



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

www.juridicas.unam.mx

TERCERA PARTE

EL TITULAR DEL DERECHO CARTULAR

LEGITIMACION Y TITULOS IMPROPIOS

SUMARIO: 144. La identificación de quien ejercita un derecho.—145. La legitimación.—146. Documentos al portador, a la orden y nominativos.—147. Función de la legitimación.—148. Su explicación jurídica.—149. Continuación.—150. Protección de la apariencia jurídica.—151. Diversas categorías de documentos de legitimación.—152. Comprobantes de legitimación.—153. Características.—154. Comprobantes de depósito.—155. Nominatividad del documento.—156. Títulos de legitimación.—157. Continuación.—158. Necesidad de la presentación del documento.—159. Continuación.—160. Procedimiento de cancelación.—161. Continuación.—162. Su referencia a la legitimación.—163. Títulos de crédito.—164. Títulos de crédito y títulos impropios.—165. Multiplicidad de las funciones llenadas por el documento.—166. Disciplina de los títulos impropios.—167. Criterios para distinguir los títulos de crédito y los títulos impropios.—168. Referencia a un nombre.—169. Diversos criterios de distinción.—170. Clasificación de algunos títulos; si son títulos impropios o de crédito.—171. Función económica de los títulos impropios y de los títulos de crédito.

144.—Uno de los problemas más delicados del sistema jurídico es el de la demostración de la identidad del titular de un derecho subjetivo o de un poder jurídico.

Para el ejercicio de un derecho, no basta demostrar simplemente su existencia con relación a un titular determinado; se hace necesaria la demostración de que quien pretende ejercitar el derecho, en el caso concreto, es el mismo titular.

El problema, en substancia, es el de la demostración de la identidad entre aquel que concretamente ejercita el derecho y aquel que es su titular.

Este problema no es, en el fondo, más que un aspecto de otro más amplio, pues continuamente a cada uno de nosotros nos interesa demostrar la propia identidad.

En el moderno derecho administrativo, la complejidad de las relaciones sociales va multiplicando las hipótesis en que es necesario echar mano de la legitimación.

Carteras de identificación, cartones de reconocimiento, pasaportes, etc., sólo sirven para facilitar de cualquier manera a su poseedor la demostración

de su calidad de ciudadano, de autorizado para cruzar la frontera, de socio de un gremio, etc.

145.—El derecho privado, y especialmente el derecho mercantil, constantemente se encuentra frente a este problema.

La legitimación justamente ofrece al legitimado la posibilidad de equipararse al titular del derecho, de obtener, como se acostumbra decir, la investidura ⁵⁵¹, esto es, la posibilidad del ejercicio del derecho, incumbiendo entonces a quien la niega la demostración de que el legitimado no es titular.

Con esto se evita la necesidad de una prueba que frecuentemente sería diabólica, y de este modo se admite que para el ejercicio del derecho basta una simple investidura, que depende de condiciones, simples relativamente, cuyo cumplimiento fácilmente se investiga.

Los medios de legitimación pueden ser los más diversos: el otorgamiento de una firma, como sucede con los reglamentos para la apertura de cajas de seguridad; pronunciar determinada palabra, como en el caso de señas; practicar determinado acto, y así sucesivamente.

En el derecho privado, el medio más frecuente de legitimación se constituye por la posesión de un documento. El poseedor de determinado documento, vale como legitimado, esto es, como titular del derecho.

No siempre basta la simple posesión; frente a ciertos documentos a veces se exige que derive de una serie regular de endosos en el documento, que lleguen en forma ininterrumpida desde el tomador hasta el poseedor; otras veces se exige que el poseedor, como titular del derecho, conste anotado en los libros del deudor.

La distinta forma de circulación del documento (al portador, a la orden, nominativo) ⁵⁵² determina una forma distinta de legitimación: se legitima como titular del derecho, el simple poseedor del documento, el poseedor que

⁵⁵¹ *Vivante* habla de propiedad formal. No es este el lugar de examinar la amplitud del alcance que el concepto de legitimación adquiere en el pensamiento de *Carnelutti*, del que hace aplicaciones nuevas.

Cf. para la bibliografía, mi comentario *I titoli di credito impropri e le polizze di pegno al portatore del Monte di Pietà di Reggio Emilia*, en *Temi Emiliana*, 1929, I, págs. 114 y sigs. Véase especialmente a *Finzi E.*, *Possesso dei diritti*, pág. 381; a *Messineo*, *Titoli di credito*, pág. 150; a *Arcangeli*, *Rivista di diritto commerciale*, 1910, I, pág. 346; a *Mossa*, *Ordinamento cambiario dello chек*, pág. 85; a *Ferri*, *La legittimazione all'esercizio del diritto cartolare*, en *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1935, I, pág. 119; a *Ehrenzweig*, *System des Österreichischen Privatrechts*, vol. II, parte I, pág. 230; a *Hasenhörl*, *System des Österreichischen Obligationsrechts*, vol. II, pág. 30.

En el derecho brasileño véase a *Carvalho de Mendonça*, *ob. cit.*, pág. 17, 57 y 116; a *Pontes de Miranda*, *Titulos al Portador*, págs. 203 y siguientes.

⁵⁵² Hablo de circulación del documento, porque las distintas formas de circulación (a la orden, nominativa, al portador) son peculiares de documentos de la más variada

lo sea en virtud de una serie regular de endosos que lleguen hasta él, o el poseedor que también se encuentre inscrito, como titular, en los libros del deudor.

146.—Es evidente que la legitimación se realiza de diferente manera, en los documentos al portador por un lado, y por otro en los a la orden o nominativos.

En los documentos al portador, la simple posesión legitima al tenedor como titular del derecho, y el que en un caso concreto posea el título, por eso mismo, se considerará como titular.

En los documentos a la orden y en los nominativos, solamente se legitima como titular del derecho el poseedor que lo sea en virtud de una serie regular de endosos o que también se encuentre inscrito en los libros del deudor; para que, a su vez, quien posea el título, en un caso concreto, pueda demostrar su identidad con el poseedor legitimado, como titular del derecho, necesitará de una legitimación ulterior, para la cual no se podrá recurrir más que al propio documento ⁵⁵³.

Realmente, quien se presenta como poseedor de un documento, a la orden o nominativo, para poder exigir la prestación, debe demostrar su propia identidad, recurriendo, eventualmente, a otros medios de legitimación: pasaporte, cartera de identificación, etc.

147.—Como vimos, la legitimación constituye una función peculiar del documento, independiente por completo de la función del mismo en la constitución del derecho. Y el documento satisface la función de legitimación, independientemente de su naturaleza probatoria o constitutiva; ésta se refiere al ejercicio del derecho por cierta y determinada persona en cada caso concreto; la función probatoria o constitutiva se relaciona con la prueba o con la constitución del derecho que se ejercita.

La determinación del titular del derecho constituye, a su vez, otro problema distinto ⁵⁵⁴.

Aunque se legitime como titular, el poseedor puede carecer del derecho a exigir la prestación, bien porque éste no exista, o bien porque eventualmente el titular del derecho existente es una persona distinta de aquella por la cual se legitima el poseedor.

naturaleza. Véase por ej. el art. 42 del Reg. de 4 de agosto de 1913, n. 1068, sobre las bolsas, que habla de endoso en el llamado aviso de descuento.

⁵⁵³ *Ferri, ob. 1. cit.*, habla justamente, de acuerdo con *Carnelutti*, de legitimación nominal (en los documentos nominativos y a la orden), en oposición a una legitimación real (en los documentos al portador). En igual sentido, *Valeri, Rivista di diritto commerciale*, 1935, I, pág. 26.

⁵⁵⁴ *Brunner, en Endemann H. B.*, vol. II, pág. 173; *Chiouenda, Principi*, pág. 151. de la 3ª ed.; *Carnelutti, Studi di diritto civile*, pág. 489-490; *Arcangeli, ob. 1. cit.*

Nos encontramos frente a problemas distintos y que no se deben confundir: los relativos a la existencia del derecho, los que surgen respecto a la determinación de su titular y los que se refieren a la identidad entre el titular del derecho y el que concretamente lo ejercita.

