienen su fundamento ³⁹⁷.

97.—La causa de los títulos de crédito causales y su variada reglamentación se pueden comprender, a mi modo de ver, teniéndose en cuenta los resultados recientemente aceptados por la doctrina en materia de negocio declarativo ³⁹⁸.

El estudio de las relaciones entre el documento y el negocio condujo a los pandectistas del siglo pasado, y especialmente a Bähr, a observar que con frecuencia el documento que aparenta ser probatorio de un negocio estipulado de antemano, en el fondo es un documento constitutivo o probatorio de un negocio nuevo y sucesivo: el negocio declarativo.

La atención de la doctrina se atrajo en un principio, por los casos en

³⁹⁷ *Tito Ravà*, ob. 1. cit., basa la distinción entre títulos abstractos y causales, en la distinción entre títulos que consignan el derecho a la entrega de cosas (o dinero) y títulos que consignan el derecho a un servicio determinado.

Efectivamente, ya vimos (cf. n. 15) que los títulos de pago en dinero son abstractos, no habiendo alcanzado ningún éxito el billete de mercancía; por otro lado, veremos que la causalidad de los títulos representativos (cf. n. 135) coincide con el hecho de que el derecho allí consignado, es el de la *reentrega* de cosas especificadas y en virtud de prestación de un servicio (de transporte o depósito).

La orientación de *Ravà* no es rigurosamente exacta, como lo demuestra el ejemplo de la cambiaria agrícola italiana, el de la duplicata brasileña (caso en que a pesar de las consideraciones expuestas en el n. 130, conforme a la doctrina brasileña dominante, se clasifica como causal), del cupón de las acciones; en estos casos encontramos títulos que conforme a su disciplina se clasifican como causales, aunque su respectivo derecho corresponda a lo que caracterizaría a los títulos como abstractos, conforme a la doctrina citada.

En la doctrina brasileña, *Waldemar Ferreira, Instituições de direito comercial*, Río, 1944, vol. II, p. 268, adopta la teoría de *Tito Ravà*, clasificando (p. 490) a la duplicata como título causal.

³⁹⁸ Para una bibliografía sobre este asunto, cf. mi estudio *Arbitri e arbitratori. Rivista di diritto processuale civile*, 1929, I, 308 y principalmente a *Candian, Documento e negozio, Rivista di diritto proc. civ.*, 1930, I, 3; a *Carnelutti, Documento e negozio, Rivista di diritto processuale civile*, 1926, I, 417; a *Mossa, Rivista di diritto commerciale*, 1919, I, 414; a *Liebmamn, Rivista di diritto processuale civile*, 1932, I 280; *Messineo, Foro It.*, 1938, I, 427; *Stolfi, Rivista di diritto processuale*, 1933, I, pág. 136; a *Niccolò, Riconoscimento e transazione*, Milán, Giuffré, 1936; a *Giorgianni, Negozio di accertamento*, Milán, Giuffré, 1938.

En la doctrina alemana, v. a von *Tuhr, Der allgemeine Teil des B. G. B.*, vol. III, pág. 247 y particularmente los estudios de *Degenkolb, Archiv. Civ. Praxis*, vol. 71, pág. 157; *Rumelin, Archiv Civ. Praxis*, vols. 97 y 98; *Siegel, Archiv Civ. Praxis*, 1901; *Bülow, Ihering's Jahrbücher*, 1911; además del volumen de *Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, que sirvió de punto de partida a la doctrina, y a aquella de *Pagenstecher Materielle Rechtskraft*, 1905.

los que se podía hablar de negocio abstracto. Como se sabe, *Bähr* examinó varias veces esa hipótesis hasta su reconocimiento legislativo, contenido en los §780 y 781 del código civil alemán.

La práctica del derecho común ofreció una gran cantidad de casos para esta investigación. Desde el resurgimiento económico y jurídico de nuestra edad comunal, se fueron multiplicando los documentos confesoriales de una deuda, en los que el deudor o simplemente dejaba de indicar la causa de la obligación (*cautio indiscreta*), o aunque la mencionara (*cautio discreta*), renunciaba a numerosas excepciones con las que se podía defender, y notoriamente a la *querella non numeratae pecuniae*.

Dogmáticamente se trataba de documentos probatorios, y a veces prácticamente de documentos constitutivos de una nueva deuda, abstracta o causal.³⁹⁹

Desde *Bähr* se reconoce que estos documentos se pueden vincular a un negocio declarativo autónomo; negocio declarativo y no declaración de conocimiento; en principio, un negocio sujeto a las reglas peculiares de todos los negocios. La doctrina moderna derrumbó el dicho de *Donellus* (*in recognitione nil fit novi*), que sosténía la existencia del negocio declarativo y su preponderancia sobre el negocio declarado.

98.—La eficacia peculiar del negocio declarativo, comparado con otras hipótesis en las que concurren varios negocios, se da por la exclusión entre las partes, de cualquier conocimiento de la relación declarada, distinta de la resultante del negocio declarativo.⁴⁰⁰ Solamente impugnando el negocio declarativo se podrá demostrar su divergencia con la relación declarada y recurrir a las cláusulas de ésta.

Tratándose de vicios del negocio declarado, éstos repercutirán en el negocio declarativo como vicios de su objeto.⁴⁰¹⁴⁰²

99.—*Bähr* insistió especialmente sobre el reconocimiento abstracto, esto

³⁹⁹ Cf. en otros aspectos, ns. 22, 45, 47.

⁴⁰⁰ Justamente se observó (y de este modo modifíco lo que expuse en la primera edición de estos estudios) que en esta hipótesis no hay concurrencia de acciones. Cf. *Niccoló*, ob. cit.; *Giorgianni*, ob. cit., pág. 96-97. En el mismo sentido, es principio general el que niega que de una sentencia puramente declarativa derive una acción ejecutiva.

⁴⁰¹ *Giorgianni*, ob. cit., pág. 109. Naturalmente que el principio del texto es válido mientras las partes no quieran y no puedan eliminar los vicios del negocio anterior, por ej. confirmado lo viciado por error o incapacidad, error e incapacidad que no se encuentren en el nuevo negocio. Cf. a *Giorgianni*, ob. cit., pág. 176 y sigs.

⁴⁰² En la quiebra, el síndico podrá impugnar con la revocatoria, el negocio declarativo estipulado por el fallido, mas no podrá pura y simplemente desconocerlo (Cass. del Reino, 22 de enero de 1929, *Foro It.*, 1929, I, 89).

es, abstracto también de la causa de la declaración: los párrafos 780 y 781 del código civil alemán equiparan prácticamente el reconocimiento abstracto y la promesa abstracta de deuda. Justamente es ese reconocimiento el que no se admite en nuestro derecho.

No creo estar muy lejos de la verdad, al observar que *Bähr* en su construcción estuvo principalmente influído por las exigencias prácticas derivadas de la falta del principio de la abstracción procesal, en el derecho alemán, codificado en nuestro art. 1121.

En nuestro sistema, distinto del germánico, se reconoce a través del principio del art. 1121 la abstracción procesal de todos los contratos; los motivos que sirvieron de punto de partida a *Bähr* no tienen razón de subsistir.

100.—Los autores posteriores a *Bähr* (*Becker, Unger, Degenkolb, Rümelin, Stampe, Mayer, Siegel, Pagenstecher*) pusieron en evidencia el reconocimiento causal, esto es, la declaración ligada a una causa autónoma.

Este negocio puede tener importancia en nuestro derecho, y fue examinado por la doctrina (*Carnelutti, Segrè, Candian, Messina, Ferrara, Coviello L., Coviello N.*).

Respecto de algunas dudas formuladas al principio ⁴⁰³, la doctrina más reciente ⁴⁰⁴ reconoció la legitimidad lógica y la utilidad práctica de esa figura y fue delineando su reglamentación.

La hipótesis que con más particularidad llamó la atención a la doctrina italiana y que por otra parte tiene importancia para los fines de este estudio, es la de la documentación contractual *posterior*; por ejemplo, el caso muy frecuente de la confirmación por carta de un contrato concluido con anterioridad por teléfono, telégrafo, verbalmente, o por medio de representan-

⁴⁰³ Por *Liebmann, Rivista di diritto processuale civile*, 1932, I, 280 y por *Messineo, Titoli di credito*, 2^a ed. vol. I, pág. 146. Este último cambió de orientación en el *Foro It.* 1938, I, 1, 427.

Es obvio que el negocio declarativo (cuando es contrato) se puede clasificar como contrato "reglamentario" (conforme a la expresión de *Redenti*), basando su licitud en la expresa mención legal (art. 1098, cod. civ.) de contratos que tratan de reglamentar una relación jurídica. Por esto, substituir la categoría del negocio declarativo a la del contrato reglamentario, tan sólo constituiría una innovación terminológica, además de inoportuna, tanto en virtud de las hipótesis de negocio declarativo unilateral (en que no hay "contrato"), cuanto por el hecho de que el contrato "reglamentario" representa una categoría más amplia que la del "contrato declarativo".

⁴⁰⁴ V. especialmente después de la primera edición de estos estudios los volúmenes citados de *Niccolò y Giorgianni*, además de *Allorio, La cosa giudicata rispetto ai terzi*, pag. 25 y *Vitterbo, Assicurazione della responsabilità civile*, Milano, 1936, p. 156.

te, etc. La doctrina, siguiendo en el fondo el impulso que dió *Degenkolb*⁴⁰⁵, investigó exactamente, ante todo, la naturaleza de la declaración que se encuentra en el documento declarativo: éste, de hecho, en forma medida se refiere al contrato concluído anteriormente entre las partes, pero en forma inmediata representa una declaración autónoma.

¿Sin embargo, cuál es la naturaleza de esa declaración? ¿se trata de una declaración de conocimiento o de una declaración de voluntad?⁴⁰⁶ O con más precisión: ¿se concibe en esos casos una declaración de voluntad o solamente una declaración de conocimiento? Y admitiendo que en un caso concreto pueda ocurrir tanto la primera cuanto la segunda hipótesis, ¿se debe presumir la existencia de una declaración de voluntad o la de una declaración de conocimiento? Esta declaración de voluntad se caracterizaría por la circunstancia de tener por objeto típico⁴⁰⁷ la relación anterior existente entre las partes, a la cual se refiere con el objeto de aclararla.

La respuesta afirmativa⁴⁰⁸ a la pregunta que se hace, constituye la verificación de la existencia dogmática y de la utilidad práctica de esta nueva figura de negocio jurídico⁴⁰⁹.

101.—Reconocida de este modo, la figura del negocio declarativo, a su vez sirvió para una solución más exacta de una serie de problemas jurídicos.

Además de las frecuentes aplicaciones prácticas, especialmente en ma-

⁴⁰⁵ Sobre esta hipótesis especialmente llamó la atención *Candian* en su volumen *Documento e negozio*, Parma, 1925, constituyendo este volumen el punto de partida de los estudios italianos sobre la documentación contractual.

Es sintomático que la doctrina del negocio declarativo deba su primera elaboración a juristas prácticos, como *Bähr*, en Alemania, y *Candian* en Italia (práctico antes de ser profesor), y que la oposición surja de los teóricos y que sean justamente los teóricos, al contrario de los prácticos, los que ven en esta doctrina una construcción de dudosa utilidad práctica.

⁴⁰⁶ Respecto de esta distinción cf. a *Messineo*, *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, pag. 111 y antes, n. 34.

⁴⁰⁷ "Normalmente", porque la reproducción o repetición del negocio también puede tener otros fines; por ejemplo, su renovación, cf. a *Giorgianni*, pag. 171 y sigs. Debe reducirse al negocio declarativo la interpretación del negocio por la propia parte (llamada interpretación auténtica del negocio). Cf. por último a *Giorgianni*, pag. 181. Es evidente la distinción entre esta hipótesis y la de una declaración única de voluntad, manifestada en los distintos documentos (negocio pluriformal, por ejemplo, duplicados de la cambiial). Cf. a *Carnelutti*, *Rivista di diritto processuale*, 1936, I, pag. 186; a *Giorgianni*, pag. 183.

⁴⁰⁸ Para su demostración, remitimos al lector a los autores citados.

⁴⁰⁹ Obsérvese que la doctrina tradicional antes indicada tomaba esencialmente en cuenta el caso de la declaración unilateral (esto es, partía de la investigación de documentos de declaración firmados sólo por la parte obligada), la doctrina más reciente, al contrario, ha dado más importancia a la declaración bilateral.

teria de documentación contractual, recuerdo entre las hipótesis previstas por la legislación, las de evaluación (bilateral) por lo menos en algunos casos⁴¹⁰; las de aprobación de cuentas; las de aprobación del balance⁴¹¹ de una socie-

⁴¹⁰ Cuando tenga simplemente por objeto la determinación del valor de la cosa.

El valor que las partes atribuyen, mediante avalúo, al objeto del negocio, tiene un cuño obligacional que vincula a ambas partes; y no el carácter que leería particular si derivase de una confesión, o, en general, de una declaración de conocimiento.

⁴¹¹ Sobre la aprobación del balance de una sociedad por la asamblea social, cf. a *Ascarelli, Appunti di diritto commerciale*, vol. II, (3^a ed.), p. 261, y a *Messineo, Foro It.*, 1938, I, I, 427 (que desgraciadamente no pude consultar); *De Gregorio, Società*, Turín, 1938, n. 411.

El balance no sólo trata determinados hechos, sino también las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan, en vista de las reglas jurídicas aplicables; en efecto, trata de comprobar el activo y el pasivo de la sociedad en virtud de la gestión del ejercicio; los beneficios (o las pérdidas realizadas); las ganancias repartibles, debiendo siempre tener en cuenta los hechos comprobados y las respectivas reglas jurídicas (sobre la procedencia de créditos o deudas de uno u otro ejercicio; de las reglas sobre los avalúos y de los fondos de amortización; de las reservas legales y estatutarias, y así sucesivamente).

El balance regularmente aprobado se deberá comprender entre las relaciones sociales, mientras no sea, parcial o totalmente, anulado como consecuencia de su impugnación o rectificación en una asamblea sucesiva.

Por eso me parece que en la deliberación de la asamblea que aprueba el balance, se encuentra una declaración negocial (y no sólo una declaración de conocimiento), pero con un fin declarativo; esta declaración con frecuencia suele acompañarse expresa o implícitamente por otras de naturaleza dispositiva (sobre la aprobación de la gestión de los directores; de la distribución de los beneficios, etc.).

Quizá la aprobación del balance (así como, en un ámbito completamente distinto, la declaración del contribuyente en el impuesto sobre la renta) pone en evidencia la existencia de casos en que un sujeto se encuentra en la obligación de declarar cuáles sean, a su modo, las consecuencias jurídicas, sobre determinados hechos que al respecto le indican.

La declaración es obligatoria, y en su ausencia, eventualmente se aplican sanciones; se debe entender, en cuanto no se impugne; es el presupuesto para el perfeccionamiento de determinados derechos u obligaciones, que no derivan de la propia declaración, sino de los hechos que con ella se declaran, pero que se perfeccionan con la emisión de la declaración; con frecuencia se debe acompañar o preceder de opiniones de terceros para garantizar su exactitud; se sujeta a sanciones penales sobre la veracidad de los hechos en ella declarados; a veces, se puede sustituir por una comprobación de la autoridad en el caso en que a tiempo o regularmente, no sea emitida, o que sea victoriósamente impugnada.

Pero a mi modo de ver, una hipótesis de negocio declarativo, en el derecho administrativo, es el que se constituye por el establecimiento del impuesto.

Esta tesis me parece que puede justificar las diversas características del establecimiento del impuesto, que en vista de su diversidad algunos autores llegan a considerarlo como constitutivo, y otros como declarativo. Cf., a *Pugliese, Instituciones de*

dad por la asamblea social; las de concordato ⁴¹², y otras.

Naturalmente el negocio declarativo debe distinguirse de las declaraciones de conocimiento. El contenido del negocio declarativo, de hecho siempre es la voluntad; el contenido de la declaración de conocimiento, por el contrario es una noticia. Tanto en uno como en otro caso, hay una voluntad de declarar algo, pero sólo en el primer caso la voluntad también constituye el contenido de la declaración.

No hay negocio declarativo en el reconocimiento, suficiente para interrumpir la prescripción; en el "quirógrafo", a que se refiere el art. 1325 (que es el documento de un negocio que a veces, mas no siempre, podrá ser declarativo); en los asientos de los libros de comercio (registros para uso interno, que como no se dirigen a parte contraria, ni siquiera se pueden calificar como confesiones) ⁴¹³. No hay, a mi modo de ver, negocio decla-

derecho financiero, ed. cast., México, 1939, p. 141, que precisamente observa que el establecimiento del impuesto no forma el hecho constitutivo del impuesto sino, a mi modo de ver, inexactamente lo aproxima a una declaración de conocimiento.

Por el contrario se puede considerar en el establecimiento del impuesto, un negocio declarativo de la autoridad, que persigue la declaración de la deuda del contribuyente.

⁴¹² La equiparación frecuente que se hace entre el concordato del fallido y la transacción, olvida que en el concordato faltan las dos características de la transacción: la litigiosidad de los derechos y el *aliquid datum atque retentum*.

En efecto, en el concordato no hay ningún sacrificio del deudor, pues él está obligado a pagar íntegramente sus deudas. En el concordato las partes fijan convencionalmente el importe de la deuda, en la suma que resulta como consecuencia del avalúo (por el deudor y por los acreedores) de la situación real económica del deudor. El derecho tiene en cuenta la garantía, dentro de los límites de lo posible, de la concurrencia de los interesados, para evitar que el concordato sea una fuente de "lucro" para el deudor. Esta preocupación confirma la diferencia que hay entre concordato y transacción y la analogía entre concordato y negocio declarativo.

La homologación de la autoridad judicial —que constituye una *conditio juris* de la eficacia del concordato en la quiebra (cf. mi comentario en la *Rivista di diritto processuale civile* 1928, II, 223)— a su vez persigue la garantía de que las cláusulas del concordato correspondan a la situación económica real del deudor, tutelando en este aspecto a la minoría de los acreedores, frente al poder de disposición de la mayoría.

⁴¹³ Cf. mis estudios en la *Rivista di diritto processuale civile*, 1930, I, 338; 1931, I, 342. Esta es la justificación del principio de jurisprudencia, de que el comerciante puede aducir pruebas en contra de los saldos contables, independientemente de los límites establecidos a la posibilidad de impugnar la confesión. Cf. Cass., 27 de mayo de 1929, *Foro It.*, 1930, I, 225; *Rocco, Principi*, p. 494 (edic. U. T. E. T.).

Por esto es que se les niega a los asientos contables el carácter confesorio, y se les reconoce como "manifestaciones" de conocimiento más que como "declaraciones": Realmente, en los "asientos contables" falta una voluntad de "declarar", al contrario de lo que pasa en la confesión. Sobre la distinción entre manifestación y

rativo en el documento recognoscitivo, del art. 634 del Cod. Civ. (*Segré*) y en las contra-declaraciones en la simulación (*Messina*; en contra *Ferrara*).⁴¹³

102.—En el amplio marco del negocio declarativo podemos distinguir dos tipos distintos. Primero, la hipótesis en la que la voluntad de las partes de declarar se determina en el sentido de la preponderancia de la relación declarada sobre el negocio declarativo, de manera que éste estará destinado a decaer independientemente de una impugnación por error, frente a la simple demostración de su inconformidad con la relación declarada.⁴¹⁴ Se-

declaración, cf. a *von Tuhr, Partie Générale du code fédéral*, vol. I, pag. 135. La eficacia probatoria del asiento contable, reposa en el indicio que constituye el propio asiento, independientemente de la voluntad del que lo hace, de ponerlo en conocimiento de otro. He aquí por qué también producen eficacia probatoria contra el que los ejecutó, no sólo los asientos que se hacen en libros obligatorios, sino todos los demás, en cualquier forma que se realicen, aunque la intención del que los hace sea la de que queden en secreto.

⁴¹⁴ Es lo que sucede con la aprobación de la cuenta. A esta hipótesis es a la única a que se refieren *Siegel, ob. 1. cit.* y *Mossa*, en la *Riv. dir. comm.*, 1919, I, 414.

También en esta hipótesis, el negocio declarativo no es inútil en absoluto, como se podría concluir con una observación ligera.

Tiene de hecho, como consecuencia práctica, una inversión de la carga de la prueba, cuyo valor práctico puede ser muy grande, lo que se reconoce generalmente.

Perfeccionado el negocio declarativo, es el deudor el que debe demostrar su falta de concordancia con la relación declarada; el acreedor no tiene necesidad de referirse al negocio declarado, ni promover la demostración de su alcance, pues tan sólo puede referirse al negocio declarativo.

La doctrina pandectista siempre reconoció la importancia práctica de este resultado, cuya justificación jurídica intentó, admitiendo la posibilidad de una inversión convencional de la carga de la prueba (*Windscheid*), posibilidad que, por el contrario, es negada por la doctrina procesalista moderna (*Chiovenda*).

Sería difícil encontrar una construcción jurídica, fuera de la del texto, para la hipótesis, tan frecuente en la actualidad, de la entrega o de la aprobación de la cuenta "salvo error u omisión" (que es cláusula de estilo en muchas cuentas). En estas hipótesis, ni se quiere confesar, ni se quiere disponer; sólo se quiere declarar, dejando a salvo la libertad de demostrar eventualmente la inexactitud de la declaración.

Por eso no me parece correcta la objeción dominante (*Liebmann, Niccolò, Giorgianni, obs. cits.*), que afirma que ese resultado práctico "no es suficiente" para justificar la categoría. Lo que puede o no justificar una categoría jurídica, no es la mayor o menor importancia práctica que se le atribuya a priori, sino que se justifica plenamente, desde que se le individualiza con sus caracteres en el terreno de la lógica jurídica; y sólo después, a posteriori, basados en una experiencia práctica efectiva, y no con fundamento en previsiones más o menos plausibles, se podrá juzgar efectivamente de su utilidad.