En materia de legitimación, el documento solamente tiene esta última función, lo que naturalmente no impide que el mismo documento pueda, además, satisfacer funciones posteriores, relativas a la existencia del derecho y a la determinación de su titular.

Respecto de estas últimas el documento podrá ser probatorio o constitutivo (véase antes, parte II), y también como en los títulos de crédito, concurrir para determinar la persona que es titular del derecho, porque ésta se identifica necesariamente con el propietario del documento (véase adelante, ns. 172 a 203).

El legitimado se encuentra, en principio, en una posición posesoria y de allí que de hecho tenga la posibilidad de ejercitar el derecho, independientemente de la titularidad del mismo; esta posibilidad justamente subsiste hasta el momento en que se demuestra concretamente que él no es el titular ⁵⁵⁵.

148.—La explicación del fenómeno de la legitimación sólo se ha dado esporádicamente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Muchos recurren a una explicación de naturaleza procesal, viendo la substancia de la legitimación en una inversión del *onus probandi* ⁵⁵⁶.

Este concepto tan sólo toma el resultado práctico del fenómeno, pero deja sin explicación el por qué de esa inversión del *onus probandi*.

No creo que se la pueda hacer derivar de la voluntad de las partes. La moderna doctrina procesalista, hace mucho que afirmó la irrelevancia de la voluntad de las partes en la distribución de la carga de la prueba, y, por tanto, de la inadmisibilidad jurídica de los convenios que traten de esa distribución.

Me parece que la explicación de la institución de la legitimación se encuentra en otro concepto jurídico.

Existiendo las condiciones de la legitimación, cualquier persona puede considerar al legitimado, como verdadero titular del derecho, sin peligro de incurrir en alguna responsabilidad. El deudor, en particular, válidamente se libera, cumpliendo la prestación al legitimado.

Esta falta de responsabilidad puede establecerse por la ley, o por la

⁵⁵⁵ Véase a Finzi, *Possesso dei diritti*, pág. 305 y siguientes. En la terminología de Carnelutti (*Teoría cambiaria*, Padua, 1936), el sistema jurídico recurre al *indice* y no al *título* de la adquisición.

⁵⁵⁶ Véase, sobre las distintas aplicaciones, mi nota indicada, y a Messineo, *ob. cit.*, pág. 153.

voluntad de las partes que de este modo se manifiestan dentro de los límites de la propia autonomía. Es, pues, posible que la voluntad de las partes haga de un documento, título impropio, un documento de legitimación.

149.—Este concepto me parece que deriva de las disposiciones de la ley que se refieren a la legitimación ⁵⁵⁷.

Así es como el artículo 1242 del Código Civil consagra la validez del pago que se hace de buena fe a quien se encuentre en posesión del crédito ⁵⁵⁸; en este mismo concepto se inspira el artículo 84 del texto único del R. D. de 21 de diciembre de 1924, n.º 321, sobre los cuadernillos postales de reconocimiento; este orden de ideas es el peculiar en materia de títulos de crédito en el art. 287 del Código de Comercio, y ahora en el art. 46 de la ley cambiaria, etc.

Esa explicación también nos permite fijar los límites de la legitimación. La exclusión de responsabilidad del deudor necesariamente desaparece, cuando paga obrando con dolo o culpa grave.

Justamente este es el principio consagrado en el artículo 1242 del Código Civil, y aceptado corrientemente por la doctrina en materia de títulos de crédito, salvo diferencias de formulación que de momento no interesan.

De hecho, la doctrina enseña que la irresponsabilidad del deudor deja de subsistir, cuando con dolo o culpa grave paga a quien no sea titular ⁵⁵⁹.

El art. 40 de la Convención de Ginebra de 1930 (art. 46 de la ley cambiaria), a su vez consagra esta tesis, determinando: "Celui qui paie à l'écheance est valablement libéré à moins qu'il y ait de sa part une fraude ou une faute lourde".

Distinta cuestión será la de aclarar en qué casos el deudor obrará con fraude y en qué casos incurrirá en culpa grave, al examinarse en relación con las diversas hipótesis de legitimación, y que por lo menos en materia de títulos cambiarios, se le acostumbra tener como equivalente al fraude.

Será entonces el caso de examinar el valor de las notificaciones eventuales, judiciales y extra-judiciales, que se hagan al deudor, y también será ocasión de examinar cuál debe ser su diligencia al hacer el pago.

En materia de títulos cambiarios, la jurisprudencia italiana no acostumbra responder al primer problema negando un valor específico a las notifica-

⁵⁵⁷ Ahora no me parece distinto el concepto de Valeri, *Diritto cambiario*, vol. I, pág. 213, *in fine*.

Aceptada la explicación del texto, queda excluida naturalmente la tesis que ve en la legitimación una inversión de *onus probandi*, a pesar de la analogía de las consecuencias prácticas. Véase en el mismo sentido a Ferri, *ob. cit.*

⁵⁵⁸ Véanse en el derecho brasileño, arts. 935 y 1505 del Código Civil.

⁵⁵⁹ Véase con relación a la doctrina anterior, con toda amplitud a Messineo, 1.ª ed. pág. 159 y pág. 170, que desarrolló este concepto mejor que cualquiera otro.

ciones ⁵⁶⁰; en cuanto al segundo, el artículo 287 del Código de comercio, así como el art. 40 de la Convención de Ginebra, consagran la obligación de que el deudor verifique la regularidad, pero no la autenticidad de los endosos.

150.—Los autores que se ocupan de la legitimación, acostumbran ligar este fenómeno a los de publicidad y protección de la apariencia jurídica ⁵⁶¹.

Es indiscutible que todas estas instituciones tienen un fundamento común; tratan de facilitar la circulación de la riqueza, y por eso substituyen la necesidad de una investigación rigurosa de todas las condiciones de existencia y de ejercicio de un derecho subjetivo, por la posibilidad de averiguar tan sólo condiciones fácilmente comprobables, sin incurrir por eso en responsabilidad.

Pero el hecho de reconocer que este fundamento es común a numerosas instituciones, no equivale a otorgarles una unidad en su estructura jurídica; y esto para los que entienden que por lo menos en el actual derecho italiano, no se ha llegado a un concepto jurídico de un principio general de la tutela de la apariencia del derecho, técnicamente lo bastante preciso para que sea de utilidad práctica en el ámbito de la interpretación de la ley ⁵⁶².

151.—Pasando al examen de los distintos documentos, que en el derecho privado llenan funciones de legitimación, los podemos agrupar en varias categorías. Partiendo del caso más simple al más complejo, encontramos, en primer lugar, los *comprobantes de legitimación*, después, los *títulos de legitimación*, pudiendo clasificarse esas dos primeras categorías como *títulos impropios* ⁵⁶³; y, finalmente, los *títulos de crédito* ⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ *Messineo*, vol. I, pág. 167.

⁵⁶¹ En este sentido *Messineo*, vol. I, pág. 29. Sobre el problema general de la protección de la apariencia jurídica cf. la bibliografía en *D'Amelio. Apparenza giuridica en el Nuovo Digesto Italiano*.

⁵⁶² Si se basara la función de legitimación en el principio de la apariencia jurídica, sólo sería peculiar a los documentos en que directa o indirectamente se reconociera por una norma legal. En este sentido de hecho, *Messineo*, vol. I, pág. 33.

Sin embargo, la conclusión no coincidiría con el reconocimiento pacífico de la función de legitimación en muchos documentos (p. ej. fichas de guardarropa de teatro, etc.) ignorados por la ley.

⁵⁶³ Es innecesario volver a recordar que la distinción entre títulos de crédito y títulos impropios es completamente distinta de la distinción propia de la doctrina brasileña, entre títulos de crédito propia e impropriamente dichos (cf. n. 15). Realmente, los "títulos de crédito impropriamente dichos" de la doctrina brasileña, caben todos en la categoría de los títulos de crédito conforme a la clasificación del texto.

⁵⁶⁴ Me parece innecesario indicar que naturalmente para distinguir comprobantes y títulos de legitimación se puede adoptar un criterio distinto del que se

152.—La primera serie de documentos, se caracteriza por el hecho de que el deudor puede efectuar con eficacia liberatoria la prestación al que le presente el documento, quien se legitima como titular originario del derecho o como *adiectus solutionis causa*. El derecho del titular no deriva del documento, sino que encuentra su propia fuente en un contrato, un *receptum*, o hasta en un simple hecho ⁵⁶⁵, sobre el cual el documento tiene una función probatoria.

Piénsese en los pases de cortesía, en los boletos ferroviarios, en los recibos de depósito, en el duplicado de la carta de porte (conforme a la disciplina de los convenios internos de los ferrocarriles italianos), en los cuadernillos nominativos de las cajas de ahorro, en los conocimientos de los envíos de equipajes, en los “vales” que entregan las tiendas y casas de comercio, para comprobar el pago de mercancías por consumir o llevar, etc.

En todas estas hipótesis nos encontramos frente a simples documentos probatorios, que comprueban la causa de la obligación (el depósito, el pago a los ferrocarriles, etc.) y que, además legitiman a su poseedor como titular del respectivo derecho.

En la amplia categoría de estos documentos, se encuentran tanto documentos nominativos, cuanto documentos al portador y a la orden. El efecto de la legitimación es el que examinamos en los párrafos anteriores: el deudor válidamente puede considerar al legitimado como titular del derecho y por tanto válidamente puede cumplir la prestación a su favor con tal que no lo haga de mala fe o incurra en culpa grave en cuanto a la falta de su titularidad ⁵⁶⁶.

153.—Lo característico de estos comprobantes de legitimación reside,

adoptará en el textq. De este modo, *Ferri, ob. r. cit.*, denomina comprobantes (o documentos) de legitimación a aquellos en los que la legitimación obra solamente a favor del deudor, y títulos de legitimación a los que producen efectos tanto a favor del deudor como del acreedor. Es evidente que los distintos documentos se clasifican después o entre los títulos de legitimación o entre los documentos (comprobantes) de legitimación, de acuerdo con el criterio que se siga para distinguir esas dos categorías. Muchas de las discusiones surgen exclusivamente debido a la diversidad de las clasificaciones, que no dejan de ser legítimas, por la falta de un criterio legislativo al respecto.

⁵⁶⁵ Por ejemplo, el lugar en una fila.

⁵⁶⁶ Fue la investigación concreta de esta última circunstancia la que con más frecuencia dió oportunidad a cuestiones jurisprudenciales. Así, *Bolaffio, Commentario*, vol. II, p. 532, 5ª ed., recuerda el caso de la entrega de un abrigo depositado en un guardarropa, y las discusiones que surgieron acerca de la buena o de la mala fe del encargado del guardarropa, que hace la entrega al que le presentó la ficha, que no era el titular.

ya en su naturaleza de documentos puramente probatorios ⁵⁶⁷, ya en el hecho de que por la función de legitimación que satisfacen, se destinan únicamente a calificar al que los presenta, como contrayente originario o como *adiectus solutionis causa*.

No sirven para legitimar al poseedor como cesionario eventual, y por eso, cuando se demuestra que el poseedor no es el titular originario ⁵⁶⁸, cesan los efectos de la legitimación.

En verdad, muchos de estos comprobantes se refieren a derechos que, por motivos particulares, no pueden ser objeto de "circulación", como en general sucede con los de transporte (para evitar el fraude a los principios que regulan la concesión de servicios de transporte) ⁵⁶⁹. Aunque, en general, el derecho a que se refiere el comprobante sea transferible, se debe excluir que el documento pueda servir, por sí solo, como medio de legitimación de un cesionario ⁵⁷⁰, y en este sentido especial tales comprobantes a veces expresamente son declarados intransferibles ⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ Lo que confirma lo que se dijo en el n. 29 sobre el carácter *constitutivo* del título de crédito y de la relación entre esta característica y la de la literalidad.

⁵⁶⁸ Es lo que pasa con el talón que con un número se acostumbra entregar en la "ventanilla" de un banco al que presenta un cheque para su pago. Es evidente que este número se destina a facilitar el reconocimiento del portador, pero de ninguna manera da derecho a recibir el dinero cuando se demuestra que quien presenta el "número" no es la misma persona que presentó el cheque. Si el que quiere recibir el dinero no es la misma persona que presentó el cheque se hace necesario que pruebe su derecho, independientemente de la posesión del "número", lo que se debe a las consideraciones que se hacen en el texto.

⁵⁶⁹ Por eso no es posible un "mercado" de boletos de transporte, porque en principio el que adquiere en masa boletos para revenderlos, quedaría en condiciones de dominar el mercado de determinada línea de transporte (podría prohibir el acceso al público o a determinadas personas; revender los boletos a un precio mayor o a precios distintos, según los diversos adquirentes, etc.), eludiendo así los principios que regulan la concesión. Tal vez consideraciones en parte semejantes puedan desarrollarse en relación con los boletos para espectáculos públicos.

En algunos casos el derecho que se consigna en el boleto se debe ejercitar personalmente por aquel a cuyo nombre se adquirió (es lo que pasa con los boletos que se venden con tarifas reducidas a los empleados del estado que son padres de familias numerosas, etc.) o por quien comenzó a usarlo (por ejemplo, en los pasajes de ida y vuelta vendidos a precio inferior al que costarían dos pasajes sencillos y distintos). Esta es la razón evidente del régimen especial de esos boletos, que escapó a *Levy, Inalienabilité des coupons de retour de chemins de fer en la Revue Trimestrielle de droit civil*, 1926, pág. 365).

⁵⁷⁰ Este es el punto que discute *Messineo*, vol. I, págs. 35 y 47 y vol. II, pág. 205.

⁵⁷¹ La intransferencia no da lugar a dificultades prácticas, y hasta con frecuencia es prácticamente necesaria. Se trata realmente de relaciones destinadas a extinguirse en un período de tiempo cortísimo (la duración del espectáculo durante cuyo

154.—La doctrina dominante (*Vivante*) con frecuencia sostiene que la legitimación opera en estas hipótesis sólo en favor del deudor, de manera que éste la puede tomar en consideración, sin que por eso esté obligado a hacerlo, de manera que *siempre* puede pedir al poseedor del documento la prueba de su titularidad, independientemente de la legitimación ⁵⁷².

En realidad, esta regla tan sólo constituye la generalización de una regla peculiar de algunos comprobantes relativos al depósito.

Estos legitiman a su poseedor como *adiectus solutionis causa*, de manera que éste como tal, puede recibir, pero no exigir la prestación ⁵⁷³.

Cuando el deudor se rehusa a pagar a la presentación del simple comprobante, su portador está obligado a demostrar su propia titularidad del derecho a la prestación; a esto se debe que, para exigirla, no es suficiente

desarrollo los objetos quedan en el guardarropa; el tiempo necesario para la verificación del cheque presentado en la "ventanilla"), de manera que una función del documento relativa a la cesión del derecho, verdaderamente sería singular.

Por el contrario, veremos que los títulos de legitimación se refieren a relaciones que se desarrollan durante un período de tiempo más largo, como sucede con las boletas del Monte de Piedad.