Cf., además, los estudios citados de *Mossa* y *Siegel*, que precisamente por exigencias prácticas, tuvieron que hacer el objeto central de sus investigaciones, a este tipo de negocio declarativo.

gundo, la hipótesis en la que el negocio declarativo se destina a prevale sobre la relación declarada, salvo la impugnación ordinaria por error. voluntad de declarar se integra en este caso, con una voluntad de disposición eventual⁴¹⁵.

En materia de presunción de hecho, será lícito considerar que en determinado caso concreto exista un negocio declarativo del segundo tipo; porque, estando siempre presente la voluntad de las partes, se presume que al declarar sus propias relaciones, quieran que éstas queden tal como fueron declaradas, aunque eventualmente difieran de las relaciones originarias⁴¹⁶.

El negocio declarativo a que nos referimos, exige la capacidad y la forma necesarias a todo negocio que trate de obtener en forma directa los efectos declarados y creados accidentalmente *ex novo*.

El negocio declarativo, como todos los negocios, no puede obrar retroactivamente frente a terceros⁴¹⁷ (*Segré*): sólo en las relaciones entre las partes posee retroactividad en el aspecto obligacional.

En efecto, las partes se obligan recíprocamente a considerar la relación declarada, como si tuviera desde su origen el alcance que deriva del negocio declarativo, pero frente a terceros ese alcance —diverso del originario— existirá sólo desde el momento en que el negocio declarativo se perfeccione.

Carnelutti se refiere implícitamente a este tipo de negocio declarativo, y refuta las afirmaciones al principio expuestas por *Candian*, sosteniendo

⁴¹⁵ Sobre este negocio, se detuvieron especialmente *Rümelin* (*Archiv. civ. Praxis*, vols. 97 y 98) y *Pagenstecher* (*Materielle Rechtskraft*).

⁴¹⁶ Este es el principio desarrollado por *Candian*, *ob. cit.*

⁴¹⁷ Al contrario de lo que ocurre, según la doctrina tradicional italo-francesa, en la transacción, cuyo efecto declarativo se entiende constantemente como retroactivo, mas este principio se encuentra en contraste con los principios generales de los negocios jurídicos y solamente encuentra su justificación en razones históricas peculiares (cf. a *Stolfi G.*, *Transazione*, pags. 78 y sigs.), de manera que no se puede entender fuera del ámbito de la transacción. Sin embargo, hay muchos que, aun en la transacción, entienden que no se puede hablar en modo alguno de retroactividad (cf. la bibliografía en *Giorgianni*, *cit.*).

Respecto del negocio declarativo, la fórmula del texto coincide con la adoptada actualmente por *Nicoló*.

Juzgo superflua —teniendo en cuenta la función del negocio declarativo— una manifestación especial de voluntad, para que el negocio obre retroactivamente entre las partes. (Sobre la posibilidad de este efecto también cf. a *Allorio*, *ob. cit.*, p. 27; en contra *Liebmann*, *ob. 1. cit.*, y *Stolfi*, *Rivista di diritto processuale civile*, 1933, I, 137).

Para *Giorgianni* la retroactividad se manifiesta inmediatamente, pues ese autor concibe el negocio como si tuviera (entre las partes) eficacia real.

que la impugnación del negocio declarativo queda sujeta a las reglas generales de todos los negocios ⁴¹⁸.

103.—Aún más, se distinguió el negocio declarativo puro, o mejor dicho genérico, del titulado, que es acorde, contenga o no la mención a la causa de la relación declarada. También el primero es causal ⁴¹⁹ y su causa justamente se constituye por la declaración, pero en el segundo, al contrario de lo que sucede con el primero, los derechos declarados quedan sujetos antes que a las reglas generales de todos los negocios jurídicos, a las propias de la relación indicada ⁴²⁰.

104.—El objeto del negocio declarativo puede consistir tanto en una relación jurídica, como en un simple hecho ⁴²¹; un ejemplo frecuente de esta última posibilidad nos lo da la evaluación.

⁴¹⁸ El negocio declarativo del primer tipo está destinado a caer, frente a la simple circunstancia de su divergencia con la relación declarada, pero esta es una consecuencia de la propia voluntad de las partes y no de la aplicación de una reglamentación particular a la impugnación por error.

⁴¹⁹ No hay, pues, negocio declarativo, cuando las partes no pretendan declarar, sino disponer, aunque recurran a la forma de un negocio declarativo, que en esta hipótesis será simulado. Pero la subsistencia de la causa se presume (art. 1121) y el que la impugna tiene a su cargo probar lo contrario.

⁴²⁰ *Von Tuhr*, ob. 1. cit., habla en estas hipótesis de reconocimiento causal y abstracto, pero esa concepción es inexacta por las razones aducidas en el texto.

⁴²¹ Las objeciones de *Becker* sobre este punto tuvieron respuesta en la doctrina sucesiva; cf. a *von Tuhr*, ob. 1. cit. Las mismas objeciones se levantaron nuevamente por *Liebmann*, y *Allorio* obs. cits. observando que cuando el objeto de la declaración sea un hecho, no se puede hablar más de un negocio declarativo sino de una confesión.

Se puede responder que la confesión se caracteriza no sólo por tener como objeto un hecho, sino también por constituir una declaración de conocimiento. Por tanto, es lógica su distinción de una declaración, que al mismo tiempo que tiene por objeto un hecho, es una declaración de voluntad y que, aún más, puede ser una declaración bilateral. Por ningún lado hay una norma jurídica u obstáculo lógico que se oponga a esta posibilidad. V. ahora, en el sentido del texto, a *Niccoló*, ob. cit., y a *Giorgianni*, ob. cit. Estos autores aclaran que lo que es objeto de la declaración es rigurosamente el presupuesto de hecho de la relación jurídica, y esa aclaración merece aceptarse.

Una notable aplicación de importancia práctica de esta hipótesis se encuentra en materia de seguros. Son muy frecuentes las pólizas con cláusulas que remiten a los llamados peritos o árbitros para la determinación del "quantum" del daño (por incendios, accidentes, etc.), sin quedar comprometida la cuestión de su resarcibilidad.

Es evidente que por lo menos en la mayoría de los casos, no se trata de peritos, ni de árbitros en sentido propio, a pesar de la terminología usada por las partes. No se trata de peritos porque su declaración se vincula con la voluntad de las partes consignada en las cláusulas de la póliza; tampoco se trata de árbitros, porque su decisión no está sujeta a la disciplina de la decisión arbitral, por lo que no se le

105.—De este modo, la doctrina del negocio declarativo aumentando su ámbito se encontró con la de la transacción.

Los prácticos del derecho común, y especialmente *Urceolus*, habían indicado una serie de hipótesis en las que la transacción, inválida como transacción por la falta del requisito del *aliquid datum atque retentum*, adquiría validez *in viam pacti*, a través del juramento.

La distinción surge con claridad; mientras la transacción se caracteriza por las concesiones recíprocas: el *aliquid datum atque retentum*, de la definición de *Vinnio*, aceptada en las escuelas. El negocio declarativo es válido independientemente de este requisito. Se podrá objetar que por este camino se llegaría a ver en el negocio declarativo una transacción inválida, pero semejante observación olvida que independientemente del reconocimiento legislativo de la transacción, el negocio declarativo es válido, por el principio general de la libertad de los contratantes, que es evidente que pueden declarar sus relaciones, en tanto se admite que las puedan regular⁴²². Por tanto, la existencia de las características de la transacción se puede atribuir eficacia, ni resuelve la controversia. En realidad se trata de árbitros, y es fácil poner de manifiesto que son árbitros en un negocio declarativo, que justamente tiene por objeto la declaración de un presupuesto de hecho (la entidad del daño) y no el derecho a la indemnización. Se substituyen las partes para declarar la extensión del daño, de modo que la controversia entre las partes solamente girará después, en torno a la resarcibilidad del daño (y, eventualmente, en torno a la validez del contrato de seguro). Sobre la legitimidad de esa frase nunca surgirán dudas. Sobre la construcción aquí indicada cf. mis notas en *Assicurazioni*, 1934, II, pag. 35 y 1936, y substancialmente *Kisch, Der Schiedsmann im Versicherungsrecht, Manheim*, 1925. Cf. también a *Stiefel* en *Assicurazioni*, 1934, II, pag. 391.

Un caso de negocio declarativo, particularmente interesante, que versa sobre el presupuesto de hecho de la relación jurídica, es el del concordato tributario, reglamentado en el derecho italiano. La tesis tradicional que aproximaba esta institución a la transacción, justamente evidenció su naturaleza negocial (cf. *Pugliese, Instituciones de derecho financiero*, México, 1939, p. 192); aquí no interesa investigar la bilateralidad o unilateralidad del acto. Las diferencias entre el concordato tributario y la transacción precisamente se basan en el hecho de que el concordato tributario constituye un negocio declarativo de derecho fiscal, que corresponde al presupuesto de hecho de la relación jurídica (cf. *Pugliese, ob. cit.*, p. 185). Este autor, por haber descuidado la teoría del negocio declarativo, vuelve a aproximar el concordato tributario a la transacción, aunque reconociendo que el concordato tan sólo persigue la declaración (definitiva) del presupuesto de hecho de la relación jurídica, y que en ella faltan las características de la transacción).

Con el mismo orden de ideas, recientemente se reconstruyó la figura de los llamados liquidadores de averías y se reconoció un negocio declarativo en el llamado quirógrafo de avería. En esos términos *Lefebvre, Rivista di diritto della navigazione*, 1936, II, pag. 35.

⁴²² Evidentemente no pueden ser objeto de negocio declarativo las relaciones jurídicas que escapan al imperio de la voluntad de las partes.

necesitan para una transacción válida, pero no para la de un negocio declarativo. Cuando se satisfagan las características de la transacción no se podrá recurrir a la reglamentación del negocio declarativo, sino solamente a la de la transacción (es lo que sucede respecto de la forma y de la retroactividad), ni una transacción inválida se podrá convertir siempre en un negocio declarativo válido.

La doctrina más reciente, partiendo de estas observaciones, encuentra en la transacción un negocio estructural y funcionalmente modificador de la situación preexistente ⁴²³, y por tanto distinto de un negocio con función declarativa ⁴²⁴. En el primer caso las partes transigen sobre sus pretensiones recíprocas, en vista de su litigiosidad, y por medio de un *aliquid datum atque retentum*. En el segundo caso regulan sus relaciones con un fin declarativo, a pesar del carácter constitutivo (negocial) del instrumento jurídico que usan.

Estos convenios son válidos sin discusión alguna, en virtud del principio general de la autonomía de la voluntad privada.

Aunque a estos convenios con frecuencia se les domina "transacciones", no encuadran dentro del concepto técnico de la transacción, porque no se caracterizan por los elementos que la ley juzga indispensables en toda transacción.

106.—En ese aspecto la jurisprudencia de la Suprema Corte, tuvo oportunidad de recurrir al negocio declarativo. Fue lo que sucedió en los llamados arbitrajes libres, en la hipótesis ya indicada, al decidir la validez de un contrato que trataba de declarar las relaciones anteriores existentes entre las partes ⁴²⁵.

La jurisprudencia de la Suprema Corte con frecuencia ha reconocido la posibilidad de que las partes confíen ⁴²⁶ a terceros la declaración de las

⁴²³ Cf. a Niccolò, pag. 433 y sigs; a Giorgianni, pag. 11; a Guicciardi, *Archivio di diritto pubblico*, 1936, 97; a Viterbo, *Rivista di diritto civile*, 1936, y *Assicurazione delle responsabilità civile*, Milán, 1936, p. 144. Esta teoría también excluye el carácter retroactivo de la transacción.

⁴²⁴ Al contrario de la doctrina tradicional alemana (cuyo concepto de transacción es más amplio que el italiano), el negocio declarativo se concibe en oposición a la transacción y no como un tipo general del que la transacción constituiría una sub-éspecie. En este sentido véase especialmente a Niccolò, págs. 424 y 437 y sigs., y a Giorgianni, pag. 77.

⁴²⁵ Cass. del Reino, 17 de febrero de 1932. *Foro It.*, 1932, I, pag. 47, donde se podrá ver la nota bibliográfica al respecto.

⁴²⁶ Generalmente a través de la entrega de un papel previamente firmado en blanco por ambas partes. A mi modo de ver, la entrega de un papel en blanco constituye la forma de la concesión de un poder jurídico, que tiene por objeto el cumplimiento de las formalidades del papel en blanco, de acuerdo con el convenio

propias relaciones, terceros arbitradores (no árbitros), que con esa calidad escapan al imperio de las reglas dictadas por el código de procedimientos civiles respecto del arbitraje.

En esta hipótesis, "el arbitrador está investido del mismo poder de declaración negocial, que correspondía a las partes y emite una declaración de voluntad, que tiene tanta eficacia como si las partes la hubiesen realizado directamente. Mas su misión consiste en completar una declaración negocial (que sólo tiene la eficacia propia de tales declaraciones) y no en el ejercicio de una actividad jurisdiccional, no en la elaboración de un laudo, sujeta a la disciplina jurídica del compromiso, sancionada por el art. 8 y siguientes del código de procedimientos", y que, a su vez, tendría la autoridad de una sentencia⁴²⁷.

entre las partes y el tercero a quien se entregue. Cf. n. 37 nota 151, respecto a la distinta orientación de *Carnelutti*, en este aspecto.

⁴²⁷ En ese sentido, Cass. del Reino, 14 de noviembre de 1931 (Pres. Barcelona, rel. Benomo), *Monitor Trib.*, 1932, pag. 255; 18 de mayo de 1932; 25. de julio de 1932; 12 de diciembre de 1932, *Massimario Foro It.*, 1932, 372, 585 y 711. Cf. mi estudio en la *Rivista di diritto processuale civile*, 1929, I, pag. 308.

Remito al lector a ese estudio en lo que se refiere al examen de la discusión acerca de la validez de esa frase y de su construcción jurídica.

Los arbitradores están investidos de un poder jurídico, que justamente es el de integrar la declaración negocial de las partes, con efecto inmediato para ellas. Ese poder jurídico es distinto de la representación (los arbitradores obran realmente en nombre propio), aunque funcione como la representación, en la categoría de los poderes jurídicos especiales, por virtud de los cuales un sujeto puede directamente influir en la esfera ajena. Cf. antes, n. 20.

Por eso, será necesario distinguir en materia de vicios (al igual de lo que acontece con la representación) los que se refieren a la concesión de ese poder y los que se refieren al ejercicio de éste.

En la hipótesis del texto, las dudas más graves surgirán acerca de la distinción entre árbitros y arbitradores, o mejor dicho, acerca de la posibilidad de resolver, por medio de arbitradores, una controversia que por su naturaleza también podría resolverse por árbitros o por el juez.

La jurisprudencia unánime respondió en sentido afirmativo, admitiendo en substancia, que las partes pueden resolver la controversia acerca del alcance de sus propias relaciones, remitiendo su averiguación a arbitradores, y no al juez, o al árbitro, sin violar los principios que regulan las atribuciones exclusivas de los jueces (o, con determinadas garantías de los árbitros) para la solución de las controversias jurídicas. Estas atribuciones exclusivas realmente conciernen sólo a la declaración de las relaciones con la eficacia propia de lo juzgado (cf. a *Chiavenda, Istituzioni*, n. 25) y no a cualquier declaración; por tanto, éstas no vedan a las partes la posibilidad de declarar negocialmente las propias relaciones, tan sólo, como es natural, con la eficacia propia de una declaración negocial, y no, como es obvio, con la que sería propia de una sentencia; por eso, no vedan a las partes declarar esas relaciones a través de terceros arbitradores, cuya declaración vale como si se realizara directamente por las

107.—De este modo, el negocio declarativo permite utilizar el instrumento típicamente constitutivo del negocio jurídico, para una función declarativa⁴²⁸ que la doctrina más antigua juzgaba que sólo pertenecía a las declaraciones de conocimiento.

En substancia, la doctrina del negocio declarativo ofrece la clave para la sistematización de las relaciones entre las documentaciones sucesivas de la misma relación jurídica.

En efecto, gracias a la doctrina del negocio declarativo se estudiaron y construyeron, tanto en nuestra literatura como en la extranjera, las relaciones entre documento y negocio. Esto se debe a la circunstancia de que a través del negocio declarativo, se tiene en cuenta, conjuntamente, la naturaleza negocial de la segunda declaración y su conexión con la primera.

108.—Si ahora nos atenemos a las características generales de los títulos de crédito causales, fácilmente reconoceremos una concurrencia de negocios, análoga a la que se investigó por la doctrina en materia de negocio declarativo.

En efecto, en forma semejante a lo que ocurre con la hipótesis de una documentación sucesiva del contrato, el título de crédito causal se refiere a un negocio anterior; en uno y otro caso el problema consiste en fijar las relaciones entre el negocio primitivo y el documento sucesivo.

De este modo es como la doctrina reconoció, en la hipótesis de documentación sucesiva, no sólo una sucesión de documentos, sino —por lo menos con frecuencia— una sucesión de negocios jurídicos. También en páginas anteriores (ns. 13 a 21) demostramos la autonomía plena de la declaración cartular, y que ella también constituye, en los títulos causales, una declaración de voluntad (negocio jurídico). Por otra parte, lo mismo que en la hipótesis de documentación contractual sucesiva, la declaración cartular en los títulos causales, justamente tiene por objeto la relación fundamental, con un fin que es típicamente el de declaración.

109.—Es natural que reduzcamos los derechos cartulares causales a un

partes. Cf. a Chiovenda, *ob. cit.*, sobre la demostración de la validez de esta frase, desde el punto de vista procesal.

⁴²⁸ Estos caracteres se admiten ahora corrientemente por la doctrina italiana. Cf. a Niccoló y Giorgianni, *ob. 1. cit.* en relación con la primera edición de estos estudios. Constitutivo y declarativo se entienden aquí en relación con las funciones del acto jurídico y no, como en la transacción, en relación con su retroactividad.

El efecto declarativo de la transacción equivale a su por demás dudosa retroactividad (v. antes); el negocio declarativo es declarativo teniendo en cuenta su función, pero, como ya antes lo observé, no es retroactivo.

Por tanto, el negocio declarativo está sujeto, en cuanto a la transcripción, a las normas generales de los negocios jurídicos, y no a las de la transacción.

negocio declarativo⁴²⁹ titulado; negocio declarativo que se realiza para imprimir a las relaciones anteriores una mayor seguridad, indispensable para la circulación del derecho; negocio declarativo titulado, esto es, que se refiera a la relación fundamental, a cuya reglamentación se sujetan las obligaciones declaradas.

El titular del título de crédito causal⁴³⁰, tiene el derecho de invocar el derecho derivado de la relación fundamental, tal como está declarada en el título⁴³¹.

Este principio apenas representa el desenvolvimiento lógico de la tesis tradicional, que veía en el título causal un documento probatorio. Esta tesis realmente sostenía una teoría general del documento y del negocio, que ignoraba hasta el negocio declarativo; por tanto, es perfectamente natural que se pueda superar en el ámbito de los títulos de crédito, de la misma manera en que lo fue en el problema de la documentación sucesiva del negocio.

110.—La propia historia demuestra que el negocio declarativo constituye uno de los puntos de paso a través de los cuales, del documento probatorio se llegó, en una evolución lenta, hasta la obligación abstracta⁴³².

Lo mismo la letra de cambio, si se atiende a su abstracción, se puede considerar como expresión de un negocio declarativo, declarativo justamente de la relación de cambio subyacente. Sólo a través de su evolución histórica sucesiva, es que transformándose de medio de pago en instrumento de la circulación del crédito, la cambiaria abandona la conexión con el con-

⁴²⁹ Unilateral, como veremos adelante, al tratar de la constitución del derecho cartular.

⁴³⁰ Supuesta la validez del título.

⁴³¹ La aplicación del concepto de negocio declarativo, a los títulos de crédito, se confirmó vigorosamente por Siegel, *Archiv. civ. Praxis*, 1911, con referencia especial a los títulos representativos. Después de la primera edición de estos estudios, cf. los autores citados antes, n. 41.

No me parece necesario agregar que no se podrá recurrir a la teoría del negocio declarativo en el caso de los títulos abstractos, precisamente porque son abstractos. Es lo que parece que pasó desapercibido para Messineo, vol. I, pag. 148, cuando observa que la teoría del negocio declarativo no es invocable en cuanto a los títulos causales, como lo es en la cambiaria.

Sin embargo, debe observarse que la evolución histórica mediante la cual los negocios declarativos unilaterales llegaron, en su desenvolvimiento, a la constitución de negocios abstractos (respecto de los cuales es imposible hablar de declaración), como ocurrió justamente en el sistema alemán a través de los § 780 y 781 de aquél código, que presenta un paralelo innegable con el desenvolvimiento histórico, que, en el ámbito de los títulos de crédito, llegó a la constitución de los derechos abstractos.

⁴³² Cf. en otro aspecto, antes, n. 22. Recuérdese también, sobre este mismo aspecto, la hipótesis particular de la abstracción, examinada antes, n. 56, cuya aplicación a los títulos de crédito encontraremos más adelante, n. 141.

trato de cambio; pasa a coincidir con relaciones fundamentales diversas, satisfaciendo diversas funciones de la relación fundamental, conforme a la diversidad de los casos concretos; en consecuencia, constituye un documento constitutivo de un derecho autónomo, conquistando completa independencia.

Vale la pena poner de relieve que, partiendo de los principios indicados, se explica por qué es imposible en los derechos causales una circulación autónoma del derecho derivado de la relación fundamental, concurriendo con el derecho cartular correspondiente; no se puede hablar, en los derechos causales, de concurrencia de la acción cartular y de la derivada de la relación fundamental ⁴³³.