⁵⁷² Habiéndose reconocido los títulos causales como documentos probatorios, de acuerdo con la tesis que antes se combate (v. antes, n. 35), *Messineo* intentó concentrar la distinción entre los títulos de crédito y los impropios, esencialmente en la distinta eficacia de la legitimación, y sostiene que en los títulos impropios (sea en los comprobantes, sea en los títulos de legitimación), la legitimación *siempre* opera sólo a favor del deudor, de manera que para éste es potestativo y no obligatorio, cumplir la prestación al simple legitimado. El examen de los distintos títulos impropios, también indicados por *Messineo*, excluye la exactitud de esta afirmación. Actualmente en este sentido *Ferri*, *ob. 1. cit.*

En realidad, basta tener en cuenta el funcionamiento de estos documentos en la práctica, para comprobar que en *algunos casos* el deudor no sólo puede, sino que debe cumplir la prestación, mientras no pruebe que el tenedor no es el titular del derecho. Eso también deriva de las normas legislativas que disciplinan algunos de los que llamaremos títulos de legitimación (por ejemplo, el vale postal; véase R. D. de 1 de marzo de 1924, n.º 963) aunque también en relación con ellos *Messineo* haya formulado su tesis.

Es posible clasificar los títulos impropios, en comprobantes y en títulos de legitimación, según que la legitimación se realice sólo a favor del deudor o también a favor del acreedor. En este sentido, *Ferri*, *ob. 1. cit.*, ya indicamos que faltando un criterio legislativo, el intérprete puede clasificar los títulos impropios de acuerdo con el criterio que le parezca más práctico (v. antes, n. 152).

⁵⁷³ Sobre la posibilidad de recibir y no exigir del *adiectus solutionis causa*, véase a *Vangerow*, *Pandekten*, §582; D. 13, §7, §1 y 46, 3, 10. El *adiectus* recibe en nombre propio. Sobre las consecuencias de esta premisa, véase a *Vivante*, n.º 1547, vol. III pág. 547 de la 5ª edición.

Sobre la constante distinción del texto, entre comprobantes que legitiman al

la simple calidad de *adiectus solutionis causa*, resultante de la legitimación ⁵⁷⁴

155.—Entiendo que la hipótesis en que la legitimación opera en el exclusivo interés del deudor, cada vez se va haciendo más rara.

No se debe confundir con la necesidad de que el poseedor de un documento nominativo tenga que demostrar su propia identidad, más allá de la posesión del título. Esta es tan sólo una consecuencia de la nominatividad del documento, que, como tal, puede legitimar como titular del derecho al destinatario, cuya inscripción en el título esté de acuerdo con los registros del deudor, mas no puede legitimar directamente, como destinatario, al que lo presenta.

Ya dije que mientras que los documentos al portador llenan una completa función de legitimación, los a la orden y los nominativos tan sólo legitiman al último endosatario o destinatario, como titular, mas naturalmente que no pueden identificar al que los presenta, como último endosatario o destinatario.

Entonces, podemos admitir que algunas veces, en el ámbito de los comprobantes de legitimación (y siempre, como lo veremos, en el ámbito de los títulos de legitimación), la legitimación también opera a favor del acreedor, de manera que el deudor no sólo puede ⁵⁷⁵ sino que debe cumplir la prestación a favor del legitimado ⁵⁷⁶. Es evidente que sólo con el examen analítico de los distintos títulos se permitirá afirmar si en un título determinado, la legitimación sólo opera a favor del deudor o también opera a favor del acreedor ⁵⁷⁷, siendo en este caso necesario que para que el

poseedor como adquirente originario y comprobantes que legitiman al poseedor como *adiectus*, véase a Brunner, *ob. cit.*, pág. 173.

⁵⁷⁴ Véase en el derecho brasileño el art. 1510 del Código Civil. *Octavio Mendes, Titulos ao portador*, pág. 74, en el principio indicado en el texto, basa la distinción entre títulos propios e impropios. Hasta se establece como una distinción de los títulos de crédito, entre "títulos de crédito" propios y "títulos de crédito" impropios, aunque después reconoce que los títulos impropios en realidad no son títulos de crédito. En un aspecto más general, véase a *Carvalho de Mendonça, ob. cit.*, págs. 47, 57, 117, substancialmente en igual sentido que el texto; *Pontes de Miranda, Titulos ao portador*, págs. 230 y sigs.

⁵⁷⁵ Salvo que al pagar se obre con dolo o se incurra en culpa grave. V. antes, n. 149.

⁵⁷⁶ Salvo cuando se demuestra que el legitimado no es el titular originario del derecho (en la hipótesis de los comprobantes de legitimación) o que no es ni titular originario ni cesionario (en la hipótesis de los títulos de legitimación que más adelante se examina).

⁵⁷⁷ Por ejemplo, esta segunda hipótesis me parece peculiar de los pases de cortesía en los ferrocarriles, y es esta la circunstancia que a veces induce a los autores a clasificar estos documentos entre los títulos de crédito.

deudor pueda rehusarse a cumplir con la prestación, deba demostrar que el legitimado no es titular.

156.—En cuanto a los comprobantes de legitimación que ya indiqué, el poseedor se legitima como adquirente originario o como *adiectus solutionis causa*; quien sea poseedor en los títulos de legitimación, de acuerdo con la forma de circulación del título, se legitima como cesionario eventual.

Siempre se trata de documentos probatorios, que se refieren a derechos transferibles, y en este caso la cesión opera en relación al deudor, independientemente de que se notifique ⁵⁷⁸, de manera que éste válidamente puede pagar al poseedor del documento, que se legitima, ya como adquirente originario, ya como cesionario ⁵⁷⁹.

Es lo que pasa con los vales postales, con las boletas de empeño al portador de los Montes de Piedad, y otros.

157.—También los títulos de legitimación son, naturalmente, documentos puramente probatorios. Su poseedor no puede gozar de ningún derecho autónomo, y la obligación a que el título se refiere encuentra su reglamentación en las cláusulas del contrato que el título apenas prueba.

Existiendo diferencia entre las cláusulas del título y las del contrato, son éstas últimas las que deben prevalecer, (ya sea a favor del poseedor del título, ya en su contra), salvo los límites procesales de la prueba testimonial ante las cláusulas escritas del documento ⁵⁸⁰.

Mas en los comprobantes de legitimación, una vez que se prueba que al poseedor le falta la calidad de titular originario, éste nada podrá pretender ⁵⁸¹; en los títulos de legitimación, por el contrario, también será nece-

⁵⁷⁸ Sobre la posibilidad de renuncia a la intimación de la cesión, véase a *Barassi, Notificazione*, pag. 229.

⁵⁷⁹ Es innecesario volver a recordar la posibilidad de adoptar un criterio diverso, distintivo entre comprobantes y títulos de legitimación; véase antes, n. 152.

⁵⁸⁰ La investigación sobre la eficacia probatoria de los títulos improprios, sobre el derecho en ellos consignado, se realizó especialmente en relación con los títulos del transporte. Sobre los recibos de expedición de equipajes véase a *Asquini, Trasporto*, en *Commentario del codice di commercio*, ed. U. T. E. T., pag. 224, y en la jurisprudencia Cass. del Reino, 27 de julio de 1927, *Ferrovie Italiane*, 1927, pag. 167.

Algunas veces (como sucede en muchos estatutos de los Montes de Piedad, sobre las boletas de empeño, y en los vales postales), el signatario también se reserva expresamente la facultad de invocar, contra las indicaciones del documento, el contrato o sus registros (que por ejemplo excluyen la entrega de la mercancía o el dinero, o prueban de manera distinta de la indicada en el documento). Eso vuelve a confirmar que estos documentos son, puramente probatorios, o, con más precisión, documentos que contienen una declaración probatoria (no confesoria).

⁵⁸¹ La carga de la prueba incumbe naturalmente al que invoca que el legitimado es el adquirente originario. Este, para pretender la prestación, debe demostrar

sario probar la inexistencia de una cesión ⁵⁸².

En los comprobantes de legitimación, el adquirente originario *siempre* se podrá oponer ⁵⁸³ válidamente al ejercicio que del derecho haga el poseedor del comprobante. El poseedor del comprobante sólo se legitima como adquirente originario; de no ser así, tampoco podrá gozar de derecho alguno ⁵⁸⁴.

Distinta es la situación en los títulos de legitimación. El adquirente originario (que no sea poseedor del título) sólo se podrá oponer a que el poseedor ejercite el derecho, demostrando la inexistencia de una cesión, pues de otra manera, el poseedor del título legitimado como cesionario en virtud de su posesión, necesariamente prevalecerá sobre el adquirente originario ⁵⁸⁵.

Generalmente se declaran intransferibles los comprobantes de legitima-

que es cesionario, sucesor o representante. Véase en materia de libretas de las cajas de ahorro, Cass. del Reino, 27 de marzo de 1926, *Rivista di diritto commerciale*, 1926, II, pag. 480.

Por eso, si se pretende ejercitar el derecho en calidad de cesionario, se necesita probar la cesión.

⁵⁸² La carga de esta prueba justamente le toca al deudor o al adquirente originario. Véanse mis comentarios ya citados, y también ahora (en contra de la opinión anterior) a *Messineo*, vol. II, pag. 239 y pag. 242, 2ª ed. (en relación con la boleta de empeño de los Montes de Piedad).

Con inexactitud se habla en este caso, lo mismo que en materia de títulos de crédito, de "legitimación que alcanza sus efectos" o de "impugnación de la legitimación". Las reglas del texto de hecho no se refieren a una impugnación de la legitimación, sino a los límites propios de esta institución. También véase a *Ferri*, *ob. l. cit.*

⁵⁸³ En los títulos de crédito, se habla de oposición al pago, en varios sentidos.

La oposición al pago puede ser una forma de protección de los acreedores del poseedor del título, que al oponerse al pago alcanzan efectos análogos a los de un secuestro frente a terceros.

La oposición al pago puede ser una forma por la que el verdadero titular del derecho protege al propio derecho frente al poseedor, impidiendo que éste, aprovechando su legitimación, obtenga la prestación. Esta segunda forma de oposición es peculiar a todos los documentos que satisfacen funciones de legitimación, siendo naturalmente, en cada caso, distinto el "titular" del derecho que puede promover la oposición.

⁵⁸⁴ Naturalmente, cuando no se aporte la prueba de su derecho, independientemente de la posesión del comprobante; cf. a *Vivante*, vol. III, pag. 550 de la 5ª ed., sobre las libretas nominativas de las cajas de ahorro.

⁵⁸⁵ Sobre la reivindicación del documento perdido o robado, se deberá recurrir a las normas del derecho común, y no a las especiales que restringen su posibilidad en materia de títulos de crédito (por ejemplo, art. 57 del Código de Comercio). Justamente porque no se trata de títulos de crédito.

ción ⁵⁸⁶. Falta en su texto la indicación de que puedan circular, y el conflicto entre el poseedor y el eventual titular originario en manera alguna se reglamenta, al contrario de lo que pasa en los títulos de legitimación ⁵⁸⁷. Estos son algunos de los indicios prácticos que pueden servir para distinguir los documentos de estas dos categorías.

158.—De la misma manera que se puede llenar una función de legitimación mediante la identificación del titular del derecho consignado en el documento, éste también puede llenar una importante función para el ejercicio de ese derecho.

Es sabido que en ciertos casos, sea por la ley o por la voluntad de las partes, determinado derecho sólo se puede ejercitar con la presentación simultánea del documento.

La presentación del documento se transforma en un requisito necesario para el ejercicio del derecho. Este ejercicio, por la ley o la voluntad de las partes, queda subordinado a la condición (o mejor dicho, a la carga) ⁵⁸⁸ de la presentación del documento ⁵⁸⁹. La deuda consecuentemente siempre se paga en el domicilio del deudor (dette quérable), y la presentación del documento es necesaria para constituir en mora al deudor. Este, a su vez, al cumplimiento de la obligación, tiene el derecho de exigir la restitución del documento.

Si volviéramos a los ejemplos de los títulos impropios, que al principio indicamos, no tardaríamos en reconocer que existen algunos cuya presentación constituye un requisito necesario para el ejercicio del derecho, lo que no sucede con los demás ⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ Cf. antes, n. 153. De allí que, al respecto, no se puede hablar con exactitud de una distinta forma de circulación (nominativa, a la orden, al portador).

⁵⁸⁷ En los que encontramos las distintas formas de la circulación: nominativa, a la orden, al portador.

⁵⁸⁸ Véase sobre el concepto de carga, antes n. 17.

⁵⁸⁹ También en esta hipótesis el documento puede ser siempre probatorio (y en consecuencia no ser un título de crédito), al contrario de lo que opina *Brunner*, pag. 147. El ejemplo más claro es el de los pasajes de ferrocarril. Véase a *Jacobi*, en *Ehrenberg H. B.* vol. IV, parte I, pág. 503. También se puede recordar el duplicado de la carta de porte, de acuerdo con su disciplina en las convenciones ferroviarias italianas. Véase a *Asquini*, *Trasporto*, n° 78. En el sistema del código de comercio italiano y en el de las convenciones internacionales, la carta de porte, por el contrario, es título de crédito.

⁵⁹⁰ En la terminología alemana, a los títulos que satisfacen la función arriba indicada se les acostumbra llamar *Presentationspapiere*.

En relación con este requisito, la doctrina italiana se distingue de la alemana, pues de acuerdo con *Brunner*, ve la existencia de un título de crédito siempre que el documento sea necesario para ejercitar el derecho en él consignado, subdistinguiendo, después, dentro de esa categoría, los que por ser literales, y por ser su propietario

159.—Generalmente la presentación del documento es necesaria para el ejercicio del derecho, cuando la prestación que se debe es una prestación “standarizada”, idéntica en un gran número de casos, con una ejecución idéntica, en relación con una gran masa de acreedores.

De este modo, son documentos de presentación necesaria los pases de cortesía y las libretas nominativas de las cajas de ahorro; en tanto que son o no son, los certificados de depósito y de envío de equipajes ⁵⁹¹.

160.—Siempre que la presentación del documento sea requisito necesario para el ejercicio del derecho respectivo, también habrá necesidad de considerar la hipótesis de que no sea posible la presentación.

Esa necesidad encuentra su remedio en las normas que reglamentan la sustitución de los títulos mutilados ⁵⁹², y en las que se refieren a las hipótesis de destrucción, extravío y substracción ⁵⁹³.

En cualesquiera de estas dos últimas hipótesis, es evidente que habrá la posibilidad de que el título se encuentre en manos de un tercero y el peligro de que tal poseedor pueda ejercitar el derecho consignado en el título ⁵⁹⁴. Este problema se puede presentar tanto en los comprobantes de legitimación, como en los títulos de legitimación, y aún más, en los títulos de crédito.

Es claro que de acuerdo con las premisas anteriores, en los comprobantes de legitimación el que denuncia el robo o la pérdida, simplemente tendrá que probar que él es el adquirente originario, para que de este modo tenga, sin más examen, derecho a la prestación; en los títulos de legitimación, es necesario probar la invalidez o la inexistencia de una cesión al poseedor del título ⁵⁹⁵; y, finalmente, en los títulos de crédito, hay que probar

titular autónomo del derecho consignado, corresponden al más riguroso concepto del título de crédito, seguido por la doctrina italiana.

El concepto italiano de los títulos de crédito también fue confirmado por la jurisprudencia: Ap. de Bolonia, 19 de mayo de 1924, *Rivista di diritto commerciale*, 1925, II, pag. 50; Cass. del Reino, 4 de marzo de 1936, *Foro It.*, 1936, I, pag. 670; que justamente recurre a los dos conceptos que se indican, de la literalidad y de la autonomía, para decidir, en cada caso concreto, si existe o no un título de crédito. Véase antes, n. 15.

⁵⁹¹ Véase a Asquini, *Trasporto*, cit. pag. 24.

⁵⁹² Véase Art. 56 del cod. com. En el derecho brasileño falta una norma en este aspecto. Véase a Pontes de Miranda, *Titulos ao portador*, pag. 432.

⁵⁹³ Hurto, robo, apropiación indebida.