La imposibilidad, a que nos referimos, resalta al observar que el suscriptor ⁴³⁴ del título causal, al firmar el título, declara que el titular de éste es acreedor en virtud de una determinada relación fundamental (es por ejemplo, el socio de determinada sociedad; el destinatario de determinada carga). Esto además corresponde a lo que hace poco observamos sobre el negocio declarativo en general, excluyendo que pueda dar lugar a una concurrencia de acciones ⁴³⁵.

Distinta es la situación de los derechos abstractos, en los que, por su propia abstracción, no se podría hablar de que el derecho cartular corresponda a una determinada relación fundamental; por lo que es posible que los dos derechos tengan una distinta circulación —el cartular y el derivado de la relación fundamental— y la concurrencia de las acciones respectivas.

111.—De este modo creo poder afirmar que los derechos cartulares causales son originarios de un negocio declarativo. Contiene la mención a la causa de la relación fundamental, de tal manera que las obligaciones declaradas se basan en una causa determinada, y subordinadas en su existencia a las normas que de la causa derivan.

Por una parte debemos tener en cuenta las reglas del negocio declarativo que ofrecen una reglamentación general para la obligación cartular en todos los derechos cartulares causales; por otra, las normas peculiares a la naturaleza diversa de cada uno, que será distinta según sea diferente la relación fundamental a que se refiere.

112.—En materia de derechos causales, en los títulos de crédito, se

⁴³³ De hecho, ni la ley toma en consideración esta hipótesis en los títulos causales, al contrario de lo que acontece en la cambiaria.

⁴³⁴ Nos referimos al suscriptor de la obligación principal, pues vimos que es su causalidad la que caracteriza al título como causal, pudiendo también resaltar del título otras obligaciones de distinta naturaleza eventualmente. Cf. ns. 95 y 139.

⁴³⁵ V. antes, n. 99.

debe por un lado mantener la distinción entre excepciones extracartulares, y cartulares, y por otro lado tener en cuenta entre las excepciones cartulares:⁴³⁶

a).—Las derivadas de los vicios de la relación, objeto de la declaración;

b).—Las que derivan de la divergencia entre la relación fundamental y lo que se manifiesta en la declaración cartular.

En el carácter cartular de estas excepciones es donde se revela en los títulos de crédito la causalidad de los derechos causales y su distinción con los derechos abstractos.

113.—Es evidente que indicando los vicios de la relación que es objeto de la declaración, nos referimos a su posible invalidez y no a los hechos que según su propia disciplina, puedan provocar la extinción de aquella relación.⁴³⁷

Es obvio que tales hechos son siempre oponibles a cualquier portador del título⁴³⁸, justamente porque su derecho es el de invocar el originado con la relación fundamental, y está por esto sujeto a las normas jurídicas que reglamentan esa relación y su extinción.⁴³⁹

114.—Sin embargo, es distinto el caso de los vicios de la relación declarada y de la oponibilidad de ellos al portador del título, o de la divergencia eventual entre la declaración respecto a la realidad, y de la oponibilidad de esa divergencia al portador.

En estas dos últimas hipótesis se trata de excepciones que derivan de la propia declaración cartular⁴⁴⁰, y que en principio serían oponi-

⁴³⁶ En los derechos abstractos, en cambio, estas excepciones cabrían entre las excepciones extra-cartulares.

⁴³⁷ Por ejemplo, la pérdida de la mercancía, por fuerza mayor, en la carta de porte marítima. Hay confusión en *Messineo*, vol. I, pág. 191.

⁴³⁸ En igual sentido, también *Messineo*, ob. I. cit., en la hipótesis referida en la nota anterior. En el derecho brasileño cf. art. 588, cod. com.

⁴³⁹ En cuanto a la ejecución de la prestación (por ejemplo restitución de la mercancía en la carta de porte marítima), es oponible al portador solamente cuando resulta del título, porque éste es necesario para ejercitarse el derecho respectivo. V. en relación con la carta de porte marítima el art. 557 del Código de Comercio.

⁴⁴⁰ Al contrario de las excepciones eventuales, extra-cartulares, por ejemplo un *pactum de non petendo*. Son aplicables a éstas las normas examinadas en el primer capítulo. Cf. también n. 90.

La inoponibilidad de las excepciones, está sujeta, ya en los títulos abstractos, ya en los causales, a un criterio único, o sea: la inoponibilidad de las excepciones extra-cartulares (entre ellas, las causales en los derechos abstractos) al tercero portador, siempre que éste, al adquirir el título, no haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor; la inoponibilidad de las excepciones cartulares que acarrean una investigación de la relación de la transmisión (entre ellas, las excepciones causales,

bles a cualquier portador ⁴⁴¹.

Veremos que en ningún título de crédito se pueden oponer al legítimo portador, las excepciones correspondientes a la declaración cartular, que impliquen la investigación de la relación de transmisión del título, cuando el portador no tenga conocimiento de este vicio.

Las excepciones que se indican serán oponibles al tercero portador del título que tenga conocimiento del vicio, y no a aquel que lo ignore ⁴⁴².

115.—Refiriéndonos en general al negocio declarativo, vimos que en el mismo se puede o no reconocer una voluntad de disposición eventual; la divergencia entre la declaración y la realidad se podrá argüir, mediante la demostración del error en la conclusión del negocio o con la simple demostración de que la declaración es inexacta.

Según que el título causal corresponda a un negocio declarativo de un tipo o de otro, su impugnación exigirá o no la demostración del error.

A su vez, la clasificación de los diversos títulos de crédito causales, en relación con los dos tipos de negocio declarativo, obedece a los criterios generales marcados por la teoría de ese negocio.

Resumiéndola en páginas anteriores, vimos que en el dominio de las presunciones, se debe presumir que el negocio declarativo implica una disposición eventual, y no que le falte tal eficacia, debido a que la voluntad humana, siempre presente, tiende a manifestarse en forma completa, y de tal manera que la última manifestación de voluntad prevalezca sobre las anteriores.

en los derechos causales) al tercero que las ignora. Esta observación confirma la orientación de considerar tanto los títulos abstractos como los causales, como subespecies de la categoría de los títulos de crédito, y de precisar la diferencia entre títulos causales y títulos improprios.

⁴⁴¹ V. de hecho, más adelante n. 245.

⁴⁴² Nótese que, en esa hipótesis, es suficiente el simple conocimiento del portador, al contrario de lo que pusimos de relieve, en cuanto a las excepciones derivadas de elementos extra-cartulares.

El ámbito de éstas es más amplio en los títulos abstractos que en los causales, justamente porque las excepciones de que estamos hablando en el texto, serían extra-cartulares en un título abstracto, atendiendo, por el contrario, a la declaración cartular en los títulos causales.

En doctrina, como ya lo indicamos, se confunde a veces, al portador que adquirió el título de mala fe (esto es, conociendo el vicio de la posesión de su antecesor) y que, por tanto, no es titular, no puede gozar de derecho alguno, y al portador que conoce determinado vicio de la declaración cartular, que, en consecuencia, es vulnerable a determinada excepción. La diferencia es evidente, porque es distinto, en las dos hipótesis, el objeto de la mala fe del portador, que podría incurrir en mala fe en la adquisición del título e ignorar el vicio de la declaración, o viceversa, por lo que son distintas las consecuencias.

Mas vimos incluso que siendo un negocio jurídico, el negocio declarativo, tiene como límites aquellos impuestos a la autonomía de las partes que a él sólo se podrá recurrir con eficacia dispositiva, cuando se puede disponer.

Debemos, pues, excluir la existencia de un negocio declarativo con eficacia dispositiva, en las hipótesis en que las partes no tengan poder de disposición.

116.—Estos son los criterios generales que nos pueden guiar en la clasificación de los títulos de crédito causales, yendo paulatinamente desde los de simple declaración, hasta los que corresponden a una declaración con eficacia dispositiva.

Antes de continuar, conviene poner en evidencia algunas consecuencias ulteriores de los principios examinados, las que concurrirán para caracterizar los títulos causales.

De estos principios deriva que el portador del título causal, de conformidad con la literalidad propia de todos los títulos de crédito, no puede invocar la relación fundamental en la que no haya participado, para gozar de más derechos que los declarados en el título, así como tampoco podría el suscriptor del título, invocar el derecho de la relación fundamental para restringir los derechos del portador ⁴⁴³. Este principio es evidente, si el portador del título puede invocar el derecho de la relación fundamental ya declarado en el título; lo que corresponde a la experiencia común, aunque no se haya consagrado expresamente por la doctrina.

Este principio vuelve a aclarar la diferencia que hay entre la hipótesis que se examina y la de un documento probatorio ⁴⁴⁴, porque en este segundo caso, se podría limitar al deudor que invocara la relación, pero nunca al acreedor. Se discute en la doctrina la posibilidad de que las partes que participaron en la relación fundamental invoquen sus pactos, contra lo que está declarado en el título, independientemente de la impugnación de éste. Esta discusión, tradicional en la carta de porte marítima ⁴⁴⁵, se acostumbra proponer independientemente de la teoría desarrollada en el texto, pero es evidente que apenas constituye un aspecto particular del pro-

⁴⁴³ Cf. antes, n. 30, para ejemplos prácticos en materia de carta de porte.

⁴⁴⁴ O confesorio. Por eso cae la observación de *Messineo*, vol. I, pág. 148 (que no ve diferencia entre la construcción del texto y la que, en los títulos causales, deriva de una confesión, prescindiendo de la inaplicabilidad de las normas de la confesión) en materia de títulos causales.

⁴⁴⁵ Ampliamente tratada por *Scorza*, en *Polizza di carico*, Roma, 1935, que también la examina con relación a la carta de porte nominativa, en la cual no reconoce a un título de crédito.

blema más general que surge en la teoría del negocio declarativo: la posibilidad de hacer valer la divergencia entre la declaración y la realidad.

Esto apoya la tesis que se intentó demostrar en páginas anteriores, reduciendo los títulos causales al ámbito del negocio declarativo ⁴⁴⁶. Son los principios ahora asentados los que nos permiten resolver la discusión, afirmando, o que sea necesaria una impugnación por error, o que baste la simple demostración de la divergencia, en cuanto se trate de uno o de otro de los dos tipos de negocio declarativo que hemos distinguido ⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ El problema realmente no surgiría si el título causal constituyese un simple documento probatorio de la relación fundamental.

⁴⁴⁷ Afirmando en relación con la carta de porte marítima, y negando en relación con las acciones, la necesidad de una impugnación por error.

LOS DIVERSOS TITULOS DE CREDITO CAUSALES

Sumario.— 117.—Acciones. 118.—Su dependencia. 119.—Disciplina. 120.—Naturaleza jurídica. 121.—Divergencia de la realidad. 122.—Vicios del contrato social. 123.—Excepciones independientes de la investigación de la relación de la emisión. 124.—Protección del adquirente de buena fe. 125.—Paralelo histórico. 126.—Cambio agrícola. 127.—Títulos de crédito marítimo privilegiados. 128.—Póliza de seguro y título de préstamo a cambio marítimo. 129.—Continuación. 130.—“Stabiliti”. “Duplicatas”. 131.—Títulos representativos. 132.—Abstracción o causalidad. 133.—Continuación. 134.—Naturaleza del derecho. 135.—Continuación. 136.—Causalidad. 137.—Función económica. 138.—Obligación de regreso. 139.—“Delivery orders”. 140.—Bono de prenda. 141.—Obligaciones. 142.—Títulos al portador. 143.—Privilegios y garantías del derecho cartular.

117.—La doctrina y la jurisprudencia han reconocido en forma unánime, a las acciones, como títulos de crédito, o mejor dicho títulos-valores (cf. n. 15) ⁴⁴⁸; el R. D. nº 1364 de 7 de junio de 1923 sanciona esa tesis en el aspecto legislativo, aun para las acciones nominativas ⁴⁴⁹.

“⁴⁴⁸ Es evidente que sólo es posible hablar de títulos de crédito o títulos-valores, cuando los títulos de las acciones se hayan emitido en relación con estos títulos.

Mientras los títulos de las acciones no se emitan, le pertenecen al socio los derechos de los accionistas, pero su posición no se incorpora en un título susceptible de circulación conforme a las reglas de los títulos de crédito; la posición de socio, en este caso, se transmitirá de acuerdo con las reglas del derecho común.

Justamente por esto, práctica y jurídicamente, es importante la distinción de algunas legislaciones (cf. por ejemplo en el derecho brasileño el art. 14 del D. n. 2,627 de 26 de septiembre de 1940), entre el por ciento del ingreso del suscriptor que se debe realizar para que la sociedad se pueda constituir legalmente, y el que se debe aportar para que se puedan emitir las acciones.

Distinto es el problema del derecho del accionista, cumplidas las exigencias legales respecto a la entrega del título de la acción, y de la posibilidad de que la sociedad delibere sobre la no emisión de los títulos de las acciones (cf. a favor de esta posibilidad, aunque en contraposición con las características de la sociedad anónima por acciones, el art. 8 del D. L. de 7 de junio de 1923, y al respecto a *De Gregorio, Società*, Turín, 1938, p. 496).

“⁴⁴⁹ En Italia, las acciones son nominativas o al portador, y esta regla es la más generalizada ante el derecho comparado.

Esta característica concuerda con la función económica propia de las acciones, destinadas a posibilitar la circulación de la participación social. La función económica de la sociedad anónima por acciones, justamente se relaciona con la movilización de economías de muchas aportaciones para la realización de empresas que superan las fuerzas económicas individuales. Esta función, a su vez, presupone por un lado la responsabilidad limitada del socio, y por otro lado, la división del capital social en acciones, o sea en títulos circulables. La posibilidad de un cambio en las personas de los socios independientemente de una alteración en el contrato de sociedad y la facilidad de este cambio, en vista de que la participación social, como que se incorpora en un título, hace posible el cumplimiento de la función económica, propia de la sociedad; la posibilidad y facilidad de la circulación de la participación social, en efecto, constituye el requisito necesario para recoger economías de numerosos individuos, puesto que es tanto más fácil encontrar un inversionista, cuanto más fácil y con seguridad éste pueda encontrar quien lo sustituya en caso necesario.

En cuanto a las participaciones en una sociedad anónima, la existencia de la exigencia de facilitar la circulación, explica la división de su capi-

Lo mismo en la hipótesis en que las acciones nominativas dan lugar a la emisión de títulos. Estos pueden transmitirse por medio de endoso (autentificado); sin embargo, la transmisión de la acción se perfecciona hasta que ésta se anota en los libros del emisor, con la emisión consiguiente de un nuevo título a nombre del nuevo titular. Con frecuencia este endoso se hace en blanco; por consiguiente el título puede transmitirse a varios adquirentes sucesivos, hasta que llegue a manos de quien no tenga el propósito de deshacerse de él por largo tiempo, obteniendo el registro del título a su nombre en los libros de la sociedad. Cf. adelante, n. 217.

Es análoga la reglamentación francesa de la ley de 17 de julio de 1926, denominándose los títulos, por esto, títulos a la orden.

En la América del Norte, las acciones son nominativas y no constituyen *negotiable instruments* (sobre este concepto cf. n. 15). Pero pueden circular, anotada en el certificado la declaración de la transmisión del título, hasta con el nombre del adquirente en blanco; el registro, a su vez, no se puede hacer sin la presentación del certificado. El que adquiere un certificado se encuentra con la posibilidad de obtener el *transfert* a su propio nombre, perfeccionándose entonces su propia adquisición frente a la sociedad; prácticamente se encuentra así, en una posición análoga a la del adquirente de un título de crédito; y, en efecto, con relación al certificado, se habla de *quasi negotiable instruments*. Cf. Cook, *Principles of corporation law*, Ann Arbor, 1931, p. 231.

La disciplina de las acciones nominativas no contraría la rapidez y la seguridad de la circulación.

En el Brasil, las acciones pueden ser nominativas o al portador; cf. el artículo 23 del D. n. 2,627 de 26 de septiembre de 1940. En las acciones se reconocen títulos de crédito; cf. a Carvalho de Mendonça, ob. cit., p. 55 y sigs.

tal en acciones, o sea, en títulos sujetos a los principios fundamentales, propios de los títulos de crédito.

En realidad, las acciones no confieren a su titular un crédito, sino, con más precisión, una "posición", o *status* de socio⁴⁵⁰, del cual, a su vez, derivan una serie de derechos y facultades⁴⁵¹ distintos, y hasta de obligaciones, como son las relativas al pago de exhibiciones en las acciones, eventualmente no liberadas: estas obligaciones también afectan a todos los titulares⁴⁵²

⁴⁵⁰ Sobre estos conceptos, se confirman mis *Apunti di diritto commerciale*, vol. II, 3^a ed. Roma, 1936.

Que las acciones correspondan a la "posición" de miembro de una colectividad, que la posición constituye un "presupuesto" de derechos, facultades y obligaciones, de los cuales no todos se podrían clasificar como créditos o deudas, es además una convicción común en la actualidad (v. por último a *De Gregorio, Società commerciali*, Torino U. T. E. T., 1938), p. 492, en relación con la primera edición de estos estudios). De este modo se superaron las discusiones de otros tiempos, sobre la determinación de si a la acción le corresponde un derecho de crédito o un derecho real.

Sobre la cuestión posterior, de la posibilidad de clasificar esta posición como *status* en sentido técnico o tan sólo en sentido no técnico, cf. a *Allorio, La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milán, 1935, p. 298.

⁴⁵¹ P. ej. el de voto. Cf. en relación con el concepto de "poder jurídico" n. 20.

⁴⁵² En vista del concepto de título de crédito (o título valor) adoptado por nosotros, el hecho de que la acción sea un título de participación, no está en contraposición con el hecho de que sea un título de crédito; como "título de participación" (o corporativo), realmente sólo se indica una subespecie de los títulos de crédito. Tratamos de extender el concepto de título de crédito, hasta títulos que no se vinculan con un derecho de crédito, aunque por el hecho de que se hubieran desarrollado las reglas respectivas, ante todo, en los títulos que corresponden a derechos de crédito, la terminología se haya limitado a este origen. Encontramos (cf. n. 17) que realmente sería preferible hablar de "títulos-valores" o de "títulos negociables", sin peligro de la terminología actual, siempre que se aclare su alcance.

En la doctrina brasileña, en vista de la diversa orientación indicada en el n. 15, se considera la categoría del título de participación, no como una subespecie de los títulos de crédito, sino como una categoría contrapuesta a ésta. A veces, en la acción simultáneamente se concibe un título de crédito y un título de participación, queriendo indicar de este modo que al accionista le pertenezcan, sean derechos patrimoniales, sean derechos no patrimoniales. Por ejemplo, cf. a *Gudesteu Pires, Manual das sociedades anónimas*, Río, 1942, p. 130.

A mi modo de ver, la acción se refiere a la "posición" de accionista; no directamente a los diversos derechos patrimoniales o extrapatrimoniales del accionista, pues éstos derivan de la posición de socio —y a veces derivan de ella, comprobados que sean presupuestos ulteriores—. Algunos de ellos hasta pueden (como en el relativo a los beneficios) ser objeto de circulación independiente (como los cupones). Además, de la posición de accionista, derivan hasta obligaciones (en cuanto al pago de las acciones), que también perduran, independientemente de la titularidad de la acción (por ejemplo, en caso de venta de la acción no liberada, el vendedor queda responsable de su pago).

De este modo se evidencia la importancia de considerar la posición de socio,

sucesivos de la acción; por eso se habla de títulos de participación ⁴⁵³.

Las consideraciones desarrolladas en los párrafos anteriores, nos permiten excluir que en la acción se pueda reconocer una declaración confesoria, y nos autorizan a sostener que en la base de la acción está un acto de voluntad, un negocio autónomo; negocio declarativo; declarativo de la posición ⁴⁵⁴ o *status* de socio ⁴⁵⁵.

118.—La acción no constituye un título independiente; el artículo 165 determina que las acciones deben indicar: el nombre de la sociedad, la fecha del acta de constitución y de su publicación, el lugar en que ésta se realizó, el monto del capital, el número y la cantidad total de las acciones y la duración de la sociedad ⁴⁵⁶.

A través de esas menciones ⁴⁵⁷, se reglamentan los derechos de los accionistas con el estatuto social, con sus modificaciones sucesivas y con las deliberaciones de las asambleas ⁴⁵⁸.

diversamente de los derechos (facultades, obligaciones) que de ella se derivan, y de sostener que la acción se vincula con la posición de socio.

⁴⁵³ Esta afirmación no es contraria a lo que dijimos antes, n. 17. De hecho, ni en este caso el título de crédito se refiere a las obligaciones de su titular. El título se refiere a una posición, a un *status*, que constituye a su vez el fundamento de consecuencias jurídicas posteriores.

⁴⁵⁴ Hablo de posición y no de "calidad" de socio, porque me parece que es posible distinguir entre la posición de accionistas y las eventuales "calidades" de esta posición (lo que sucede, por ejemplo, en relación con los accionistas preferentes).

La acción preeisamente declara la posición de socio; las eventuales calidades de las acciones (por ejemplo: acciones preferentes) corresponden a una calificación en la posición del socio (por ejemplo: accionistas preferentes); la declaración derivada de la acción se refiere tanto a la posición de socio como a las eventuales calidades de ésta.

⁴⁵⁵ Cuando se tratara de ver en la acción una simple confesión, se encontrarían objeciones a mi modo de ver insuperables.

En efecto, la sociedad sólo podría oponer los vicios de la confesión demostrando el error al que se refiere el artículo 1361 del código civil, lo que estaría en contraste con las normas relativas a la protección de los terceros, a las que más adelante me refiero en el texto; el accionista, en este caso, también podría invocar contra la sociedad lo que no deriva de la acción (con las menciones que se indican adelante), y eso iría contra la opinión universal sobre el carácter literal de la acción. Este segundo elemento también impide reconocer en la acción una simple declaración probatoria, aunque no confesoria.

⁴⁵⁶ En el derecho brasileño. Cf. art. 20 del D. 2627, de 26 de septiembre de 1940.