⁵⁹⁴ Lo mismo cuando la legitimación opere sólo a favor del deudor, de manera que éste, aunque no esté obligado, puede cumplir la prestación a favor del legitimado.

⁵⁹⁵ Esta hipótesis se examinó en la sentencia del Trib. de Reggio Emilia, de 23 de mayo de 1929, *Temi Emiliana*, 1929, I, 114, comentada por mí. Se reconocieron las boletas de empeño como títulos de legitimación, afirmando la necesidad de que el acreedor prendario probase la inexistencia de la cesión, siendo insuficiente probar

la mala fe del poseedor, pues si éste es de buena fe ⁵⁹⁶, adquiere la propiedad del título y, en virtud de la autonomía, la titularidad del derecho cartular.

161.—El procedimiento de cancelación (en un sentido amplio) justamente se relaciona con la solución de los problemas arriba indicados.

Esta institución, en su significado riguroso, es peculiar de los títulos de legitimación ⁵⁹⁷ y de los títulos de crédito, porque solamente en unos y en otros, se hace necesario conciliar al mismo tiempo que la protección de los intereses del que perdió el título por substracción o extravío, los intereses del que lo detenta.

162.—Este procedimiento principalmente trata de permitir al que estaba legitimado en virtud de un título, después de que lo ha perdido, destruido, o se lo han substraído, probar su legitimación y ejercitar el mismo derecho, sin la posesión del título. Por tanto, la sentencia pasa a satisfacer las funciones de legitimación y la necesidad de presentación, que son peculiares al documento, sin prejuzgar de la existencia del derecho, ni de la calidad del verdadero titular, frente al que obtiene la cancelación a su favor.

En efecto, este último, fundado en la sentencia podrá exigir la prestación como si se legitimara, tal como la habría exigido basado en la posesión del título. De hecho es principio reconocido que la sentencia de cancelación no quita al verdadero titular del derecho la posibilidad de obrar contra el que obtiene la prestación basado en la sentencia de cancelación.

Adviértase que el titular no podrá exigir la prestación del deudor que válidamente se libera, pagando al que la sentencia de cancelación legitimó para recibirla, sino que sólo podrá obrar contra este último ⁵⁹⁸.

que el poseedor no era el adquirente originario. En el mismo sentido, actualmente, *Messineo*, vol. II, pag. 239 y 242, 2ª ed. (en contra de su opinión anterior).

⁵⁹⁶ Veremos que, en realidad, en nuestro sistema se protege al poseedor de buena fe, a pesar de que esa posesión tenga como origen un acto penal o la pérdida del título. Sin embargo, como ya lo hicimos notar, en algunos derechos extranjeros, la reglamentación es distinta. Véase más adelante, n. 173.

⁵⁹⁷ El procedimiento de cancelación concretamente se admite y reglamenta en muchas hipótesis de títulos impropios: en el R.D.L. n.º 394 art. 41, de 11 de junio de 1903, sobre las libretas de las cajas de ahorro postales; en el R.D.L. n.º 968 de 1º de marzo de 1924, sobre el vale postal; en la ley N.º 437, de 27 de mayo de 1909 sobre los títulos (sean o no títulos de crédito) representativos de depósitos bancarios; en los estatutos de los distintos Montes de Piedad, en relación con las boletas de empeño, etc. Generalmente, ese procedimiento recuerda lo que instituye el artículo 476 del Código de Comercio, sobre los títulos representativos, esto es, admite que, en virtud de la denuncia, el denunciante después de pasado cierto lapso, de hecha una publicidad conveniente, mediante fianza pueda obtener eventualmente un duplicado del documento.

⁵⁹⁸ Véase ahora expresamente el art. 93 de la ley cambiaria.

163.—Tanto en los títulos de crédito, como en los títulos y en los comprobantes de legitimación, el documento ejerce una función de legitimación y es necesario presentarlo para el ejercicio del derecho consignado en el documento.

La función de legitimación que ejerce el título de crédito es, sin embargo, distinta de la que realizan los comprobantes y de la de los títulos de legitimación, que antes examinamos. En efecto, no se refiere a la titularidad de un derecho derivado de un contrato respecto del cual el título sea simplemente un documento probatorio, sino a la titularidad de un derecho autónomo que tiene su origen en la creación misma del documento, que por tanto es constitutivo (véase antes, n. 41 y adelante n. 231).

164.—Además los títulos improprios siempre se refieren a derechos cuyo titular o es la persona que estipuló el contrato, comprobado por el título, o es un sucesor de ella.

Esta conclusión también se debe aceptar para los títulos de crédito, en la etapa anterior a la introducción del endoso, a fines del Siglo XVI.

Hasta esta época, el poseedor del título de crédito sólo podía considerarse como un representante, y sucesivamente como un cesionario del adquirente originario ⁵⁹⁹. De hecho, los títulos de crédito en su desarrollo his-

En consecuencia, en el sistema italiano, la orden de la autoridad judicial substituye para el demandante, a la posesión del título, cuando existe una "cancelación" de éste, por la que pierde su valor (cf. art. 89 sobre los títulos cambiarios; 476 del c. de com. sobre los títulos representativos; ley n° 437, de 27 de mayo de 1909, sobre los títulos representativos de depósitos hipotecarios). En consecuencia, es lógico que este procedimiento no sea aplicable a los llamados títulos al portador de circulación ordinaria (acciones, obligaciones), porque respecto de ellos, dada la velocidad e intensidad de su circulación, prácticamente sería imposible organizar el procedimiento de tal manera que protegiese al detentador eventual de un título de esta categoría; éste quedaría sujeto a ser cancelado, sin que el detentador indicado pudiese hacer valer su derecho.

En muchos sistemas (y principalmente en el francés) falta un verdadero procedimiento de cancelación. Véase sobre los títulos al portador, la ley de 15 de junio de 1872; sobre la cambial, los arts. 140 y siguientes del cod. de com. En el sistema francés, el demandante sólo puede ejercitar sus derechos ofreciendo una caución a favor del portador, por un plazo largo, y con frecuencia por todo el plazo de la prescripción, sin distinguir entre títulos de circulación ordinaria y títulos de circulación restringida.

Véase también el código civil brasileño, art. 1509 (existe un verdadero procedimiento de cancelación en materia de cambial, arts. 35 y 39 de la ley cambiaria); cod. argentino, arts. 707, 766 y sigs., respectivamente sobre la cambial y los títulos al portador. Véase también, más adelante, n. 257.

⁵⁹⁹ Lo que además, era natural, en vista del hecho de que entonces la cambial constituía un medio de pago, siendo por eso que quien cobraba el título era apenas

tórico, pasaron sucesivamente por las etapas de ser comprobantes y títulos de legitimación ⁶⁰⁰.

No sucede lo mismo en el derecho moderno. En el sistema actual de los títulos de crédito, como veremos (cf. más adelante, cap. II, el titular del derecho es el propietario del título; por tanto, el título de crédito no sólo legitima a su poseedor como titular de un derecho, que encuentra su fuente

una *longa manus* del que había entregado la "valuta". En realidad aun *Stracca* consideraba al portador de un título como un *adiectus solutionis causa*.

⁶⁰⁰ En la actualidad asistimos además a una evolución análoga, en el desarrollo de la carta de crédito para fines turísticos; al principio la carta de crédito se volvió un documento de legitimación; en seguida, aunque continuando su uso en la práctica, se engendró y destacó el cheque de viajero, verdadero título de crédito (véase, sobre este documento, mi comentario en *Rivista di diritto commerciale*, 1929, II, 329). Las incertidumbres de la jurisprudencia, hoy vencidas, acerca de la endosabilidad del cheque de viajero, endosabilidad que la nueva ley sobre el cheque consagró definitivamente (art. 44, donde el cheque de viajero se encuentra clasificado como cheque bancario), y que al principio se le negaba, encuentra su explicación en esa evolución, que en su origen obscureciera la naturaleza del cheque de viajero como título de crédito.