⁴⁵⁷ Sobre las consecuencias de la emisión de estas referencias en el derecho brasileño, cf. art. 20 § único, del D. n. 2,627 de 26 de septiembre de 1940.

⁴⁵⁸ Cf. a *De Gregorio, Società commerciali*, Turín, 1938, pág. 494.

Teniendo en cuenta los principios de las sociedades mercantiles, el derecho cartular se reglamenta por el estatuto y por sus modificaciones sucesivas; en consecuencia, las cláusulas extra-estatutarias apenas pueden tener el valor de convenios extra-cartulares. Por eso la sociedad no puede oponer al accionista las cláusulas extra-estatutarias, ni el accionista⁴⁵⁹ las puede invocar contra la sociedad, a no ser que tanto en el primero como en el segundo caso, exista un convenio especial⁴⁶⁰ del que tanto la sociedad como el accionista (independiente de la titularidad de la acción) sean sujetos⁴⁶¹.

En efecto, si las acciones son títulos de crédito, están sujetas a los principios expuestos cuando tratamos la literalidad, propia de todos los títulos de crédito. Por tanto, en las acciones también se debe distinguir el derecho cartular, de los convenios extra-cartulares: éstos sólo se pueden invocar entre los que sean sus sujetos, puesto que con la adquisición del título de crédito el adquirente se vuelve titular del derecho cartular, lo que no sucede con los convenios extra-cartulares de su antecesor.

119.—La subordinación del titular de la acción a la disciplina de socio de una sociedad mercantil, y la subordinación de sus derechos a las cláusulas del estatuto y a las deliberaciones de la asamblea, en los límites de su validez⁴⁶² no son suficientes en sí, para considerar la acción como título causal⁴⁶³

Para confirmar la causalidad de las acciones y de su posición exacta dentro del sistema, se hace necesario recurrir a otro principio. Las normas agrupadas en el código para la efectividad del pago íntegro, y para la conservación del capital social, no se colocaron sólo en interés de la sociedad, que bien podría renunciar a ellas, sino principalmente en interés de los terceros⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ A no ser que al adquirir la acción haya obrado a sabiendas en perjuicio de la sociedad.

⁴⁶⁰ Válido.

⁴⁶¹ Cf. antes n. 116, sobre la importancia de estos principios respecto al carácter de la acción.

⁴⁶² En otro tiempo, en los *Appunti di diritto commerciale*, vol. II, (*Società commerciali*) 3^a edición, Roma 1936, *Foro Italiano*, pág. 272, y sigs., me detuve en la conocida distinción entre la nulidad de las deliberaciones de la asamblea y su impugnabilidad, en los términos del art. 163 del código de comercio.

⁴⁶³ Cf. n. 56.

⁴⁶⁴ No es preciso recordar la distinción entre *patrimonio* (líquido) de la sociedad y *capital social*. El derecho justamente trata de garantizar, en interés líquido de los acreedores, y hasta de los adquirentes de acciones, que el patrimonio real no sea inferior al capital. Este es el fin que persiguen las reglas sobre el avalúo de las aportaciones en especie; sobre la prohibición de emisión de acciones abajo de la par; sobre la prohibición de distribución de dividendos ficticios; sobre la liquidación (en el derecho brasileño: por la quiebra) de la sociedad, cuando el patrimonio sea inferior al capital,

Por eso es que los acreedores de la sociedad tienen una acción directa (art. 76) para exigir el pago íntegro de las aportaciones; y por eso es que los directores son directamente responsables frente a terceros por la observancia de las normas legales y del estatuto (art. 147), y especialmente por los actos que puedan perjudicar la integridad del capital social (arts. 144, 146, 181); también por eso es que el exacto cumplimiento de esas normas se garantiza con rigurosas sanciones penales ⁴⁶⁵.

120.—Es forzoso admitir que es accionista el titular de la acción, en virtud de la emisión de las acciones, por declaración de la sociedad; mas, a pesar del tenor de la acción, la sociedad podrá oponer al accionista la falta de exhibiciones y todas las excepciones causales en el sentido que arriba (n. 112) se indica ⁴⁶⁶.

Si la autonomía del derecho cartular nos obliga a reconocer, como fundamento de la acción, un acto declarativo autónomo, por otro lado es el respeto del derecho de los terceros lo que impone el predominio de la realidad sobre la declaración.

Si se hiciera necesaria la demostración de un error, no sería posible la impugnación sin existir el error; de existir éste, la acción prescribiría en el plazo fijado para alegar el error.

Estos resultados no coincidirían con las normas que hace poco indicamos, que la ley fija para proteger a los terceros en la sociedad, y cuya aplicación tiene lugar cualquiera que sea la actitud de las partes.

121.—La divergencia entre la apariencia y la realidad solamente se puede invocar por el tercero poseedor de la acción, que conoce esa divergencia, siempre que haya adquirido el título de buena fe ⁴⁶⁷.

más allá de determinados límites (pérdida de las 2/3 partes del capital, en el derecho italiano; 3/4 en el brasileño) y así sucesivamente.

⁴⁶⁵ Sobre este principio véase mi nota *Emissione di azioni privilegiate e integrità del capital social* en el *Foro della Lombardia*, 1931, 589.

⁴⁶⁶ Naturalmente es distinto el problema de cuáles sean los vicios importantes jurídicamente, en el contrato de sociedad.

También es innecesario volver a recordar la distinción, respecto de los títulos causales, entre las excepciones causales y las excepciones extracartulares; éstas sólo se pueden oponer al tercero que al adquirir el título haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor. Tal es el caso de las acciones, en lo que respecta a las excepciones derivadas de convenios particulares entre la sociedad y un accionista (cf. n. 119).

Tanto los límites sobre la oponibilidad de las excepciones (extracartulares o cartulares), como el alcance de la tutela del adquirente del título de buena fe, ponen en evidencia la diferencia entre la acción y los títulos impropios y confirman el principio de que la acción constituye un título de crédito en el sentido arriba precisado.

⁴⁶⁷ En la práctica la falta de aportación no se podrá argüir, si las acciones

Como veremos, es regla común a todos los títulos de crédito que deriva de la indeterminación de su destinatario, la inoponibilidad de los vicios de constitución del derecho cartular que impliquen una investigación de la relación de transmisión, al tercero poseedor del título que los ignore ⁴⁶⁸.

Esos principios también han sido aceptados por la jurisprudencia, en sentencia de 27 de mayo de 1930, de la Casación del Reino, que admitió la posibilidad de que la sociedad oponga al poseedor (que conoce la situación) de acciones, que figuraban como liberadas, la falta de su pago total ⁴⁶⁹.

figuran en el balance como liberadas, aunque sea falso, si el accionista no tiene conocimiento de la falsedad.

Por el contrario, si el balance menciona la falta de aportación, el accionista no puede invocar su ignorancia, porque frente a las normas que regulan la publicación del balance, el accionista incuraría en culpa por no haber tenido en cuenta el balance publicado, o el gravísimo indicio constituido por la falta de su publicación, a pesar de la obligación que la ley impone.

Es evidente que cualquiera que sea la conclusión que se admite sobre la opacidad de la excepción al accionista, siempre existirá la acción de la sociedad y de los terceros contra sus directores y demás responsables del fraude.

⁴⁷⁰ La justificación práctica de esta regla, así como de la indicada más adelante en el n. 124 —o sea, la de la sujeción de las acciones a la disciplina de los títulos de crédito—, se basa justamente, como dijimos, en la necesidad de la circulación de las acciones, que, a su vez, económicamente se realiza por medio de un mercado de capitales como es evidente en las bolsas de valores.

⁴⁷¹ La sentencia se publicó en el *Foro It.*, 1930, I, 225 y yo la comenté. En la sentencia, la excepción se presentó como excepción de simulación.

El principio de la causalidad de las acciones de sociedades comerciales y la explicación del texto sobre la naturaleza jurídica de las acciones, se aceptan en la actualidad por la doctrina dominante. En este sentido, y en relación con la primera edición de estos estudios, *Valeri, Diritto cambiario*, vol. I, pág. 9; *Brunetti, Corso di diritto commerciale*, pág. 270; *Soprano, Società commerciali*, vol. I, pág. 474; *De Gregorio, Società Commerciali*, cit., pág. 494; *Trajano de Miranda Valverde, Sociedades anónimas*, Río de Janeiro, 1937, pág. 406.

En sentido contrario (además de *La Lumia*, que como ya examinamos, no se inclinó sobre la disciplina positiva de las acciones), *Messineo*, vol. I, p. 197, que parece reconocer la existencia de títulos abstractos, en las acciones al portador, y en las nominativas, títulos causales, acentuando que la obligación de pago íntegro, sólo puede referirse a las acciones nominativas. Es evidente que la obligación de pagar íntegramente la acción pesa sobre el accionista independientemente de la forma de circulación de la acción. Los códigos la tratan en relación con las acciones nominativas, por encontrarse prohibida la emisión de acciones al portador no pagadas, mas eso no autoriza a que se entienda que violando la prohibición legislativa, si se emiten acciones al portador no pagadas, el accionista quede exonerado de su obligación.

En principio, entre el accionista (que sabe que el pago no se hizo) y el acreedor social, en cuya protección se dictan las normas sobre la integridad del capital, prevalece el interés del acreedor social y esa es la consecuencia de la causalidad del título; pero entre el accionista que ignora que la aportación no se efectuó, y los acreedores sociales,

122.—Distinta es la conclusión a que se debe llegar respecto de los vicios del contrato ⁴⁷⁰ social y de sus modificaciones sucesivas. Naturalmente aquéllos son oponibles al accionista, aunque no los conozca, siempre que estén de acuerdo con las reglas aplicables a las sociedades mercantiles.

Es evidente que el accionista, por el simple hecho de ser socio de *determinada* sociedad, debe soportar, como cualquier otro socio, las consecuencias que se puedan derivar de los vicios de la sociedad a que pertenece.

123.—Diferente debe ser también la conclusión frente a las excepciones cartulares que no implican la investigación de la relación de emisión; por ejemplo: la falta de poder de quien firmó la acción (situación que se da verbi gratia cuando la acción está firmada por un director, y los estatutos exigen que se firme por dos), falsificación de la acción, etc.; estas excepciones, también son oponibles a cualquier portador de la acción.

A mi modo de ver, es igual la solución, en el caso de que la emisión no está autorizada, o de que sobrepase el monto autorizado ⁴⁷¹, o en el caso de que la acción se encuentre nulificada por deliberación social legítima y debidamente publicada, por ejemplo: por reembolso, por sustitución de títulos viejos por nuevos, etc. ⁴⁷².

124.—Finalmente, conviene recordar, con el propósito de completar la exposición, que los principios generales de todos los títulos de crédito se aplican a las acciones.

prevalece el accionista (cf. también a *De Gregorio*, ob. cit., p. 509) y esta es la consecuencia de las normas que también en los títulos causales excluyen la oponibilidad, al tercero que las ignora, de algunas dé las excepciones provenientes de la constitución del derecho cartular.

Según mi criterio, el resultado es equitativo y puede encontrar un paralelo en la regla dictada sobre la repetición por dividendos distribuidos a los accionistas, sin que existan ganancias líquidas (cf. en el derecho brasileño, el artículo 131, § 2, del D. 2627). Correlativamente el suscriptor de acciones no puede oponer los vicios de la suscripción al acreedor de buena fe. Cf. *Auletta, Il contratto di società commerciale*, Milán, 1936, p. 316.

⁴⁷⁰ En mi opinión la constitución de la sociedad deriva de un contrato, y con más precisión, de un *contrato plurilateral*. Sobre este concepto cf. *Ascarelli, Appunti di diritto commerciale, Società e associazioni*, 3^a ed., Roma 1936; *Osti, Contratto* en el *Nuevo Digesto Italiano*; *Auletta, II contratto di società commerciale*, Milán, 1937; *Joaquín Rodríguez y Rodríguez, La empresa mercantil*, México, D. F., 1941.

⁴⁷¹ En esta hipótesis la nulidad se refiere a todas las acciones emitidas, o tan sólo a una parte de ellas, según que la emisión sea irregular total o parcialmente. Esta hipótesis se estudia mucho más en América del Norte. Cf. *Cook, ob. cit.*, p. 160.

⁴⁷² Cf. mi comentario en *Foro It.*, 1935, I, 1374 y a *De Gregorio, ob. 1. cit.*; en contra el Trib. de Apelación de Roma, 15 de marzo de 1934, en la misma revista. Adviértase que es obvio que no quedaría excluida la posibilidad de la acción de reembolso o enriquecimiento contra la sociedad.

La presentación de la acción es requisito necesario para el ejercicio de los derechos relativos⁴⁷³; el poseedor de la acción conforme a la ley de su circulación, se legitima como accionista⁴⁷⁴; es socio el accionista de buena fe en la adquisición del título, aunque no lo sea su antecesor⁴⁷⁵. Como lo veremos, este es el principio dominante sobre la titularidad de todos los títulos de crédito.

125.—Si de la disciplina actual de los títulos causales volvemos la vista al origen histórico de la cambiaria, ésta nos ofrece, en los principios de la evolución del derecho cambiario, una situación análoga a la de los títulos causales en la actualidad.

La letra de cambio no excluía la oponibilidad de los vicios de la relación fundamental⁴⁷⁶, salvo en caso de cláusulas expresas de renuncia, que por eso eran frecuentes y necesarias, pero quedaba insubsistente con la demostración de la inexistencia de un negocio de cambio válido.

La razón de esta reglamentación, entre otros motivos, era de orden público: el alcance de la prohibición sobre intereses⁴⁷⁷ y la necesidad de impedir que tal prohibición se violara con la simulación de negocios de cambio, en realidad inexistentes. Los primeros autores de derecho cambiario, de hecho se detienen largamente en ilustrar los diversos requisitos del contrato de cambio, cuya falta podría invalidar la cambiaria.

La doctrina de *Scaccia*, escrita después de siglos de experiencia cambiaria y después de las primeras ordenanzas de cambio, aún se encuentra dominada por esa preocupación, que sólo cesó durante el siglo XVII, en que se venció o redujo a límites más restringidos la prohibición canónica sobre intereses, y por otro lado el concepto del valor recibido que cada vez se vuelve más elástico; y es solamente en el siglo XVII⁴⁷⁸, y después en los siglos XVIII y

⁴⁷³ Salvo cuando la acción se haya anulado en el procedimiento de anulación. Cf. n. 257.

⁴⁷⁴ En el derecho brasileño cf. art. 25 (sobre las acciones nominativas), y el art. 26 (sobre las acciones al portador) del D. n. 2,627 de 26 de septiembre de 1940.

⁴⁷⁵ Sobre las acciones al portador, además véase el art. 57 del código de comercio y sobre las nominativas el art. 7 R. D., n. 1364 cit. La disciplina del derecho brasileño es distinta. Cf. n. 174.

⁴⁷⁶ Naturalmente también en relación con el poseedor que ignore el vicio. La inoponibilidad de los vicios de constitución del derecho cartular se desenvuelve históricamente de hecho, en relación con la autonomía de la posición de los sucesivos titulares; autonomía que solamente se reconoció después de la introducción del endoso cambiario.

⁴⁷⁷ Nótese que esta prohibición justamente trata de proteger al obligado, lo que coincide con la causalidad. Cf. ns. 49 y 53. Sobre la historia y alcance de esta prohibición, véanse los conocidos estudios de *Endemann*, *Salvioli* y *Tawney*.

⁴⁷⁸ Justamente las primeras ordenanzas de cambio insisten sobre la entrega efectiva.

XIX, donde encontramos los principios de la naturaleza abstracta de la cambiaria y de su independencia del contrato de cambio, por lo menos en relación al poseedor de buena fe ⁴⁷⁹

De este modo observamos que en los distintos momentos de la historia de la cambiaria se encuentran paralelos de significación con las variaciones de la disciplina de los títulos de crédito que no se referían a la autonomía y a la abstracción de la cambiaria. Esta, en su sucesivo desenvolvimiento histórico, atravesó por una serie de etapas que corresponden a la moderna y variada reglamentación de las categorías de los títulos de crédito no cambiarios, y de esta manera la historia de la cambiaria puede constituir un auxilio indirecto a nuestra sistematización general de los títulos de crédito en el derecho moderno.

126.—Las conclusiones a que llegamos en relación con las acciones de las sociedades mercantiles, también se pueden aplicar a otro título de crédito de reciente formación: la cambiaria agrícola ⁴⁸⁰.

Según el artículo 7 del R. D. N° 1509, de 29 de julio de 1927, ésta debe indicar el fin del préstamo, a qué propiedad se concedió el préstamo, y las garantías otorgadas, así como los actos respectivos de constitución.

También es oportuno recordar que en el sistema de la ley (art. 6), la cambiaria agrícola se destina al crédito agrícola “de ejercicio” ⁴⁸¹, cuya

tiva de moneda y no sobre su simple mención en el documento, la cual sólo tiene importancia probatoria: *Grünhut, Wechselrecht*, vol. I, pag. 55.

⁴⁷⁹ Cf. *Grünhut, Wechselrecht*, vol. I, pag. 56, que llama la atención sobre la importancia de la práctica cambiaria del siglo XVIII, en que a través de la difusión de la cláusula “Valor recibido en mercancía” aceptada en la ordenanza francesa de 1673, se supera el concepto de la cambiaria sujeta al contrato de cambio transformándose en verdadero instrumento de crédito.

Las concepciones de la abstracción de la cambiaria se remontan al siglo XVII *Grphieder, Oeconomia legalis*, Bremen, 1662, pag. I, cap. 26, n. 69); se le reconoce por completo a fines del Siglo XVIII, y en especial con *Eineccio*. Doctrinariamente se verificó su triunfo sólo en el sistema alemán, por obra de *Einert*; cf. *Grünhut*, vol. I, pag. 240.

La abstracción de la cambiaria se confirmó por medio de la posibilidad de que la cambiaria no esté sujeta a una relación fundamental típica, en contraste de lo que sucedía cuando la existencia y la validez de un contrato de cambio constituían requisitos para la validez de la cambiaria.

La evolución histórica mediante la cual se llegó a la abstracción de la cambiaria, confirma las conclusiones adoptadas sobre los títulos causales.

⁴⁸⁰ La reglamentación de este título de crédito, se relaciona con la financiación para el trabajo (en lo que respecta a la explotación de la hacienda) y con la movilización de esta financiación.

⁴⁸¹ Esto es para la explotación de la hacienda (en contra-posición al crédito para la compra de una hacienda o para sus beneficios). En consecuencia, este cré-

naturaleza se define en el artículo 2 de la ley, y que conforme al fin para el cual se concede el préstamo, el crédito queda garantizado por determinados privilegios, sobre los bienes especificados en el artículo 8, lo que a su vez impone la publicidad de la cambial agrícola.

La ley, al reglamentar el crédito agrícola, se inspiró en el concepto de la correspondencia de bienes determinados para cada crédito, y de garantía de cada crédito, con especiales privilegios legales, de acuerdo con sus diversos fines ⁴⁸².

De este modo no es posible admitir que el título se pueda aprovechar para un fin de crédito cualquiera, con independencia de la entrega efectiva de dinero para el fin previsto legalmente, creándose privilegios fuera de las hipótesis previstas por el legislador ⁴⁸³.

Las menciones que exige la ley en la cambial agrícola, no tienen un significado puramente formal; justamente implican la posibilidad de oponer

dito tiene un plazo que corresponde al período de la cosecha a cuya financiación se destina.

⁴⁸² No sólo es de importancia la causa de la obligación (mutuo), sino también su motivo, esto es, el fin del mutuo, conocido por ambas partes.

El mismo objeto que corresponde al de la cambial agrícola, aunque con distinta técnica jurídica, se le atribuye al bono de prenda agrícola, en la legislación francesa, al que en general se debieran unir el hotelero y el petrolero, en relación con las peculiares exigencias de financiación de estas industrias. También la ley argentina, n. 9644, de 19 de octubre de 1914, se ocupa del *bono de prenda* agrícola.

En todas estas hipótesis, el sistema jurídico organiza determinadas formas de financiación garantizadas por bienes, que se justifican por las exigencias particulares de uno o de otro ramo de la producción, merecedor de protección. Los bienes objeto de la garantía quedan en poder del deudor, debiéndose, desde luego, hacer pública la constitución de la garantía para que surta efectos contra terceros. En el derecho brasileño, véase art. 781 y sig. cod. civ. D. 2.4641, de 10 de julio de 1934 y 492 de 30 de agosto de 1937, sobre la prenda rural y la cédula pignoraticia. Esta es bastante diferente de la cambial agrícola italiana, en cuanto puede referirse a cualquier crédito, siempre que el plazo sea inferior a un año.

⁴⁸³ Naturalmente me refiero a la obligación del obligado directo. Por el contrario, sobre las obligaciones de regreso no se efectúan las consideraciones del texto; la responsabilidad de regreso, desde luego, es análoga a la de los responsables en la vía de regreso en la cambial.

En principio, en forma análoga, sobre las obligaciones de los avalistas prevalece la disciplina que es peculiar en la cambial. Cf. *Ascarelli, Rivista di diritto commerciale*, 1933, I, 133

Ya hemos observado que la causalidad del título se caracteriza por la causalidad de la obligación principal (cf. n. 95) y también veremos, en cuanto a la carta de porte (n. 139), la importancia de esta distinción. Nótese que la cambial agrícola tiene la forma de una promesa: la obligación directa, entonces, es simultánea con la obligación principal, a diferencia de lo que acontece con la letra de cambio (cf. n. 248).

al poseedor que la conoce, la falta de la entrega del dinero o la falta de su entrega para el fin indicado en la cambiaria.

El sistema de privilegios instituido por la ley en defensa del crédito agrícola de ejercicio, realmente es un sistema de privilegios legales (art. 8). Si la cambiaria agrícola constituyese un título abstracto, el deudor podría disponer de los privilegios indicados, otorgándolos a acreedores que no se encuentren en las condiciones exigidas por la ley, lo que iría contra la naturaleza legal del privilegio ⁴⁸⁴.

No se puede considerar por separado ⁴⁸⁵ el privilegio y la deuda, para admitir la abstracción de la segunda, y la causalidad del primero, porque toda la organización (por ejemplo en cuanto a la validez de la firma con una cruz) de la cambiaria agrícola es distinta de la ordinaria, en relación con los fines particulares que debe satisfacer ⁴⁸⁶.

127.—Las mismas razones nos inducen a admitir una conclusión idéntica frente a los títulos privilegiados de crédito marítimo, indicados en el art. 670, excluyendo, naturalmente, el título de préstamo a riesgo o cambio marítimo.

Un crédito garantizado por un privilegio legal nunca puede ser abstracto, justamente porque la ley liga el privilegio a una causa determinada ⁴⁸⁷.

Como la atribución de privilegios legales escapa a la facultad dispositiva de las partes, éstas no pueden crear créditos privilegiados cuando se omitan

⁴⁸⁴ Cf. Casación del Reino, de 6 de febrero de 1932, n. 469, *Massimario, Foro It.*, 1932, pag. 102, que no sólo insiste sobre el carácter causal de la cambiaria agrícola, sino también sobre la simultaneidad del mutuo y de la emisión de la cambiaria.

Es distinto el problema del empleo efectivo de la suma para el fin indicado. La falta de empleo para tal fin no constituye una excepción causal.

⁴⁸⁵ Como sucede con la llamada cambiaria automovilística, de que se ocupa el D. R. n. 436, de 15 de marzo de 1927. Cf. *Valeri, Diritto cambiario*, vol. II, pag. 249. Es posible esta distinción sobre las reglas que persiguen la publicidad del privilegio; su inobservancia, sólo perjudica al privilegio. Cf. Cass. del Reino, 15 de junio de 1931, *Foro It.*, 1931, I, 1268, y 16 de julio de 1932, *Foro It.*, 1932, I, 1657.

Cf. *Ascarelli, Rivista di diritto commerciale*, 1933, I, 133.

⁴⁸⁶ En el mismo sentido, *Valeri, Rivista di diritto commerciale*, 1935, I, 26, confirma que la cambiaria agrícola no es cambiaria. Actualmente la doctrina y la jurisprudencia se inclinan con predominio en el sentido del texto. Cf. *Valeri, Diritto cambiario*, vol. I, pag. 9; *Osti, Rivista di diritto commerciale*, 1928, I, pag. 94; *Oliviero, Rivista di diritto agrario*, 1933, I, pag. 73; *Moschella, Rivista di diritto agrario*, 1934, I, pag. 5; *Brunetti, Corso di diritto commerciale*, pag. 257; *Bolaffio, Legislazione commerciale*, ed. 1929, pag. 311; Casación del Reino, de 30 de abril de 1933, n. 1326; *Massimario Foro It.*, 1933, pag. 291. En contra *Messineo, Titoli di credito*, vol. I, pag. 151.

⁴⁸⁷ A menos que el privilegio no sea conexo a la abstracción como tal, cuyo caso no está previsto por nuestro derecho positivo.

las condiciones exigidas por la ley; el propio ajuste debe caer frente a la demostración de la inexistencia de los requisitos determinados por la ley, aun independientemente de que se haya incurrido en algún error.

Es lo contrario de lo que pasa cuando los privilegios pueden encontrar su fuente en la voluntad de las partes, y por tanto también pueden garantizar un crédito abstracto, como corrientemente lo ha reconocido nuestro derecho positivo, en relación a la garantía hipotecaria de la cambiaria.

128.—En los títulos de crédito que hemos indicado en los párrafos anteriores, la obligación cartular no prevalecía, en caso de conflicto sobre la relación fundamental originaria, excepto cuando el poseedor de buena fe ignorase el vicio; en efecto, y en relación con éste, también le son inoponibles algunos vicios de constitución del derecho cartular.

En la póliza de seguro y en el título de préstamo a riesgo o cambio marítimo, naturalmente cuando constituyen verdaderos títulos de crédito, y no simples documentos probatorios⁴⁸⁸, la obligación cartular prevalece sobre la derivada de la relación fundamental, salvo desde luego la impugnación por error.

La doctrina y la jurisprudencia⁴⁸⁹ aceptan la opinión de que en la póliza de seguro y en el título de préstamo a cambio marítimo, la referencia a la relación fundamental no sólo vale para sujetar las obligaciones respectivas a la disciplina derivada de la causa indicada⁴⁹⁰, sino también para sujetarlas a las excepciones relativas a la existencia efectiva y validez de la relación fundamental⁴⁹¹. Estos títulos son títulos causales, títulos declarativos, según lo dejamos expuesto en páginas anteriores.

En estas páginas ya observamos que, en principio, se debe admitir la existencia de un negocio declarativo con eficacia de disposición eventual.

Entonces es este tipo de negocio declarativo el que debe aceptarse en relación con los dos títulos que estamos examinando. No cabrían en este caso consideraciones que nos llevaran a una conclusión diversa, en las hipótesis de las acciones y de la cambiaria agrícola, porque en aquellas hipótesis, la

⁴⁸⁸ Más adelante, en su oportunidad trataremos sobre los títulos impropios y sus diferencias con los títulos de crédito.

⁴⁸⁹ Vivante, pag. 563, del III vol. La doctrina alemana es más incierta, pues, como indicamos, el concepto del título de crédito tiene características menos precisas que en nuestro país. Cf. la monografía citada de Tsirintanis, *Die Orden Polize* con una amplia bibliografía. Véase también a Brütt, *Die Abstrakte Forderung*, pag. 306.

⁴⁹⁰ En relación con el beneficiario, el derecho a la indemnización siempre queda subordinado al principio de la indemnización y al del interés asegurable.

⁴⁹¹ Es lo que sucede con la impugnación del contrato por reticencias o declaraciones falsas del asegurado. Cf. el opúsculo citado de Tsirintanis y Hamburger, *Die Lebensversicherungs-police*, 1916.

voluntad dispositiva de las partes queda limitada por la necesidad de proteger los intereses de terceros.

Podemos, pues, admitir el predominio de la obligación cartular sobre la relación declarada ⁴⁹², salvo la impugnación por error que sin embargo no se podrá oponer contra el tercero poseedor de buena fe que ignore el vicio en el momento de la adquisición del título.

129.—Lo mismo a ese poseedor, de acuerdo con la larga corriente doctrinaria y jurisprudencial, difundida especialmente en Francia, se le podrían oponer las excepciones de la relación fundamental; por lo menos las correspondientes a la obligación del asegurador de soportar el riesgo.

No me parece exacta esta consecuencia ⁴⁹³, que tal vez se debe al hecho de que no se haya distinguido bien la hipótesis de la póliza de seguro, como título impropio, y por tanto simple documento probatario, cuya posesión no excluye excepción alguna, de la hipótesis (aunque rara) de la póliza de seguro que funciona como título de crédito ⁴⁹⁴. En este último caso, a pesar de la naturaleza causal del título, en virtud de la regla general en materia de títulos de crédito, que hace poco recordamos, los vicios de constitución del derecho que implique la investigación de las relaciones de transmisión, y por consecuencia, también las relativas a la validez de la relación fundamental ⁴⁹⁵, no podrán perjudicar al tercero poseedor que los ignoraban en el momento de la adquisición del título.

El poseedor, por tanto, siempre queda (y este es el elemento verdadero

⁴⁹² Por ejemplo, en relación con la suma asegurada, o con el monto de la prima (desde que se consigna en el título como una carga del titular del derecho a la indemnización), y así sucesivamente.

⁴⁹³ También en el mismo sentido a *Vivante* y a *Brütt*, *ob. cit.*

⁴⁹⁴ La distinción rigurosa entre el título de crédito y el título impropio se debe a la doctrina italiana. En Francia y Alemania, esa distinción se encuentra poco clara; cf. antes n. 15 y más adelante n. 171.

La póliza de seguro como título de crédito, es rara. Se puede encontrar en el seguro de vida con más frecuencia que en el seguro sobre daños (porque en éste la circulación del derecho a la indemnización sólo lo tiene aquel por cuya cuenta se extiende).

El problema que se examina en el texto, en el derecho francés, se debe resolver interpretando la ley de 13 de julio de 1930, sobre el contrato de seguro. Esta prevé expresamente que la póliza de seguro puede ser a la orden, excluyéndose, por tanto, la posibilidad de que sea al portador (en el mismo sentido el art. 1227 sobre el seguro de vida, del Cod. Civ. brasileño), admitiendo el endoso, ya para su transmisión o para constituir una prenda o derecho a la indemnización.

⁴⁹⁵ Por ejemplo, el de reticencias y declaraciones falsas. Especialmente en este aspecto en que el derecho a la indemnización del seguro circula a través de su incorporación en un título de crédito (caso raro), se distingue prácticamente del caso en que la póliza es un título impropio.

de la teoría que combatimos) sujeto a la disciplina jurídica que deriva de la causa del seguro indicado en el título; de modo que su derecho quedará subordinado a la existencia de un interés asegurable cuantitativamente limitado, por el principio de la indemnización, en el seguro por daños.

130.—En la doctrina y en la jurisprudencia se discute si son títulos de crédito los "stabiliti" a la orden⁴⁹⁶, ya que éstos circulan por medio de endoso

⁴⁹⁶ Vivante nº 1434 los considera como títulos de crédito. En sentido contrario Messineo, 1^a edic. pag. 57, porque "el derecho que deriva de ellos se sujeta a una contraprestación, que el poseedor o endosante debe efectuar a aquel que en el documento aparece obligado a la prestación, lo que va en contrario con el carácter de unilateralidad peculiar de toda obligación originaria de un título de crédito".

Sin embargo es fácil observar que el derecho cartular en esta hipótesis está subordinado a una carga que no altera la unilateralidad de la obligación, como también sucede con los títulos representativos. La doctrina hace mucho que venció la objeción de Bolaffio, que negaba la naturaleza de título de crédito a los títulos representativos con los argumentos que ahora sostiene Messineo a propósito de los "stabiliti", argumentos que por tanto son insuficientes. Contra Messineo, véase Fontana, *Rivista di diritto commerciale*, 1934, I, 73. Sólo una investigación analítica podrá decidir si los "Stabiliti" son o no títulos de crédito. En un sentido afirmativo, Fontana, *ob. cit.*

En este aspecto, adquiere importancia particular la conocida práctica francesa de la venta por "filière" (en la que pretendo ver un título de crédito; véase Fontana, *ob. cit.*, negando la analogía con los "stabiliti"; Lacour et Bouteron, *Traité de Droit Commerciale*, edit. 1925, vol. II, pag. 344).

Me parece que este es el lugar más apropiado para recordar las instituciones peculiares del derecho brasileño y portugués en relación con el crédito sobre el precio de la mercancía vendida.

En la norma del código de comercio brasileño (art. 219), que obliga al vendedor, en las ventas al por mayor, a enviar al comprador la factura firmada, y éste, a su vez, a firmarla, quedando cada una de las partes en posesión de un ejemplar de la factura firmada por la otra, en el derecho brasileño se desarrolló en parte en relación con el cobro del impuesto especial sobre las ventas mercantiles, peculiar de ese derecho, la institución de las duplicatas (Decreto n. 16,041, 22 de mayo de 1923, modificado por los decs. ns. 16,189 y 16,275 del mismo año; dec. n.º 19,535, de 1926, substituido por el dec. n.º 22,061, de 9 de noviembre de 1932; Ley n.º 187, de 15 de enero de 1936). En el derecho portugués, la necesidad de facilitar la movilización del crédito comercial, influyendo contra la tendencia de la práctica a abandonar el recurso al giro (veremos que esa necesidad, a su vez, en el derecho francés y en el italiano, en algunos casos impuso modificaciones a la disciplina de la aceptación cambiaria y a la institución de la cesión de la provisión) dió lugar a la institución del extracto de la factura. (Dec. n.º 19,490, de 20 de marzo de 1931).

En uno y en otro caso nos encontramos frente a títulos de crédito a la orden, en pago del precio de mercancía objeto de una compra-venta.

Al final, se reglamenta un título especial, para la movilización de los créditos derivados de la venta mercantil de mercancías a plazo en el interior del país, a la vez que en los demás derechos la cambiaria se relaciona tanto con operaciones comer-

y atribuyen a su titular el derecho de exigir, a determinado vencimiento, la

ciales, como con operaciones financieras (distinguiéndose por eso entre la cambiaria "comercial" y la cambiaria "financiera"). A la vez que en los demás derechos la letra de cambio, en la mayoría de los casos, se relaciona con la movilización del crédito del vendedor, derivado de la venta mercantil de mercancías, en el derecho brasileño y en el portugués, en esta hipótesis se recurre, en relación con las operaciones realizadas en el interior del país, a un título especial (respectivamente duplicata y extracto de factura) y no a la letra de cambio; ésta tiene, a su vez, naturalmente en el comercio interno, un alcance práctico distinto del que le es propio en los demás países, y, por el contrario, en el comercio internacional continúa constituyendo el instrumento de movilización del crédito derivado de la venta de mercancías.

A la vez que en los demás derechos, la posibilidad de que el vendedor de mercancías cobre el precio de ésta mediante un título de crédito, depende del consentimiento del comprador, en el derecho brasileño y en el portugués, concurriendo los requisitos necesarios, son obligatorias tanto la emisión como la aceptación del título, tratándose por un lado de facilitar la movilización de los créditos comerciales, y por otro combatir los títulos sin provisión (Cf. n. 321).

Los requisitos del título coinciden con la necesidad de la existencia de la provisión y con la indicación de ésta en el título, lo que confirma la posición del poseedor y facilita el descuento, que justamente se basa en la existencia de un crédito del descontatario contra un tercero.

En el derecho brasileño la emisión de la duplicata es obligatoria, cuando concurren los requisitos necesarios; en el derecho portugués, la emisión del extracto de factura sólo es obligatoria cuando el precio no quede representado por letras de cambio. Esta diferencia me parece que se relaciona con el hecho de que el título portugués se basa en el propósito de facilitar la movilización de los créditos comerciales, a la vez que el título brasileño también se relaciona con el cobro del impuesto sobre ventas y consignaciones. Por esto, en el derecho brasileño acaba por quedar determinada la diversidad entre letra de cambio y duplicata.

Quizá algunas diferencias de orientación entre la jurisprudencia cambiaria brasileña y la de los demás países, encuentren explicación en el hecho de que en la práctica brasileña, la "duplicata" tenga mayor importancia que la letra de cambio, satisfaciendo en el derecho interno brasileño, funciones que en otros lugares son propias de la letra de cambio (denominándose entonces "comercial") y siendo, en consecuencia, en el Brasil, más frecuente entre las cambiales, aquellas que tienen un carácter financiero.

La ley brasileña se presenta más compleja que la portuguesa, en la que es más precisa la analogía con las normas cambiarias.

En la ley brasileña, se determina que las mercancías se deben entregar real o simbólicamente (por ejemplo, por medio de un título representativo de la mercancía) no sólo para que exista la obligación de aceptar la duplicata, sino también para que exista la posibilidad de girarla. Por esto es prácticamente raro el giro y la aceptación de un título, en relación con una compraventa mercantil, antes de la entrega (aunque sea simbólica) de la mercancía, pues antes de la entrega tan sólo se puede girar una letra de cambio; después se *debe* emitir la duplicata. En el caso en que el vendedor quisiese tener un título de crédito, antes de la entrega, debería recurrir a la emisión de dos títulos sucesivos; esto acarrearía una fuerte complicación

entrega de una cantidad de mercancía, indicada genéricamente, desde que se satisface la carga del pago de la misma, resultante del título.

sobre el descuento y un fuerte aumento de cargas fiscales.

Por el contrario, en la práctica de los demás países es frecuente el giro de una letra de cambio aun antes de la entrega de la mercancía.

Esta práctica trata de facilitar la posibilidad de movilización del crédito derivado de una compraventa de mercancías, aun antes de su entrega. (En el decreto francés que abajo se indica, el cumplimiento de las obligaciones del vendedor es necesario para que el comprador tenga la obligación de aceptar la letra; no así sobre la posibilidad de girarla. En el decreto portugués la emisión del extracto de factura es obligatoria, en el acto de la entrega de la mercancía, solamente cuando el precio no se encuentre aún representado por letras de cambio).

La ley persigue (cf. Ley n. 187, de 15 de enero de 1936) una correspondencia exacta entre el título y la compraventa, tanto en lo que respecta a los requisitos formales del título (cf. art. 3 de la Ley cit.) debiendo contener la duplicata la indicación de la factura, el número de orden y de hoja del libro copiador; como en lo que respecta a los aspectos substanciales, debiendo corresponder cada duplicata a una factura y cada factura a una compraventa. En las ventas en abonos (cf. art. 5) se permite la emisión tanto de una sola duplicata con varios vencimientos, como de tantas duplicatas cuantos sean los abonos.

El título es formal, y la ley establece sus requisitos, exigiéndose la mención "duplicata"; circula por medio de endoso (el título debe contener la cláusula a la orden: art. 3, Ley n. 187; al contrario del decreto portugués que conforme al art. 3, § 1º, el extracto de factura, necesariamente implica la cláusula a la orden); es literal (sin que se puedan oponer al tercero portador los convenios que no aparezcan en el título: art. 3, § 3º, y art. 18, Ley número 187); es obvio que no constituye un título "representativo"; su circulación no acarrea ninguna transmisión de la mercancía, sino que sólo interesa el derecho al pago de una cantidad de dinero. En la necesaria correspondencia de la duplicata con la factura, y con la compraventa, se basa la posibilidad de que en la duplicata haya cláusula (por ejemplo: intereses; descuento en la hipótesis de pago anticipado: cf. art. 3, § 1º, Ley número 187) que por el contrario, en la letra de cambio, conforme al sistema brasileño (art. 44, D. n. 2044) no podrían tener eficacia cambiaria.

El vendedor emitente de la duplicata, al final asume una posición equivalente a la del girador de una letra de cambio a su propia orden (cf. n. 240); el comprador asume una posición equivalente a la del girado de una letra de cambio, y cuando reconoce la duplicata, asume una posición que corresponde a la de un aceptante. El vendedor moviliza su crédito endosando la duplicata, lo que puede hacer aun antes del reconocimiento de ésta. (Nótese que en la duplicata, así como en la letra de cambio girada a la orden del propio girador, no deriva obligación alguna de la "declaración" principal del título).

Vimos que la emisión es obligatoria; obligatorio el reconocimiento (salvo determinadas hipótesis: falta de recepción de la mercancía que viaja por cuenta del vendedor; defecto en la cantidad o en la calidad; diferencia en los plazos o precios convenidos: art. 13, Ley n. 187) en plazos determinados (art. 11, Ley N.º 187); criminal la emisión de duplicatas sin provisión (art. 32, Ley N.º 187; art. 172, cod. penal); penalmente sancionada la obligación de reconocer la duplicata (art. 30, Ley N.º 187).

Si se consideran los "stabiliti" como títulos de crédito, es evidente que

El título es protestable a falta de reconocimiento o pago (art. 20); la falta del protesto hace perder al portador el derecho de regreso (art. 22, §1º); el protesto debe levantarse dentro de 30 días, en la hipótesis de falta de reconocimiento o de devolución del título por parte del comprador (art. 20, y sobre una hipótesis de prórroga de este plazo, art. 21 Ley N° 187); en cualquier tiempo después de vencida y antes de prescrita la acción que competía, en la hipótesis de falta de pago (art. 22. Compárese la distinta disciplina del decreto portugués N° 19440 que demuestra la diferencia arriba indicada, entre el título brasileño y el portugués).

Sobre las excepciones oponibles por el comprador, el art. 17, Ley N° 187, establece que "cuando el portador fuere el vendedor, podrán deducirse cualesquiera créditos a favor del deudor, resultantes de devolución de mercancías, diferencia de precios, engaños comprobados, pago a cuenta, y otros motivos semejantes"; de este modo, a *contrario sensu* estas excepciones no se pueden oponer al tercero portador. El artículo 17 no aclara si el tercero portador para el cual las excepciones son inoponibles, sea el tercero portador que ignora la excepción, o el tercero portador que a sabiendas no haya causado daños al deudor; no aclara cuál sea la disciplina de las diversas excepciones al hablar de "motivos semejantes".

Expresamente se declara que son aplicables a la duplicata las disposiciones cambiarias "en lo que fuere posible" (Art. 23, Ley N° 187; disposición análoga se encuentra en el decreto portugués N° 19,440); también es expreso el reconocimiento del carácter ejecutivo de la acción derivada de la duplicata, tal como pasa con las acciones cambiarias.

Se aplicarán a la duplicata las reglas cambiarias sobre la responsabilidad de regreso, del endoso, del aval (además cf. art. 19 de la ley n° 187) de las formalidades del protesto (cf. art. 23, Ley N° 187), de la acción ejecutiva, de la independencia de las obligaciones cambiarias (art. 43, D. n. 2044); no así aquellas sobre los requisitos del título, o sobre los plazos para el protesto; se discute la aplicabilidad del art. 48 D. n. 2044 (cf. a *Ferreira de Souza* en *Direito*, vol. XI p. 76).

Comúnmente se enseña en el derecho brasileño que la duplicata es un título causal (ya que se debe vincular con una determinada relación fundamental: compra-venta mercantil a plazo, sobre mercancías entregadas real o simbólicamente) y en este elemento se basa la diferencia entre duplicata y letra de cambio (título abstracto). De actualidad, en relación con la teoría de los títulos causales y del negocio declarativo, expuesta en estos estudios (cf. a *Ferreira de Souza*, ob. 1. cit.).

Así se quiere indicar la distinción fundamental entre la duplicata (que se vincula y debe vincular con una determinada relación fundamental) y la cambial (que se puede vincular con cualquier relación fundamental); de esta diferencia derivan precisamente las características de la duplicata.