Como se sabe, el cheque de viajero se presenta con distintas modalidades en cada caso.

Generalmente se trata de cheques que entrega el Banco al cliente, librados contra los corresponsales del Banco emisor. La característica del cheque de viajero en México, consiste en que el Banco no puede hacer el pago, mientras no se presente con dos firmas idénticas del tomador, independientemente de la firma de endoso. La primera firma se debe poner al adquirir el título; la segunda, en el momento de su presentación para el pago; así se disminuye el peligro de robo, en el período en que el cheque permanece en posesión del cliente, y se facilita la identificación del tomador en el momento en que utiliza el cheque. Precisamente este es el fin práctico de la institución. Generalmente, los cheques de viajero están destinados, no a una circulación intensa, sino a permanecer por un tiempo relativamente largo en posesión del cliente, que los utiliza en la medida de sus necesidades (para gastos de viaje, hospedaje, etc.).

Sin embargo, lo anterior no significa que la segunda firma del tomador "deba" ponerse en el momento del pago; semejante exigencia suprimiría realmente la posibilidad de que el título circulara, e iría contra su fin práctico, haciendo imposible su entrega a agencias de viajes, hoteles, etc., y por tanto vedando al cliente cualquier uso, a excepción de su presentación para el pago a los corresponsales (necesariamente en número limitado) del banco emisor.

Además, el mecanismo de las dos firmas se ideó en provecho del tomador, que, por tanto, puede poner la segunda firma tan pronto como tenga interés en ponerla, aunque utilice el título por medio de endoso.

Véase, en relación con la posibilidad del endoso del cheque de viajero y con su estructuración ya indicada, mis comentarios en *Rivista di diritto commerciale*, 1929, II, 329, y en *Foro It.*, 1930, fasc. XXII, y actualmente, en el mismo sentido, el art. 44 de la ley sobre el cheque.

en el título mismo, sino que el titular a que se refiere la legitimación, es el propietario del título.

Mientras que en los comprobantes de legitimación, el poseedor se legitima como adquirente originario, y en los títulos de legitimación como cesionario del adquirente originario, en los títulos de crédito el poseedor se legitima como propietario del título, y de esta propiedad se deriva la autonomía de su titularidad (cf. más adelante, ns. 186 a 203).

165.—De este modo el documento satisface una diversidad de funciones, algunas de las cuales ⁶⁰¹, consideradas por separado, se encuentran en numerosos casos ⁶⁰², pero todas reunidas sólo existen en los títulos de crédito.

Sólo en éstos el documento es constitutivo del derecho en él consignado; la posesión del título es medio de legitimación y elemento necesario para el ejercicio del derecho; y la propiedad del título determina al que sea titular del derecho.

La característica esencial y constante de los títulos de crédito ⁶⁰³, frente a la literalidad del derecho incorporado en el título, como veremos, es la autonomía de los titulares sucesivos del derecho, a la vez de la titularidad a los propietarios sucesivos del título ⁶⁰⁴.

Esta característica constante, no sufre excepción con el proceso de cancelación. De hecho, éste no declara que sea titular una persona distinta del propietario del título, sino que tan sólo trata de suplir la función de la legitimación, desempeñada normalmente por la posesión del título, y la necesidad de la presentación del mismo ⁶⁰⁵.

Nuestra tarea será ahora investigar quién es titular del derecho cartular, demostrando así las afirmaciones que antes se hicieron.

⁶⁰¹ Legitimación y necesidad de presentación.

⁶⁰² O sea, en los títulos impropios.

⁶⁰³ Además de la función de legitimación y de la necesidad de su presentación para el ejercicio del derecho.

⁶⁰⁴ En el derecho brasileño cf. en el mismo sentido a *Carvalho de Mendonça, ob. cit.*, pags. 43, 57 y 116.

⁶⁰⁵ El principio de que el titular del derecho cartular es el propietario del título no sufre ninguna excepción (véase más adelante, n. 177). El principio de la necesidad de la presentación del documento, para el ejercicio del derecho, sufre una excepción además explicable, con el procedimiento de cancelación del documento.

Cuando se excluye la cancelación, como en general en los títulos al portador, excepto aquellos de circulación restringida, no por eso cambia el principio de que el titular del derecho es el propietario del documento. Lo que en realidad sucede es que el titular del derecho no tiene a su disposición otro medio de legitimación independiente de la posesión del título, como el procedimiento de cancelación, y solamente podrá recurrir a las normas que regulan la reivindicación de los títulos.

166.—Antes de proceder a esa investigación, quizá no sea inútil enumerar una serie de reglas peculiares de los títulos impropios, en oposición a los de crédito, completando de este modo las indicadas en páginas anteriores, y hasta considerar algunos casos en los que se discute si existe un título de crédito o un título impropio.

Estas reglas son las siguientes:

- a).—Si los títulos impropios son documentos que contienen una declaración probatoria, que no incorporan ninguna declaración de voluntad autónoma, el derecho del portador encuentra su reglamentación en el contrato original;
- b).—No hay preclusión alguna de los derechos o excepciones que puedan derivar, tanto del alcance, cuanto de la validez de ese contrato, así como (en los títulos de legitimación) de la invalidez de la cesión del derecho, cesión que se demuestra por la transmisión del documento (recuérdese que en los comprobantes de legitimación, el portador no de cualquier manera se legitima como cesionario);
- c).—El deudor puede cumplir la prestación a favor del legitimado;
- d).—y en algunos casos, hasta debe hacerlo;
- e).—Salvo probando que el legitimado no es el titular originario (comprobantes) o que no es ni el titular originario, ni un cesionario de éste (títulos de legitimación);
- f).—El pago que se hace de este modo libera al deudor, salvo cuando paga con dolo o incurriendo en culpa grave;
- g).—el titular originario se podrá oponer al cumplimiento de la prestación a favor del legitimado, demostrando que éste no es el titular originario (comprobantes), ni su cesionario (títulos de legitimación) ⁶⁰⁶;
- h).—el título impropio es reivindicable como documento, de acuerdo con las reglas del derecho común relativas a las cosas muebles, y no con las propias de los títulos de crédito;
- i).—El secuestro, embargo, etc., del título impropio no equivalen al secuestro, embargo, etc., del crédito;
- l).—refiriéndose a la voluntad de las partes o la ley, cuando menos por presunción, toca a los títulos de crédito excluir que con ese nombre también se incluyan títulos impropios.

De este modo el legado de los “títulos de crédito” que se encuentran

⁶⁰⁶ Con frecuencia ocurre una oposición análoga en las controversias sucesorias: en estas hipótesis, contesta justamente el que pretende ser el heredero, oponiéndose a que el detentador sea tal (y, por tanto, sucesor *mortis causa*, del titular).

En la hipótesis de quiebra, se niega al fallido el derecho de disponer del título impropio que detenta.

en un cofre, comprende a los títulos de crédito guardados en el mismo, mas no presuntivamente a los créditos representados por títulos impropios.

De igual manera, las reglas que se refieren a la falsificación de los títulos de crédito (art. 491 del código penal), no se pueden aplicar al caso de falsificación en los títulos impropios.

167.—Los criterios para distinguir a los títulos de crédito de los impropios, se deben buscar teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas antes indicadas y la distinta función de estos diversos títulos.

Hablamos de la función, porque, en principio, la diferencia entre los títulos impropios y los propios, en el terreno económico, se puede resumir en la afirmación de que los títulos impropios satisfacen una función de legitimación, pero permanecen ajenos a la "circulación" del derecho, mientras que los títulos de crédito justamente responden a la función de hacer posible la circulación del derecho, y los principios que les son peculiares encuentran su fundamento y justificación en esa función.

168.—No es una gran ventaja que el título sea nominativo. Al lado de los títulos de crédito verdaderos, se debe reconocer la existencia de pseudo-títulos de crédito nominativos, así como pseudo-títulos a la orden y al portador ⁶⁰⁷.