Resulta obvio que esta observación es exacta y fundamental; sin embargo no me parece bastante para caracterizar la naturaleza jurídica de las obligaciones derivadas del título.

En efecto, vimos que es posible que aunque el título deba satisfacer determinada función en cuanto a una (o más de una) determinada relación fundamental, las obligaciones que de él derivan no se perjudicarán por el hecho de que el título no desempeña tal función o exista tal relación (cf. ns. 93 y 277).

deberían quedar al lado de la póliza de seguro y en consecuencia estarían

Es menester examinar también la causalidad de la duplicata en cuanto a las obligaciones derivadas del título.

Tal vez se debe distinguir entre las obligaciones de regreso y de los avalistas, por un lado, y la obligación del comprador aceptante del título, por otro lado.

Sobre las primeras, me parece inadmisible atribuirles distinta naturaleza de la que les es peculiar en los títulos cambiarios (cf. también n. 199), siendo obvio, por un lado, que se pueden basar en cualquier relación fundamental, y transmitirse el título o en propiedad o en garantía, *pro solvendo* o *pro soluto*, etc., y por otro lado, que no las pueden perjudicar los vicios causales de la obligación del comprador aceptante (cf. art. 43 D. n. 2044 y art. 23, Ley n. 187). Por tanto, a estas obligaciones se les deberá aplicar el régimen cambiario; se pueden considerar como obligaciones abstractas.

Me parece evidente la causalidad, en la obligación legal del vendedor de emitir el título, y del comprador, de reconocer su exactitud; en atención a esta disciplina, también el título se puede calificar como causal y resalta la distinción entre él y la letra de cambio (en la que no hay obligación de emisión o de aceptación y es posible que la emisión quede ligada a alguna relación fundamental).

Sobre la obligación del vendedor-emisor, que endosa el título (o de otra manera el emitente no se puede convertir en deudor), no me parece que la obligación pueda tener distinta naturaleza de la que tienen los demás eventuales endosantes.

Sobre la obligación del comprador-aceptante, derivada del reconocimiento de la duplicata, me parece que, ante todo, no puede haber concurrencia de esta obligación con la de aquella derivada de la relación fundamental, a diferencia de lo que puede acontecer con la cambiaria (cf. n. 69) y también a distinción de lo que pasa con la obligación de los endosantes en una duplicata.

En vista de la reglamentación positiva del título, el problema de la causalidad de la obligación del que reconoce la duplicata, se resume en la cuestión de saber si la provisión (o sea, la compraventa mercantil a plazo sobre mercancías entregadas real o simbólicamente) es un requisito de "regularidad" o de "validez" de la obligación del que reconoce el título. En la práctica el caso se presenta con frecuencia, puesto que no son raras las duplicatas emitidas y reconocidas independientemente de la compraventa de mercancías (se habla en la práctica de "*papagaios*"), cuyo fenómeno concuerda exactamente con el de la cambiaria dada de favor (cf. ns. 86 y 244), o sea, girada sin provisión.

Los requisitos especiales exigidos para la duplicata, y las sanciones criminales, no pueden evitar ni de hecho evitar este fenómeno.

Admitiendo que la provisión constituye un requisito de regularidad del título, el reconocimiento del título (independientemente de la existencia de la provisión) tan sólo sería irregular; la excepción respectiva sería oponible al tercero portador, sólo cuando éste al adquirir el título, hubiese obrado a sabiendas en perjuicio del deudor; por tanto se aplicaría la disciplina de la excepción de favor en los títulos cambiarios.

Al contrario, admitiendo que la provisión constituye un requisito para la validez del título, la obligación sería inválida; la excepción respectiva sería oponible (conforme a la regla general en las excepciones causales) al tercero portador, siempre que al adquirir el título, ya tuviese el vicio; entonces se aplicaría la disciplina que hemos visto que es peculiar de los derechos causales.

sujetos a los principios indicados en el parágrafo anterior.

Me refiero a la oponibilidad al "tercero portador", pues como hemos visto más de una vez, es en el ámbito de la oponibilidad de las excepciones al tercero, donde se revela la naturaleza del título de crédito, es más modesta la función del título entre las partes inmediatas, o sobre las acciones ejercitables por el portador, lo que también sucede con la duplicata.

Las dos tesis arriba indicadas, respectivamente coinciden con la disciplina de las obligaciones causales y de las obligaciones abstractas.

De este modo, tanto las exigencias prácticas, cuanto la interpretación del art. 17, tal vez sean más favorables a la primera que a la segunda conclusión, aunque esta última se adapta mejor, sea con el origen histórico (se puede recordar al respecto lo que se observó en los ns. 100 y 108 sobre la relación del negocio declarativo con la documentación contractual y con los títulos causales), sea con la estructura formal del título.

Las necesidades de la tutela al tercero, al final concuerdan con la abstracción y esto precisamente para evitar que la emisión o el reconocimiento de la duplicata, independientemente de la entrega de mercancías, redunde en perjuicio del tercero y en ventaja de aquellos que son los culpables.

Creo que es inexacto calificar como causales las obligaciones derivadas de la duplicata. La situación se puede aproximar, a pesar de las diferencias, a la existente en la cambiaria en el derecho francés, en el que por un lado la provisión es requisito de regularidad del título (tal como lo es, en todos los derechos, sobre el cheque, y se puede recordar al respecto, en el derecho brasileño, la analogía entre el art. 172 del cod. penal brasileño en lo que respecta a la duplicata y el art. 171, VI, en lo que respecta al cheque) y por otro lado (en virtud del decreto de 2 de agosto de 1938; cf. n. 321), es obligatoria la aceptación, en el caso de que la cambiaria se gire en virtud de una venta de mercancías a plazo (constituyendo la "provisión", el crédito de allí derivado) y el girador haya cumplido con las obligaciones que le corresponden a consecuencia del contrato.

La falta de la provisión legalmente prevista, se sanciona penalmente, sin que invalide directamente a la obligación del aceptante; se relaciona con la "regularidad" del título, y no con la "validez" de las obligaciones que de él derivan.

Me parece que la duplicata, y a fortiori el extracto de factura del derecho portugués, aunque tenga su origen histórico en un documento probatorio (como la factura), en lo que respecta a la obligación del que la reconoce, también corresponde a una obligación abstracta (y no a un negocio declarativo: cf. n. 110), quedando garantizada la función económica que deben cumplir, con normas que se refieren a la "regularidad" y no a la "validez" del título (c. n. 277).

En vista de la necesidad de que la emisión se relacione no sólo con la existencia de la provisión (como en la cambiaria, en el sistema francés), sino con una provisión determinada (o sea, la compraventa mercantil sobre mercancías entregadas real o simbólicamente), es posible hablar de "título" causal, en el caso en que se quiera basar en este elemento (y no en la causalidad de la obligación principal derivada del título) la característica distintiva del título causal (cf. n. 95).

Por otra parte, en vista de la necesidad de la mención de la causa en el título, a su vez es posible clasificar el título como causal, en el caso en que se quiera basar la clasificación de los títulos, en abstractos o causales, en la abstracción (o causalidad)

131.—Más difícil problema es el de la abstracción en los títulos representativos⁴⁹⁷, y con más precisión, en la carta de porte marítima, en el certificado de depósito y en la carta de porte terrestre (de acuerdo con el régimen del Código de Comercio)⁴⁹⁸, esto es, en los títulos de depósito (certificado de depósito) y de transporte (cartas de porte marítima y terrestre)⁴⁹⁹.

La investigación quedará limitada únicamente a esos títulos, excluyendo por el momento el "Bono de prenda", en el que indudablemente se encuentra incorporado un derecho real (*Messineo*).

La carta de porte (terrestre), la carta de porte marítima (fluvial o aérea) y el certificado de depósito, de cualquier modo incorporan un derecho obligacional; esto es: el derecho de exigir la entrega de una cantidad de mercancía especificada⁵⁰⁰. Adelante veremos que los efectos de derecho

dad) en sentido procesal, o sea en la falta (o en la existencia) de mención de la causa (cf. n. 96).

La duplicita constituye justamente el título respecto del cual se evidencia mejor la diversidad del criterio de clasificación escogido.

⁴⁹⁷ O sea aquellos cuya transmisión implica la transmisión o la constitución de un derecho real sobre la mercancía a que se refieren.

⁴⁹⁸ Por el contrario, la carta de porte terrestre no es un título de crédito, de acuerdo con la reglamentación de las convenciones ferroviarias internas (cf. *Asquini, Transporte*, nº 78), y, según la opinión dominante, ni siquiera la carta de porte marítima cuando es "nominativa". (En el derecho brasileño, cf. el D. n. 20,454 de 29 de septiembre de 1931). Véase en el derecho brasileño el D. n. 19,473 de 10 de diciembre de 1930 (con las modificaciones derivadas del D. n. 19,754 de 18 de marzo de 1931), "que regula las cartas de porte de flete de mercancías por tierra, agua y aire". Entonces se reconoció ampliamente en el derecho brasileño, a la carta de porte, como título de crédito. Cf. *Adamastor Lima, Rev. do direito comercial*, vol. I, pag. 169.

⁴⁹⁹ En el derecho brasileño cf. ley 1102 del 21 de noviembre de 1903, y lo que al respecto dice *Carvalho de Mendonça, ob. cit.* pag. 562.

⁵⁰⁰ Cf. a *Vivante*, n. 922 y sigs. (V edición); *Goldschmidt, Handbuch*, pag. 681 y sigs. (edición de 1868). Actualmente se puede considerar vencida la tesis de los que querían excluir (*Bolaffio*) esos títulos de los títulos de crédito, considerando que también incluían obligaciones para su poseedor (cf. *Messineo*, pag. 60 y, antes, pag. 30).

Ya indicamos que estos títulos no implican una obligación a cargo de su titular, sino simplemente una carga. El titular de la carta de porte marítima, de la de transporte o del certificado de depósito, no tiene la obligación de pagar el precio del transporte o del depósito, pero debe pagarlo si quiere ejercitar el derecho a la reentrega, esto es, el derecho de recibir la cosa transportada o depositada. Cf. antes n. 17.

La existencia de una carga, cuya ejecución es necesaria para el ejercicio del derecho cartular, no sólo es peculiar en los títulos representativos.

Prescindiendo de las cargas legales que se imponen para el ejercicio de determinados derechos cartulares (por ejemplo: los de regreso), hay títulos de crédito que

real, derivados de la transferencia de los títulos representativos⁵⁰¹, no excluyen que esos títulos incorporen un derecho de obligación. Este derecho es justamente el relativo a la entrega (o como veremos, con mayor precisión, a la reentrega) de la mercancía espécificada⁵⁰² e individualizada.

Generalmente se enseña⁵⁰³ que ese derecho es literal, pero causal y no abstracto, porque constantemente se vincula a una causa, el *receptum*: depósito o transporte.

Es indudable no sólo que esos títulos se vinculan al *receptum*, sea depósito o transporte, sino que es la disciplina del *receptum* (depósito o transporte) la que regula la obligación consignada en los mismos.

132.—Sin embargo este elemento no es decisivo en relación con la abstracción o a la causalidad de la obligación. Ya observamos⁵⁰⁴ que la abstracción de una obligación es conciliable con la relación a una causa, tan sólo declarada para sujetar la obligación a una determinada disciplina, cuya aplicación es independiente de la existencia efectiva de esa causa.

La obligación siempre continúa siendo abstracta, con la diferencia de que en vez de sujetarse a una disciplina propia y autónoma (como en el caso de la cambial), se sujeta a la disciplina que deriva de la causa, indicada sólo para ese efecto.

Precisamente ese sería el caso de los títulos en estudio, según la doctrina

admiten hasta endosos condicionados, en el sentido de que el endosatario sólo podrá ejercitar el derecho cartular satisfaciendo determinadas cargas. Es lo que pasa con el certificado de crédito del Banco de Nápoles. Cf. n. 228.

⁵⁰¹ La función económica de los títulos representativos justamente se relaciona con la movilización del crédito sobre la entrega de la mercancía; consecuentemente éstos también se ligan a la organización de los bancos, puesto que tratándose siempre de créditos a corto plazo, se pueden caucionar en los bancos. La circulación del crédito por entrega de mercancía determinada, a su vez lleva a la circulación de la propia mercancía y de esta manera es como en el caso de los títulos representativos, el título de crédito acaba por facilitar la circulación de los bienes, y no sólo la de los derechos. Cf. n. 299.

⁵⁰² Como veremos, a esta característica se vinculan los efectos reales de la transmisión de estos títulos, por lo que precisamente se denominan representativos. En el derecho brasileño cf. el art. 1 del cit. D. 19,473.

Característica análoga a los títulos mencionados en el texto, presentan, *mutatis mutandis*, los certificados al portador que suelen emitirse por las instituciones financieras inglesas, sobre los títulos (acciones, obligaciones) que se depositan en ellas en custodia. Nótese que de este modo es posible obtener indirectamente una circulación, como si fuera al portador, de una acción nominativa. Cf., sobre la nominatividad de las acciones en el derecho anglo-americano, ns. 117 y 217.

⁵⁰³ Cf. Vivante, n. 955 (V edición) y especialmente a Goldschmidt, ob. 1. cit., que insiste ampliamente sobre la diferencia entre literalidad y abstracción.

⁵⁰⁴ Cf. antes n. 56.

na autorizada⁵⁰⁵, que en forma coherente considera abstracto el derecho de exigir la entrega, incorporado en estos títulos de crédito.

133.—No creo que esa tesis se pueda seguir en Italia. Por un lado el derecho trata de que exista una relación efectiva entre el certificado y la entrega de la mercancía, con el que firmando el título, promete su reentrega; por otro lado, la causa del título se refiere a la disciplina de la obligación del emitente que es el obligado principal y directo. El texto de la ley y la jurisprudencia dominante sobre el régimen positivo de las excepciones, se unifican con el sistema que es propio de los títulos causales, y no con el característico de los títulos abstractos.

Principalmente es el código de comercio el que excluye la aplicabilidad del art. 324 y ahora del art. 21, a la obligación del emitente de estos títulos, de donde me parece que no acepta la disciplina de las excepciones cambiarias⁵⁰⁶.

En efecto, el artículo 555 del Código de Comercio, a propósito de la carta de porte marítima, se refiere a las normas cambiarias sobre el endoso, y sería ir más allá de la letra de la ley⁵⁰⁷ pretender que la referencia también abarque otras normas; en la disciplina legislativa del certificado de

⁵⁰⁵ Brütt, *ob. cit.*, pag. 282. En igual sentido en substancia Jacobi, en Ehrenberg H. B., vol. IV, 1^a parte, pag. 334, en polémica con Brodmann.

⁵⁰⁶ En el derecho brasileño, el citado D. 19,473 tampoco acepta para el certificado el régimen de las excepciones cambiarias.

⁵⁰⁷ En sentido contrario Scorsa, *Polizza di carico*, vol. I, pag. 192; *Rivista di diritto commerciale*, 1935, II, pag. 397 y *Rivista di diritto della Navigazione*, 1935, II, 24, para quien el art. 21 de la ley cambiaria, encontrándose colocado en el capítulo del endoso, y no en el de la acción cambiaria (al contrario del anterior art. 324), debería considerarse abrogado por el art. 555, que para la carta de porte marítima a la orden alude a las disposiciones cambiarias sobre el endoso, siendo así posible aplicar el régimen cambiario, a la carta de porte.

La afirmación de Scorsa es exacta para la obligación de regreso del endosante en una carta de porte, pues veremos que la obligación de éste es abstracta, como la del endosante de una cambial (cf. más adelante, n. 138); sin embargo, esa afirmación es inexacta para la obligación del emitente de una carta de porte que ampara la entrega de mercancía. En este aspecto es improcedente el argumento exegético de Scorsa, basado en la colocación de la norma que reglamenta las excepciones cambiarias. En efecto, el art. 555 del Cod. com. se refiere a las reglas cambiarias sólo en relación al endoso y no a la disciplina de la obligación del emitente. Además, el art. 21 no prejuzga la cuestión de la naturaleza, eventualmente distinta, de las diversas excepciones y del distinto límite de su oponibilidad.

En efecto, aquel artículo no se refiere directamente a las excepciones causales sino que sólo distingue las que provienen de la propia constitución de la obligación cartular y las excepciones extracartulares ("personales" conforme a la terminología del art. 21).

La clasificación de una obligación como causal o abstracta, precisamente aca-

depósito y de la carta de porte, no se encuentra ninguna referencia a las normas sobre las acciones y las excepciones cambiarias; la aplicación de estas normas por analogía, a mi modo de ver encuentra un obstáculo infranqueable, en el principio generalmente reconocido de la inadmisibilidad del negocio abstracto fuera de los casos previstos por la legislación.

El artículo 392 es el que dicta la disciplina positiva de las excepciones oponibles al tercero poseedor de la carta de porte (terrestre), y esa disciplina no es cambiaria. En efecto, de acuerdo con los términos de este artículo, sólo se excluye la oponibilidad al tercero de los convenios no consignados en la carta de porte.

Esa es la consecuencia de la literalidad, peculiar a cualquier título de crédito, y esa es la disciplina que encontramos en los títulos causales; podemos, pues, incluir también los títulos representativos en esta categoría.

134.—A propósito de los títulos causales en general, ya examinamos cuál es su causa, concluyendo por la causa declarativa. Entonces vimos que mientras no se impongan exigencias de protección a terceros, el negocio declarativo que preside la emisión de los títulos causales, se debe considerar con preponderancia frente a la realidad declarada, salvo la hipótesis de error.

Observamos que por virtud de una regla peculiar de todos los títulos de crédito, causales o abstractos, los vicios de la constitución del derecho cartular, que implican la investigación de la relación de transmisión, son inoponibles al poseedor de buena fe, esto es, con más precisión: al poseedor que ignore el vicio (importando poco el conocimiento o ignorancia de su antecesores).

Estas reglas son aplicables a los títulos representativos; en consecuencia, al poseedor que ignora el vicio, son inoponibles las excepciones derivadas de la divergencia entre el ajuste contenido en el título y la realidad.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de examinar estos problemas frente a la excepción de falta de cargamento en la carta de porte marítima, aceptando la tesis que aquí defiendo ⁵⁰⁸.

rrea la consecuencia de que la excepción causal pertenezca a la primera o a la segunda categoría (cf. n. 246).

⁵⁰⁸ Compárense Cass. del Reino, de 22 de mayo de 1934, *Foro It.*, 1934, II, pag. 929; Cass. de Florencia, de 18 de junio de 1883, *Temi ven.*, 1882, pag. 416; Trib. mixto de Alejandría (Egipto), 25 de mayo de 1925; *D. Marit. comparé*, vol. XII, 1925, pag. 103; Ap. mixto de Alejandría (Egipto), 16 de mayo de 1928, *D. Marit. comparé*, vol. V, pag. 192; High Court Kings Bench, 3 de noviembre de 1922, *D. marit. comparé* vol. I, (1923), pag. 203; art. 167 del Código de Comercio Argentino.

Consagró la oponibilidad de esta excepción, demostrando el error de emisión, así como la inoponibilidad al poseedor que ignora el vicio ⁵⁰⁹.

135.—Si el derecho del titular de la carta de porte, simplemente fuera el de obtener la "entrega" de la mercancía, se podría ver en la carta de porte (o en el certificado de depósito) un título abstracto, con todo disciplinado *ad instar* del derecho de restitución *ex recepto*.

Sin embargo, en la realidad, el derecho del titular de la carta de porte y del certificado de depósito, es el de obtener respectivamente el transporte o la custodia de las mercancías, con la consecuente "reentrega" ⁵¹⁰. Justamente por eso la disciplina legislativa, distinta en cada caso, no se podría entender fuera de este presupuesto ⁵¹¹, lo que equivale a reconocer la causalidad del título y su carácter declarativo ⁵¹².

El titular de la carta de porte o de certificado de depósito tiene derecho de obtener la custodia o el transporte de la mercancía, tal como se reglamenta en el título, lo que corresponde a la hipótesis de los títulos causales. Y como este derecho presupone la entrega previa de la mercancía, la carta de porte declara igualmente esa entrega previa.

⁵⁰⁹ En sentido contrario *Messineo*, vol. I, pag. 153 y 171, criticado por *Scorza*, *op. cit.*, vol. I.

El principio que se sostiene en el texto, principalmente se refiere a la excepción de falta de cargamento en la carta de porte. La tesis de una constante oposición, a cualquier portador (aun al que lo ignora), de las excepciones de la falta de carga, a mi modo de ver choca contra una frase aceptada pacífica y universalmente.

Desde luego otra es la conclusión para los hechos que, de acuerdo con las normas del *receptum*, a que queda sujeto el derecho extinguen la obligación del capitán (v. antes n. 115); por ejemplo que la mercancía perezca por caso fortuito, y las demás circunstancias que en el título (como cláusulas válidas y con eficacia cartular) se consignan como extintivas de la obligación de reentrega.

Es evidente que éstas se pueden poner a cualquier portador, precisamente porque el derecho del titular de la carta de porte es la reentrega de las mercancías, y por tanto se disciplina por las normas del *receptum*.

Remito al lector a lo que observamos en términos generales, en el capítulo precedente, sobre los títulos causales.

⁵¹⁰ Para la carta de porte marítima véase a *Scorza*, *Polizza di carico*, vol. I, pag. 192 y sigs.

⁵¹¹ El mismo concepto sobre el problema de la causalidad de los títulos representativos, se encuentra en *Ravá*, *Titoli di credito*, pag. 165.

La característica determinada en el texto, se liga con el hecho de que el derecho del portador del título, puede estar sujeto a la carga de un pago (como el del precio del transporte; cf. n. 17), lo que por el contrario, es imposible en la cambiaria.

⁵¹² Ese carácter declarativo se acentúa en el propio término *connaissance* (en francés), *conhecimento* (en portugués), en contraste con el término italiano "poliza", o el inglés "bill". Cf. también la terminología legal: p. ej. artículo 558 cod. com. ital.; art. 586, cod. com. bras.

Por esto es que el derecho del titular de la carta de porte reglamentado por las normas que regulan el depósito, el transporte o el fletamiento ⁵¹³, y dada su literalidad, se puede ejercitar tal como aparece de la carta de porte. Ni el signatario podría invocar contra el portador las cláusulas del contrato de transporte o fletamiento (o depósito), contra el tenedor del título, ni el portador podría invocar más derechos que los derivados del título ⁵¹⁴, lo que a su vez prueba que la declaración cartular es un negocio declarativo, que justamente tiene por objeto el *receptum* y los derechos que de él derivan ⁵¹⁵.

Lo mismo pasa con las relaciones inmediatas entre el capitán y el cargador; es dudosa la posibilidad de invocar las cláusulas del contrato de fletamiento contra lo que se consigna en la carta de porte marítima, y esta situación está de acuerdo con la afirmación de la existencia de un negocio declarativo en la carta de porte ⁵¹⁶.

136.—En consecuencia, parece justificado tipificar a la carta de porte como un título causal y ver en la misma, de acuerdo con lo que sostuvimos en cuanto a los títulos causales en general, un negocio declarativo titulado. Su declaración cartular es una declaración de ajuste del *receptum*, y por los derechos que de él derivan, el titular de la carta de porte tiene derecho

⁵¹³ Como hace poco lo indicamos sobre su extinción en el caso de perecimiento de la mercancía por caso fortuito.

⁵¹⁴ Al contrario de lo que sucedería si la carta de porte tan sólo fuera un documento probatorio. Cf. antes, ns. 24 y 30.

⁵¹⁵ La observación de que la carta de porte marítima se refiere tanto al *receptum*, cuanto a los derechos que del mismo derivan, lleva a *La Lumia, Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, 1, a ver en este título, al mismo tiempo que una declaración de voluntad (en relación con la promesa de la entrega de la mercancía), una declaración de conocimiento (en relación con el *receptum*). En realidad, en la carta de porte marítima no se promete la entrega, ni se confiesa el *receptum*, sino que se declara el derecho del portador en virtud del *receptum*.

⁵¹⁶ Remito al lector a lo que escribí en el capítulo anterior sobre los títulos causales en general. El problema también surge en la carta de porte nominativa, en la cual *Scorza*, con la doctrina dominante, no reconoce un título de crédito. En efecto, también la carta de porte nominativa constituye un negocio declarativo. (aunque no sea título de crédito), lo que es perfectamente coherente con lo que se entiende sobre la carta de porte a la orden y al portador (título de crédito); ni sería fácil admitir una distinta naturaleza de la declaración constitutiva de la carta de porte en las distintas hipótesis.

La circunstancia de que surge en la carta de porte marítima, aun en las relaciones entre las partes inmediatas, el problema del predominio de la declaración sobre la relación anterior, vuelve a aclarar la diferencia entre esta hipótesis y la de la acción.

al transporte y a la reentrega de la mercancía, tal como esté declarado en el título.

Esta conclusión que parece aceptada ahora por la doctrina del derecho marítimo⁵¹⁷, además está de acuerdo con la práctica contractual en materia de carta de porte marítima. En efecto, al recurrir por una parte a las numerosas cláusulas que tratan de reducir la eficacia de la declaración de la carta de porte marítima ("se dice", "peso ignorado" y otras semejantes)⁵¹⁸, y, por otro, al uso de las llamadas cartas de porte libres⁵¹⁹, la práctica presupone justamente los principios que estamos sustentando.

137.—Nuevamente es la función económica de estos títulos la que confirma los resultados de la investigación. Recordemos —lo que es bien conocido de todos— que la carta de porte, así como el certificado de depósito, cumplen precisamente la función de permitir la circulación de las mercancías, y, con más exactitud, de su posesión, sin una dislocación material de las mismas. Por eso veremos que se vincula al hecho de que la mercancía representada por el título se *especifica* y *detenta* por el capitán o por el depositario, *por cuenta* del titular de la carta de porte o de certificado de depósito que de este modo es su poseedor mediato. La función del título en cuanto a la transmisión de la posesión de la mercancía, no se puede cumplir, salvo cuando la mercancía sea detentada por el capitán o por el depositario por cuenta del titular del título; por tanto, faltando este requisito, el título no puede satisfacer la función que le es propia⁵²⁰. Eso confirma⁵²¹ lo que

⁵¹⁷ Cass. del Reino, 22 de mayo de 1934, *Foro It.*, 1934, I, pag. 929; Casati, *Rivista di diritto commerciale*, 1935, I, pags. 348 y 351; Brunetti, *CORSO DI DIRITTO COMMERCIALE*, pag. 299, de acuerdo con la primera edición de estos estudios.

⁵¹⁸ La práctica de las cartas de porte marítimas es muy fértil en cláusulas que tratan de excluir la eficacia de la declaración contenida en la carta de porte, en relación con determinados elementos (como en los casos indicados en el texto, en los que el poseedor del título deberá probar el peso o la calidad de la mercancía cargada, sin que pueda invocar para ese fin las cláusulas de la carta de porte), o bien tratan de sujetar la responsabilidad del capitán a una disciplina distinta de la legal (y entonces se podrán oponer a cualquier portador los hechos extintivos de la obligación de reentrega que resulten de esas cláusulas, con tal que naturalmente sean válidas y tengan eficacia cartular, a través de su inclusión en la carta de porte). En el derecho brasileño, sobre la validez de estas cláusulas véase el art. 1º del citado D. 19,473.

⁵¹⁹ Estas cartas de porte (cuyo peligro es evidente) no mencionan los vicios que existen en la mercancía entregada. El cargador, en esa hipótesis, entrega al capitán una carta de garantía, para cubrirle la responsabilidad.

⁵²⁰ Nótese la conexión entre la causalidad y la eficacia representativa del título; ésta se liga con aquélla. Cf. más adelante ns. 304 y 306.

⁵²¹ Desde un punto de vista estrictamente lógico se podría pensar en distinguir

decimos sobre la causalidad del título ⁵²².

138.—La causalidad de las obligaciones derivadas de los títulos representativos únicamente se refiere a la disciplina de la obligación de reentrega incorporada en ellos.

Distinta es la conclusión a que se debe llegar en cuanto a la responsabilidad de regreso ⁵²³. La referencia expresa del código a las normas del endoso cambiario demuestra que el endosante de un título representativo, también asume la obligación de regreso, como en el endoso cambiario, obligación que está regulada por las mismas normas que reglamentan la obligación del endosante en el endoso cambiario; por eso corresponde a la función económica de la responsabilidad del obligado de regreso ⁵²⁴.

139.—También se deben aceptar estas conclusiones en relación con los entre los derechos obligacionales derivados del título y su eficacia sobre la posesión de la mercancía, para conciliar la abstracción del título obligacional, con lo que se ha indicado en el texto. Al final, tal podría ser el alcance de la tesis indicada anteriormente, n. 133.

En abstracto, esta distinción es posible. Hasta se puede notar que en la historia del derecho (cf. n. 23), muchos negocios abstractos surgieron de declaraciones de entrega simuladas: la admisibilidad de tales declaraciones prácticamente equivale, en estas hipótesis, a la admisibilidad de negocios abstractos.

Por eso, en las páginas anteriores, examinamos el aspecto obligacional del derecho del titular, concluyendo también, en este aspecto, por la causalidad del título.

⁵²² En el caso en que el título sea emitido sin que se verifique el requisito arriba indicado, en resumen hay un fenómeno aproximado (cf. n. 244) al del acto con causa simulada: su oponibilidad al tercero que la conoce y su inoponibilidad al tercero que la ignora, coincide con los principios generales de la simulación.

Recuérdese que, por el contrario, la asunción de la obligación cambiaria sin relación fundamental alguna que la justifique, no implica una excepción cartular, sino tan sólo una excepción extracartular, oponible dentro de los límites peculiares de estas excepciones (cf. n. 86).

⁵²³ Cf. en el derecho brasileño el art. 6 del citado D. n. 19,473.

Esta norma declara responsable al endosante, de la legitimidad de la carta de porte y de la existencia de la mercancía, siendo esta responsabilidad más restringida de la que le atribuyen al mismo obligado las normas del derecho italiano. Puede haber duda, frente al art. 6 del decreto brasileño, sobre que la responsabilidad del endosante por la existencia de la mercancía se refiera a esa existencia en el momento de la emisión del título, o en el del endoso.

Duda semejante ocurre en el mismo derecho, con el artículo 16, § 4, de la Ley n. 402 de 30 de agosto de 1937, (sobre la prenda rural y la cédula pignoraticia), cuya redacción corresponde a la del art. 6 arriba indicado.

⁵²⁴ Nótese que el acreedor mediante el derecho de regreso tiene derecho a recibir dinero y no mercancías. Cf. antes n. 16 y nota 32. Aquí cabe observar que el endoso se vincula con la responsabilidad de regreso del endosante: por cualquier causa se puede verificar, y mientras tanto, queda siempre sujeto a la misma disciplina, por lo que es natural que la obligación del endosante sea abstracta.

Para más ejemplos de obligaciones abstractas en los títulos causales, cf. n. 126.

"delivery orders", tanto los que tengan la visa del capitán o del representante del armador, como los que no la tengan⁵²⁵.

En los "delivery orders" improprios, la obligación de regreso subsistirá sólo en relación al emisor y no en relación con el endosante, ya que la doctrina⁵²⁶ confirma que el derecho de regreso sólo se puede admitir contra el endosante por virtud de una disposición legislativa (*Bonelli*), siendo inadmisible en los títulos innominados, como son los "delivery orders impropios"⁵²⁷.

140.—El "bono de prenda"⁵²⁸ incorpora un derecho real; el titular

⁵²⁵ Los "delivery orders" no tienen una especial reglamentación legislativa, sino que son frutos de la práctica. A veces son verdaderos títulos fraccionarios de la carta de porte marítima, emitidos por el capitán, que por tanto retira la carta de porte; otras veces constituyen órdenes de entrega giradas por el titular de la carta de porte contra el capitán; pudiendo entonces estar visado por un representante del armador (generalmente, retirando la carta de porte), o bien pueden carecer de esa visa. (La "visa", a su vez puede implicar la asunción de la obligación del armador de entregar la mercancía al portador del "delivery order", o tan sólo la verificación por un representante del armador, de que efectivamente el capitán detenta la mercancía a que se refiere el delivery order). En este último caso se habla de "delivery orders" improprios. Tanto en este caso como en aquel en que la "visa" no implica la asunción de una obligación del armador, el titular del "delivery order", es claro que ningún derecho tiene a la entrega de la mercancía frente al detentador de la misma, sino simplemente los derechos de regreso. Cf. también más adelante n. 308.

⁵²⁶ Cf. n. 228.

⁵²⁷ En el texto hago referencia a los "delivery orders" (bonos de entrega) del derecho marítimo, pero conviene recordar que la práctica (de la que casi quedó ignorado el billete de mercancías) también conoce a los "delivery orders" terrestres. En substancia, y en el ámbito de los títulos sobre mercancías, la práctica siempre se refiere a los títulos de crédito que se vinculan con la mercancía *especificada*, porque es mayor la responsabilidad del subscriptor. Por tanto, éste realmente será detentador por cuenta ajena; a esto se debe que el acreedor, por un lado también goza de la tutela peculiar de los titulares de un derecho real, lo que es muy importante para el caso de quiebra; y por otro, el deudor será responsable de una apropiación indebida, si dice, en provecho propio, un destino diferente a la mercancía.

Los bonos de entrega, terrestres, distintos de los marítimos, no se relacionan con una mercancía en viaje, sino con una mercancía depositada por el cargador o simplemente por el vendedor. En el primer caso, generalmente tiene la forma de una "orden" (del vendedor al cargador), en el segundo la de una "promesa" de entrega, del vendedor. En la segunda hipótesis, el vendedor queda como depositario de la mercancía, por cuenta del que siendo propietario del bono de entrega, es titular del derecho para exigirla.

El título se aproxima entonces a los "stabiliti" en los contratos de venta, pues no mencionan la mercancía especificada, sino que la indican genéricamente. Cf. antes n. 130.

⁵²⁸ El "bono de prenda", como se sabe se liga al depósito en almacenes gene-

del "bono de prenda" tiene un derecho real de prenda sobre la mercancía, sin que en consecuencia se pueda hablar a propósito de este derecho, de causalidad y abstracción, como tampoco se puede hablar en general, de causalidad y abstracción en los derechos reales⁵²⁹.

El "bono de prenda", como ya se observó, sirve para dar en prenda la mercancía depositada, y sucesivamente transferir este derecho de prenda⁵³⁰. Por tanto, la constitución de la prenda tiene su origen en un negocio de transmisión del título por el titular del certificado de depósito⁵³¹; sus cláusulas tienen validez frente al tercero portador de buena fe del título, tal como están en el título, de conformidad con las reglas generales que tantas veces hemos enunciado. El art. 468 del Código de Comercio deter-

rales. Los almacenes generales entregan al depositante un título compuesto de dos partes: una (certificado de depósito), que sirve para transferir la posesión de la mercancía; otra (bono de prenda), para constituirla en prenda. Mientras los dos títulos permanezcan unidos, su adquirente tiene derecho a la entrega de la mercancía; pero cuando circulen por separado, el titular del "bono de prenda" tiene un derecho de prenda sobre la mercancía, en garantía de la restitución de la suma que adelantó y que se encuentra anotada en los dos títulos. El titular del certificado de depósito tiene derecho a recibir la mercancía, siempre que haya satisfecho los derechos del titular del "bono de prenda".

A través de los dos títulos, no sólo es posible dar en prenda la mercancía depositada, sino que también es posible que siga siendo objeto de negociaciones, aunque se haya constituido sobre ella una prenda, y por tanto quede sujeta, como es natural, a la satisfacción del crédito prendario.

Una reglamentación análoga a la italiana se encuentra, entre otras, en la ley brasileña n. 1102 de 21 de noviembre de 1903. El decreto brasileño n. 19473 de 10 de diciembre de 1930, a su vez, determina que en el caso de que la carta de porte haya sido endosada en prenda, el endosatario puede pedir dos títulos: uno para el derecho a la entrega de la mercancía y a la disposición por su dueño; otro para el derecho de prenda (art. 4º).

⁵²⁹ Pero solamente en cuanto al negocio constitutivo del derecho real. Es causal la venta y la consecuente atribución patrimonial, mas no el derecho de propiedad, que tampoco es abstracto, justamente porque la contraposición entre causalidad y abstracción no se puede establecer con relación a los derechos reales. En efecto, la causa se refiere a la atribución patrimonial. Los derechos de obligación contienen una atribución patrimonial; los reales, por el contrario, la presuponen; sin embargo la causa se puede relacionar tanto con los derechos de obligación, cuanto con los negocios constitutivos de los derechos reales, pero no con los derechos reales directamente.

⁵³⁰ El certificado de depósito que circula sin el "bono de prenda" sólo transfiere el derecho a la entrega de la mercancía, pero gravada por una prenda.

⁵³¹ Se alcanzaría prácticamente el mismo fin con el endoso del certificado como "valor en garantía". Desdoblando el título, el "bono de prenda" permite constituir en prenda la mercancía aunque continúa la posibilidad de transmitirla (gravada con prenda), a través de la circulación del certificado de depósito.

mina que cuando del propio título no aparezca el valor por el cual ha sido pignorada la mercancía, ésta se considerará gravada por su valor íntegro⁵³².

A su vez, el derecho de prenda garantiza el crédito del poseedor del "bono de prenda"; crédito en cuya garantía se constituye la prenda. El titular del "bono de prenda" puede exigir el pago de este crédito después de que previamente ejercita sus derechos sobre la mercancía constituida en prenda (art. 474 del código de comercio), siempre que el valor de la mercancía no baste para el pago total del crédito. Por tanto, el "bono de

⁵³² El art. 468 del Código de Comercio, se limita a hablar de poseedor de buena fe, y no menciona a quien al adquirir el título obra a sabiendas en perjuicio del deudor, por lo que, en el caso a examen, no se podrá echar mano de esa especificación.

El "bono de prenda" es un título que tiene importancia singular ante la legislación comparada. De este modo, en el derecho francés, se reglamentaron sucesivamente el "bono de prenda" agrícola, el hotelero, el petrolero, con objeto de satisfacer las diversas exigencias del crédito agrícola de ejercicio (que se auxilia en Italia por la cambial agrícola), del crédito hotelero, del petrolero, sin que ahora sea el caso de discutir si en estas hipótesis, o en algunas de ellas, se encuentra una prenda o una hipoteca mobiliaria (a cuyo respecto se puede consultar el conocido volumen de *Ferrara Junior*).

Todos estos títulos, como el "bono de prenda", en substancia, satisfacen la función de facilitar el crédito sobre mercancías; representando por un lado, a favor del titular del título, un derecho real de garantía sobre la mercancía, y por otro, permitiendo, precisamente a través de su incorporación en un título de crédito, la circulación de ese derecho.

Mas en tanto que el "bono de prenda" tradicional representa mercancía que está en poder de almacenes generales, en estos títulos la mercancía queda en poder del deudor, como sucede con la cambial agrícola italiana. De allí que sean títulos autónomos, debido a que el "bono de prenda", por el contrario, es accesorio del certificado de depósito. El derecho de garantía, en estos casos, se debe publicar con el doble objeto de impedir que los bienes sobre los cuales recae se puedan transmitir por el deudor a un poseedor que después pueda invocar su propia buena fe, y que se pueda inducir por error a los acreedores a valuar la solvencia del deudor, por la presencia de su patrimonio de bienes ya pignorados.

En la actualidad, también se acostumbra verificar el financiamiento sobre mercancías, en una tercera forma: las mercancías se recogen en almacenes sostenidos por instituciones autorizadas, que hacen adelantos garantizados por esas mercancías, a fin de permitir la venta de las mismas en el momento más oportuno, y evitar, de este modo, repentinas bajas en el mercado. Es lo que se hace en Italia con el trigo y en otras partes también con diversas mercancías. La institución donde se depositan los géneros, a su vez puede emitir títulos de crédito, para facilitar la venta de esos bienes. Estos títulos representarán para su titular el derecho a la entrega de la mercancía, después del pago del adelanto hecho por la institución. La hipótesis, se puede aproximar a la del certificado de depósito, separado del "bono de prenda".

prenda" también incorpora un derecho al pago de una cantidad determinada ⁵³³; derecho que en parte se disciplina por las normas propias del derecho cambiario, y que, como el de regreso, es abstracto ⁵³⁴.

141.—En las obligaciones de las sociedades mercantiles ⁵³⁵ y en los títulos de la deuda pública (bonos del Tesoro, bonos "fructíferos", póliza de renta pública) ⁵³⁶ o en los títulos de capitalización, se encuentra incorporada una obligación, cuya causa también se menciona explícitamente: el mutuo (o ⁵³⁷ la renta perpetua o capitalización). En virtud de las menciones del título, los derechos que de él derivan quedan sujetos a la reglamentación peculiar de los derechos derivados de un mutuo, (o de un renta) más allá de las cláusulas fijadas en particular en las actas de emisión de esos títulos.

Sin embargo, la regla que me parece más aceptable es la de que esos títu-

⁵³³ Obsérvese aquí la diferencia entre la constitución de una prenda sobre el título (como en la cambial endosada como "valor en garantía" o en el certificado endosado como valor en garantía) y el "bono de prenda", pues en éste también se encuentra incorporado el derecho al pago de la cantidad por la que se constituyó la prenda; derecho que en los demás casos es extra-cartular.

⁵³⁴ Sobre la posibilidad de bonos de prenda al portador, en el derecho brasileño, cf., a *Pontes de Miranda, Títulos ao portador*, pág. 553.

⁵³⁵ En el derecho brasileño cf. D. N. 177-A, de 15 de septiembre de 1893. Es notable en este decreto el establecimiento de un privilegio general y legal de los obligacionistas sobre los bienes de la sociedad deudora, privilegio que recuerda a la *floating security* del derecho norteamericano.

En el sistema italiano, como, en general, en Europa y América del Norte, las obligaciones, por el contrario, no son, como tales, legalmente privilegiadas. Naturalmente que por convenio pueden quedar garantizadas (por ejemplo, con hipoteca) y solamente recaerá entonces la garantía sobre los bienes que constituyan su objeto. Por tanto, pueden existir obligaciones garantizadas o no garantizadas; naturalmente que estas últimas no gozan de privilegio alguno. Cf. n. 183.

⁵³⁶ Idéntica es la situación en las letras hipotecarias (cartelle fondiarie) (en el derecho brasileño véase D. 370 de 2 de mayo de 1890, y a *Pontes de Miranda, Títulos*, pág. 459) (desde luego salvo el privilegio de los portadores de los títulos hipotecarios del Instituto) y en las innumerables obligaciones emitidas por instituciones que con frecuencia son para-estatales (consorcio del crédito naval, instituto de reconstrucción industrial, sociedad financiera y otros).

Hoy en día, en casi todos los países hay innumerables obligaciones de este tipo, que con frecuencia son indicio de la progresiva ingobernabilidad de entidades públicas o paraestatales en el mercado financiero; a veces consecuencia de la crisis de 1929 y de las medidas que entonces se adoptaron.

En estas hipótesis la institución, por un lado, recoge del público economías a largo plazo mediante la distribución de los títulos que emite; por otro lado, utiliza las economías obtenidas de este modo, para financiamientos a largo plazo.

⁵³⁷ Lo que acontece con las pólizas no redimibles, que con frecuencia se llaman consolidadas.

los se pueden distribuir aun con independencia de un verdadero contrato de mutuo. Por ejemplo: una sociedad puede distribuir sus obligaciones entre sus propios acreedores⁵³⁸, y es evidente que en este caso la causa de la obligación no reside en un importe recibido por la sociedad a título de mutuo, sino en la obligación que tiene de pagar sus deudas, de acuerdo con las distintas causas de las mismas⁵³⁹.

⁵³⁸ *Pro solvendo o pro soluto.*

Por las mismas razones —de conformidad con el principio que varias veces se expone en el texto— entiendo que la sociedad podrá emitir obligaciones para entregarlas en garantía de una deuda propia (en este aspecto, se acostumbra hablar, impropriamente, de prenda sobre obligaciones no emitidas). En este sentido, *Segré, Rivista di diritto commerciale*, 1904, I, pág. 260. En contra, el tribunal de Turín, 14 de mayo de 1934, *Rivista di diritto commerciale*, 1934, II, pág. 67, y en el derecho brasileño, *Octavio Mendes, ob. cit.*

La hipótesis que generalmente se presenta, antes que la de "garantía", es la de *dato pro solvendo* (cf. n. 68). La entrega de las obligaciones, en este caso, permite por un lado al acreedor la movilización de su crédito contra la sociedad, y por otro le permite aprovechar ya las garantías eventuales (por ejemplo: hipotecarias) accesorias de las obligaciones, ya la especial tutela, propia a veces de los obligacionistas (en relación, p. ej., con algunas modificaciones estatutarias, en virtud de manifestaciones de emisión, o en algunos derechos, de providencias particulares, legislativas).

También es posible que las partes beneficiarias se entreguen en garantía por la propia sociedad que las emite, a los acreedores sociales (cf. *Trajano de Miranda Valverde, Sociedades por acciones*, Río, 1942, Vol. I, p. 173, que escribe que la sociedad una vez que estén impresas las participaciones, las puede "tener en cartera para atender a las operaciones que se basan en los estatutos o aprobadas por la asamblea general, venderlas, garantizar o darlas en pago a los acreedores de la sociedad").

Con las acciones no existe esta posibilidad, pues cuando están en circulación, éstas pueden transmitirse en garantía a otro portador; mas no se pueden emitir en "garantía", esto es, entrar en circulación.

El crédito de un acreedor de la sociedad puede representar el ingreso de un aumento de capital, y entonces el acreedor puede recibir acciones contra la renuncia de su crédito. Sin embargo, el acreedor no puede conservar su crédito y al mismo tiempo recibir de la sociedad, para garantía del mismo, acciones sociales. La sociedad no puede entregar sobre esa base sus acciones, pues eso va en contra de las reglas que persiguiendo la tutela del interés de los terceros establecen que las acciones deben corresponder a ingresos de capital efectivos. (Es obvio que es distinto el caso en que una sociedad entrega en garantía a sus propios acreedores, no sus acciones, sino las acciones de otra sociedad de la que es accionista).

Los accionistas de una sociedad pueden entregar sus acciones al acreedor, en "garantía" de la deuda de la sociedad. No se trata de una garantía real. Pues al final corresponde al valor de la acciones lo que sobra *después* de pagarse a los acreedores sociales: por tanto, si una sociedad no puede pagar sus deudas el valor

En realidad, tanto las obligaciones de las sociedades mercantiles, como en los títulos de la deuda pública, se representan derechos abstractos, aunque declaren la causa del mutuo, y queden sujetos a su reglamentación propia ⁵⁴⁰. Si con su entrega se verifica una novación de los créditos anteriores de sus poseedores, esta novación los convierte en créditos abstractos.

Aquí encontramos un caso concreto de la hipótesis que examinamos en lo general, en párrafos anteriores (v. antes n. 56 y sigs.): la del negocio abstracto no reglamentado por una disciplina autónoma; esto es, aquel en que la referencia a la propia causa trata y tiene por función únicamente sujetarlo a una disciplina determinada ⁵⁴¹, independientemente de la existencia efectiva de la causa invocada ⁵⁴².

El interés de esta hipótesis es notable, tanto en el terreno práctico, de sus acciones es nulo; el acreedor de la sociedad no queda, en manera alguna, "garantizado" por el hecho de poseer las acciones.

En realidad, entregando a los acreedores las acciones de la sociedad, lo que los accionistas quieren es permitirles administrarlas, desde luego, en tanto que el acreedor pignoraticio de acciones puede votar legítimamente en las asambleas (cf. n. 185).

⁵⁴⁰ De esta manera se puede resolver la discusión que se suscita a propósito de la emisión de obligaciones por las sociedades mercantiles, en que algunos ven un mutuo, y otros una venta.

En realidad, la asunción de deuda por obligaciones constituye un negocio abstracto, en que no se puede ver ni un mutuo, ni una venta; la causa de la obligación será distinta en cada caso (recepción de dinero, pago, garantía, etc.), y, como en la cambial, se determinará en la entrega de la obligación. Sin embargo, se debe recurrir al mutuo en cuanto a la causa consignada en la obligación, para la reglamentación de los derechos que de ella derivan, y este es el elemento verdadero de la tesis que ve un mutuo en la asunción de deuda por obligaciones. Generalmente, la causa de la obligación reside en la recepción de dinero por la sociedad, y la obligación no se emite en garantía de la restitución, sino que se enajena en un precio, que es justamente el pago por el suscriptor (y que, en verdad, aun puede no corresponder a la cuantía que la sociedad se obliga a pagar al vencimiento de la obligación). No hay acción alguna concurrente con la cartular, y para ese fin se puede aplicar por analogía la hipótesis del descuento, tal como se reglamenta en la jurisprudencia italiana. (Cf. antes, n. 70). Este es el elemento verdadero de la tesis que reconoce una venta en la emisión de obligaciones. Véase ahora, en el mismo sentido que el texto, a *De Gregorio, ob. cit.*, pág. 525, de acuerdo con la primera edición de estos estudios. En el derecho brasileño, véase a *Trajano de Miranda Valverde, Sociedades Anónimas*, Río de Janeiro, 1937, pág. 406.

⁵⁴¹ Estos títulos, al contrario de los cambiarios, no son independientes.

⁵⁴² En sentido contrario, *Messineo*, vol. I, pág. 193, que reconoce que en los distintos casos la causa de esas obligaciones puede ser una causa *solvendi* o *credendi*, lo que está en contradicción con la pretendida naturaleza causal de estos títulos.

Actualmente en igual sentido que el texto, y en forma explícita, véase Casación

dado el número y la importancia de los títulos que abarca, cuanto en el dogmático, porque constituye el ejemplo⁵⁴³, en el derecho moderno⁵⁴⁴, de una hipótesis de abstracción, hasta hoy quizás descuidada, y al mismo tiempo demuestra la imposibilidad de identificar los títulos abstractos con los cambiarios⁵⁴⁵.

de 22 de marzo de 1934, *Foro It.*, 1934, I, pág. 743, y en la doctrina, a *Valeri, Diritto Cambiario*, vol. I, pág. 9; a *De Gregorio, Società Commercial*, pág. 525.

⁵⁴³ Los títulos que se examinan, al igual que los cambiarios, también se pueden clasificar entre los títulos que persiguen pago de dinero. A distinción de los cambiarios, aún se les emite en masa, en serie, y económicamente se destinan a la financiación a largo plazo, al contrario de la cambial, que satisface la función económica de la financiación a corto plazo.

⁵⁴⁴ La cambial, a su vez, aun después de iniciada su abstracción, en cuanto al alcance práctico de su reglamentación, conservó, durante cierto tiempo, vestigios de la causalidad que le era propia al comienzo de su desenvolvimiento histórico. De este modo en el tradicional sistema cambiario francés, la *distancia loci* constituía uno de los requisitos de la cambial (cf. n. 58); la mención del valor recibido quedó entre sus requisitos, lo mismo que en legislaciones en las que se reconoce la abstracción cambiaria, y también quedó con frecuencia en la práctica —vestigio de la anterior reglamentación jurídica— aunque innecesaria por ley (cf. n. 58); el endoso continuó siendo clasificado como una sub-especie de la cesión (cf. ns. 59 y 204) hasta en legislaciones que lo regulan de modo completamente distinto de ésta; la cláusula a la orden quedó entre los requisitos de la cambial (y hasta hoy es frecuente en la práctica), al igual que cuando la disciplina cambiaria se inspiraba en el principio de que el título se destinaba a la circulación en virtud de su naturaleza y por tanto en forma independiente de la presencia de la cláusula especial para tal fin (cf. n. 62).

La historia de los títulos de crédito nos ofrece una ratificación —no podría ser de otro modo— de la observación general de *Holmes (Common Law*, ed. Boston, 1938, p. I). "The substance of the law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient; but its form and machinery and the degree to which it is able to work out desired results, depend very much upon its past".

El tipo especial de abstracción consignado en el texto, encuentra concordancia en el desenvolvimiento histórico de la cambial; y ésta, a su vez, alcanzó la abstracción aun antes de alcanzar (como en su propia reglamentación actual) una disciplina completamente autónoma y libre de vestigios derivados de su naturaleza al principio de su evolución histórica.

⁵⁴⁵ La emisión de las obligaciones generalmente está subordinada a una disciplina especial, en relación con las mayorías necesarias para la validez de la deliberación social, a su publicidad, al límite de la emisión frente al capital social (que en el derecho italiano debe estar pagado y existir realmente, mientras que el derecho brasileño se refiere al capital nominal suscrito, aunque no se haya exhibido).

En el derecho brasileño, la inobservancia de estas condiciones parece que sólo se puede invocar por los obligacionistas (Ley 177-A, de 15 de septiembre

142.—La constante enseñanza es lo que coloca a los títulos al portador entre los títulos abstractos. Esta enseñanza es por cierto exacta cuando quiere significar que entre los títulos al portador hay títulos abstrac-

de 1893, art. 1º, párrafos 5º, 6º y 7º. Véase a *Pontes de Miranda, Títulos ao portador*, p. 308).

En el derecho italiano, las normas relativas a la emisión de obligaciones no tratan de proteger sólo a los obligacionistas, sino que, ante todo, tanto a los socios como a los acreedores de la sociedad, contra los peligros que ofrece una deuda social sobre la forma de obligaciones. Y también es este, a mi modo de ver, el punto de vista que corresponde mejor a la realidad económica de la situación.

Creo que por eso es necesario dar, tanto a la sociedad como a los acreedores sociales, la posibilidad de confirmar la regularidad de la emisión. En substancia, la excepción es una excepción casi de "ultra vires" oponible a cualquier portador de las obligaciones. Este, a su vez, puede, a través del examen de los actos sociales, publicados, valorizar la regularidad de la emisión. Cf. también n. 244.

Desde luego que la anulación de la emisión no otorga al obligacionista el derecho de obrar contra la sociedad, para obtener el reembolso de lo que pagó, ni los intereses previstos por el artículo 41 del Código de Comercio.

A mi modo de ver, la anulación de la emisión no podrá obrar retroactivamente, si tal emisión fue homologada por la autoridad competente, siempre que, como es natural, dicha homologación esté prevista por la ley, como sucede en nuestro derecho. Y esto en virtud de un principio general sobre el valor de la homologación, mas no por la simple publicidad de los actos sociales, que ya comenté hace tiempo (*Appunti di diritto commerciale, Società*, pág. 286, 3^a Edición).

El problema relativo a los poderes de quien a nombre de la sociedad firma las obligaciones, es distinto del vicio proveniente de la falta de cumplimiento a las normas legales relativas a la posibilidad de que la sociedad emita obligaciones; cf. a este respecto, *Pontes de Miranda, Títulos ao Portador*, pág. 307.

También merece recordarse que en el derecho brasileño el punto de partida parece estar constituido por la necesidad de distinguir las obligaciones del papel moneda y de evitar que concurran con éste; por eso sólo se reglamentan las obligaciones al portador, aun cuando títulos nominativos análogos a los debentures (descuidados en la práctica) no quedarían sujetos a la disciplina de las obligaciones, y no podrían calificarse como tales. Esto lleva a la doctrina a sostener que las obligaciones son títulos necesariamente al portador. Cf. A. Waldemar Ferreira, *Tratado das debentures*, Río, 1942, vol. I, y a Trajano de Miranda Valverde, *Sociedades por ações*, Río de Janeiro, 1942, V. 1º p. 481.

En el derecho italiano no hay posibilidad de confusión entre las obligaciones y el papel moneda (véase más adelante, n. 279). Además se puede advertir que las obligaciones producen interés; por esto, al dar el legislador un régimen especial a las obligaciones, lo hizo, no para distinguirlas del papel moneda (distinción que estaría fuera de duda aun a falta de ese régimen especial), sino para tutelar, por un lado, la economía popular, debido a que las obligaciones se entregan al público, y, por otro lado, para disciplinar la asunción de una deuda especialmente peligrosa, tutelando de este modo los intereses tanto de la sociedad, cuanto de sus acreedores, e indirectamente a los mismos obligacionistas. El peligro deriva no sólo de la circunstancia de que la deuda se contraiga por medio de obligaciones, asumida en

tos y que éstos constituyen su mayor número. Sin embargo, no sería exacto si se le diera el significado de que necesariamente sean abstractos los títulos al portador⁵⁴⁶.

Quizá son los títulos al portador aquellos en los que es más evidente el fenómeno llamado comúnmente de incorporación, sobre el cual tendremos ocasión de insistir; son aquellos en los que es más fácil y espontáneo asimilar los títulos de crédito a las cosas muebles, pues, en paralelo perfecto con éstas, frecuentemente son objeto en la práctica de ventas, permutas, donaciones y prendas.

Con frecuencia son títulos de crédito a medio o a largo plazo; valores muebles en la terminología francesa; y objeto de operaciones en las bolsas de valores.

Es obvio que la abstracción del derecho no está en una relación constante y necesaria con la forma de circulación del documento, y ya encontramos realmente numerosos títulos causales (acciones, títulos marítimos de prenda, póliza de seguro, carta de porte), que con frecuencia se acostumbra emitir al portador⁵⁴⁷.

títulos a largo plazo y emitidos en serie, sino también del acto de destinar el producto de la emisión, no al giro de los negocios sociales (lo que por lo menos típicamente motiva las deudas cambiarias de esta naturaleza), sino a constituir el "capital fijo" de la sociedad, esto es, a una financiación que es típica del fin de la emisión de las acciones, lo que es peligroso cuando se obtiene por medio de obligaciones, justamente porque son "obligaciones". Efectivamente, en el derecho italiano, la emisión de obligaciones nominativas está sujeta a la misma reglamentación que la emisión de obligaciones al portador. (A la vez que en el derecho brasileño tanto la ley n. 177-A de 15 de septiembre de 1893, cuanto el artículo 105, "c" del D. n. 2,627 de 26 de septiembre de 1940, sólo reglamentan las obligaciones al portador. El derecho comparado demuestra que la disciplina peculiar de las obligaciones, no se basa en el hecho de que sean al portador, y que esencialmente no constituyen títulos al portador).

⁵⁴⁶ Cf. antes, n. 14. La tesis del texto hasta ahora se aceptó expresamente por la Casación, de 22 de marzo de 1934, *Foro Italiano*, 1934, I, 743.

Examinando en las páginas anteriores los diversos títulos de crédito, también examinaremos la hipótesis de que tales títulos sean al portador, y vimos que la abstracción o la causalidad de un título de crédito es independiente de su ley de circulación.

⁵⁴⁷ No es necesario volver a poner de manifiesto que la frecuencia con que se admiten entre los títulos al portador los principios de la autonomía de la declaración carcular, de su perfeccionamiento con la simple creación del título, etc., constituye una nueva demostración de la exactitud de estos principios en términos generales. Quienes admitiéndolos para los títulos al portador, los niegan después para la cambial o para el cheque, ponen en evidencia que la resistencia a la aceptación de estos principios, en términos generales no se debe a razones lógicas o jurídicas, sino que encuentra su justificación solamente en la mayor lentitud con que la cambial,

La forma de circulación del título se vincula con la legitimación del titular y no con la naturaleza del derecho cartular.

Agrego que, en la mayoría de los casos, los títulos abstractos, al portador, son títulos de crédito, que aunque abstractos, contienen referencia a una causa y corresponden a un caso especial de abstracción ya examinado en el párrafo anterior.

A su vez los títulos nominativos, aunque frecuentemente sean causales, no necesariamente lo son. Por esto, vimos que las acciones son títulos causales, ya sean nominativas o al portador; y abstractas las obligaciones de las sociedades mercantiles, aunque puedan ser nominativas.

143.—Finalmente, merece una referencia el problema de la conciliación de la abstracción del título con los privilegios y las garantías de que puede ir acompañado el derecho cartular.

Es evidente que nada se opone a que el derecho abstracto se garantice con una prenda o una hipoteca convencional ⁵⁴⁸. Esta es la hipótesis que por un lado encontramos en el ámbito de los títulos individuales, como en la cambiaria hipotecaria; y, por otro, en los títulos emitidos en masa, como en las obligaciones hipotecarias ⁵⁴⁹.

A su vez el privilegio, en virtud de una ley especial, puede ser conexo con el título como tal, esto es, con independencia de cualquier otro presupuesto que no sea el de la existencia del propio derecho cartular; en

en su evolución histórica asumió la configuración que en la actualidad le es seguramente peculiar.

⁵⁴⁸ O con la fianza. El caso debe distinguirse, naturalmente, de aquel en que la garantía se refiere al crédito de la relación fundamental.

⁵⁴⁹ Surgen dificultades peculiares al considerar esa hipótesis frente a las normas de la revocación, y especialmente de la revocación en la quiebra. (Véase sobre este punto mi artículo en la *Rivista di diritto commerciale*, 1932, I, 731):

a).—La hipoteca consignada en la cambiaria, sólo se puede revocar demostrándose la mala fe de su actual titular: éste, en principio, se debe considerar como un tercero sub-adquirente, y, por tanto, se le deben aplicar las normas aplicables a éste.

b).—Al apreciar si la hipoteca es contemporánea o posterior a la deuda garantizada, es necesario tener en cuenta la fecha en que surgió el crédito de la relación fundamental, aunque la hipoteca garantice directamente el crédito cambiario. La cambiaria económicamente garantiza el crédito de la relación fundamental, y, por tanto, es preciso recurrir a la fecha del mismo para juzgar la contemporaneidad de la hipoteca.

Esta regla también es aplicable a la hipótesis en que la cambiaria se haya transmitido *pro soluto*, porque es evidente que con una solución distinta, se daría lugar a más fraudes a la ley.

Sobre el problema de la circulación de la hipoteca en la cambiaria hipotecaria, y en las obligaciones hipotecarias, cf. más adelante, n. 180.

este caso, el privilegio no es incompatible con la abstracción del derecho cartular. Es lo que sucede con las letras hipotecarias (cf. art. 22 T. U. R. D. de 16 de julio de 1915 nº 646).

Sin embargo, cuando el derecho cartular queda investido de un privilegio legal, que presupone la existencia de una causa particular que justifique el privilegio, se pueden presentar dos hipótesis: la causa puede estar relacionada sólo con el privilegio, de manera que su falta no perjudique la validez del derecho cartular, o puede referirse a este derecho. Se encuentran aplicaciones de ambas hipótesis, en la cambiaria denominada automovilística, y en la cambiaria agrícola⁵⁵⁰.

*** El problema de las garantías accesorias de la obligación cartular no se debe confundir con el de la existencia de obligaciones cartulares que tienen una función de garantía, siendo necesariamente el derecho respectivo, del titular del título (cf. n. 179). Este caso es peculiar en el endoso cambiario, que da lugar a una acción de regreso que justamente tiene una función de garantía; a la aceptación cambiaria por intervención; al aval que tiene una función exclusiva de garantía. La obligación del endosante es la de pagar si el tercero no paga; el aceptante por intervención y el avalista deben pagar en la misma forma que el tercero y en su lugar. Por eso en estos casos se habla de promesas accesorias (Valeri, I, pág. 112). (Nótese, respecto de la aceptación por intervención, que en el sistema de la convención internacional, art. 56 y 58, la aceptación por intervención se puede otorgar en honor de cualquier obligado. Distinta es la disciplina del derecho brasileño: art. 34, D. n. 2044).*

Lo accesorio del aval se revela en su dependencia de la validez *extrínseca* de la obligación del avalado (art. 37 de la ley cambiaria, de conformidad con la convención internacional; en el derecho brasileño no existe disposición expresa al respecto), y en el derecho cambiario del avalista frente al avalado, y para con aquellos que responderían frente a éste; su autonomía se revela en su independencia de la validez *intrínseca* de la obligación del avalado (art. 37 de la ley cambiaria); véase antes n. 72.

Corresponde a la "función de garantía" del endoso el principio de que cada obligado de regreso responde ante los portadores posteriores, y no frente a los anteriores. Entre los distintos obligados cambiarios se pueden distinguir los del "mismo grado" y los "de grado diferente".

Es posible la pluralidad de suscriptores del mismo grado, todos son responsables solidariamente; sin embargo se excluye la posibilidad de una *acción cambiaria* entre los obligados en el mismo grado (co-endosantes, co-emisores, co-aceptantes, co-avalistas), debiéndose, por el contrario, recurrir a las normas del derecho común acerca de las obligaciones solidarias, para la reglamentación de sus relaciones internas (art. 62 de la ley cambiaria). Véase Casación de 17 de junio de 1936, *Foro It.*, 1936, I, 818; en el derecho brasileño *Luiz Machado Guimarães*, vol. IV, p. 117, de los *Comentarios ao Código de processo civil*, edición de la *Revista Forense*, Río, 1942.

A su vez, las normas establecidas para determinar a favor de quién se otorgó la aceptación por intervención o el aval: —cuando no haya determinación expresa en el título— o a quién se deba preferir en el pago entre los demás interventores, justamente persiguen la ventaja para el mayor número de obligados. Cf. arts. 32, 77

y 82 de la ley cambiaria. En el derecho brasileño, cf. arts. 15 y 34 del D. N. 2044 (se discute si en el caso del aval, esta regla debe prevalecer sobre la de la "contigüidad" de la firma; cf. a *Valeri*, II, p. 261. El derecho brasileño hace prevalecer el principio de la "contigüidad" de la firma).