Actualmente hasta son frecuentes los títulos de crédito al portador, encabezados por un nombre que sólo satisface la función de un número de identificación, siendo con frecuencia un nombre imaginario, una simple palabra.

La verdad es que pasa lo siguiente: en los casos de circulación nominativa (no de simple referencia a un nombre), será mas frecuente encontrarse con un título impropio que con uno propio, y entre los impropios, con un comprobante de legitimación, que con un título de legitimación ⁶⁰⁸. Sucede lo contrario cuando la circulación del documento es al portador.

169.—Para distinguir un título propio de uno impropio, existen distintos criterios, que *Vivante* (Nº 1488) puso de relieve con magistral claridad.

Habrán títulos impropios: *a*).—cuando la institución emisora establezca un límite al depósito global (en la hipótesis de títulos de depósito), que el titular puede hacer en varias libretas; *b*).—cuando se prohíba la entrega de más de un título a un mismo nombre; *c*).—cuando los derechos del portador dependan de la capacidad del titular; *d*).—cuando se conceda al titular el derecho de que se oponga siempre a pagar al portador; *e*).—cuando

⁶⁰⁷ Las dos situaciones —nominatividad y calidad del título de crédito— se confunden por *Pagani, Rivista di diritto commerciale*, 1924, II, pag. 651.

⁶⁰⁸ En la práctica son raros los títulos de legitimación nominativos, aun cuando son frecuentes los comprobantes de legitimación al portador.

do se prevean el secuestro o el embargo del crédito y no del título; *f*).—cuando la institución emisora se reserva la facultad de oponer al tenedor las diferencias entre sus registros y el tenor del título; *g*).—cuando el titular que denuncia el extravío, pueda obtener una segunda vía, sin recurrir al procedimiento de cancelación que proteja los intereses de un detentador desconocido ⁶⁰⁹; *h*).—cuando se prevea la compensación entre la deuda de la institución emisora, indicada en el título, y una deuda eventual del titular originario; *i*).—cuando la institución emisora instituye el servicio de emisión de los títulos sólo en relación con personas de determinada categoría; *l*).—cuando se prohíba la cesión del título.

La existencia de una o más de estas características permitirá distinguir un título propio de uno impropio, pero no permitirá distinguir siempre a un título de legitimación de un comprobante de legitimación. Los elementos indicados en los incisos *a*), *b*), *c*), *d*), *g*), *i*), *l*), en particular excluyen no sólo la existencia de un título de crédito, sino también la de un título de legitimación, sin que se pueda decir lo mismo de los demás elementos mencionados. Para determinar la existencia de un título de crédito, previa exclusión de la existencia de un título de legitimación (y no de un comprobante de legitimación), se puede recurrir: *a*).—al hecho de que exista un proceso de cancelación, que también proteja al detentador desconocido; *b*).—a la propia forma del título (espacio para el endoso, etc.) y a su denominación (al portador, a la orden); *c*).—a la ausencia de las cláusulas arriba indicadas que excluyan la calidad tanto de un título de crédito, como de un título de legitimación; y principalmente *d*).—a las cláusulas relativas a la cedibilidad del título.

170.—Merecen indicación especial algunos títulos, de los cuales se discute si son títulos de crédito o títulos impropios:

a).—La cambial que se endosa después del protesto o de los plazos respectivos (después del vencimiento, tanto en el sistema del código de comercio, como en el derecho brasileño), se clasificó entre los títulos de legitimación ⁶¹⁰. Con mucha exactitud se observó que para clasificar un título siempre se debe tener presente su tipo normal, prescindiendo de sus efectos en casos especiales. No se puede poner en duda que la cambial considerada en su tipo normal, sea un título de crédito ⁶¹¹.

⁶⁰⁹ Este criterio se puede desprender textualmente de la legislación sobre las cajas de ahorro. Véase a *Ascoli, Riv. Dir. Civ.*, 1918, pag. 81.

⁶¹⁰ *Messineo*, vol. II, n° 176, y en la primera edición de estos estudios. Sobre la cambial "no a la orden", véase más adelante, n. 298.

⁶¹¹ El criterio es el mismo al que recurrió *Bigiavi, Rivista di diritto penale*, 1930, pág. 454, para clasificar como cheque bancario el cheque de viajero (sobre este cheque véase antes, n. 164). La observación relativa a la cambial que se endosa después del

b).—El “cupón” de dividendos en las acciones de sociedades mercantiles se consideró por *Messineo* como título impropio ⁶¹², en vista de que el crédito en él consignado es eventual (esto es, subordinado a la determinación de un dividendo).

Esta circunstancia no me parece que impida la existencia de un título de crédito, naturalmente de un crédito eventual ⁶¹³.

c).—El caso más conocido y discutido es el de las libretas de Cajas de Ahorro, entre las que podemos distinguir: a).—las libretas al portador (aunque contengan un nombre que tiene, sin embargo, el mismo valor que un número o una contraseña), que son verdaderos títulos de crédito al portador ⁶¹⁴; b).—las libretas nominativas, pagaderas al portador, no son más que comprobantes de legitimación ⁶¹⁵; se pagan al

protesto, es de *Ferri, Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1935, I, pag. 192, y de *Valeri*, I, pag. 145. Las consecuencias del principio son de gran importancia: por ejemplo, tiene valor de título ejecutivo la cambial que se endosa después del protesto (en el derecho brasileño, véase a *M. Torres, Theses selectas de direito cambial*, Rio de Janeiro, 1938, pag. 9); y su pago debe hacerse —salvo el caso de cancelación del título— a la presentación del título al deudor (véase antes n. 90, y adelante, n. 253); se aplicará a la cambial endosada después del protesto, el procedimiento cambiario de cancelación.

⁶¹² Vol. II, pag. 243.

⁶¹³ En efecto cf. a *Vivante*, Vol. III, n. 955. La autonomía del “cupón” en relación con la acción (el “cupón” es también susceptible de circulación autónoma) corresponde a la autonomía del derecho del accionista a los dividendos, en relación también con su “status” de accionista. Distinción análoga se encuentra en las obligaciones, cuyos “cupones” representan el derecho a los intereses, a la vez que el título representa el derecho al pago del capital. Me inclino a reconocer en los “cupones” de las acciones y en los de las obligaciones la misma naturaleza (respectivamente causal y abstracta) que vimos en las acciones y en las obligaciones. Se ve la causalidad del “cupón” considerando que la sociedad puede rehusar al accionista el pago del dividendo, cuando se demuestre, por la impugnación del balance, que efectivamente no se han obtenido utilidades.

Son también títulos de crédito los títulos de las partes beneficiarias, conocidas en la reglamentación de las sociedades anónimas, en el sistema francés, y que tal vez en nuestro sistema también serían lícitas. En esta hipótesis también se trata de un crédito por una cantidad eventual (en relación con las utilidades de la sociedad). Véase, en el derecho brasileño, a *Trajano de Miranda Valverde, Sociedades por ações*, Río, 1942, vol. I, pag. 171.

⁶¹⁴ Cas. Penal, 14 de julio de 1932, *Giustizia Penale*, 1932, pag. 153. Igualmente son títulos al portador los bonos fructíferos postales, sobre los que nunca han surgido dudas al respecto. Se trata de títulos al portador, abstractos, reglamentados de acuerdo con las normas sobre la restitución *ex mutuo* o de la capitalización, de conformidad con la hipótesis que examinamos, tratando de las obligaciones de sociedades mercantiles (v. antes, n. 141).

⁶¹⁵ En sentido contrario, *Navarrini, Trattato*, vol. II, n. 369, que los clasifica

portador por conveniencia de la institución emisora, ya que sólo es titular del crédito la persona a cuyo nombre se encuentra la libreta, y la transmisión de la libreta no implica para el emisor la cesión del crédito; c).—las libretas nominativas, que no son pagaderas al portador, con frecuencia no se les puede clasificar como comprobantes de legitimación ⁶¹⁶.

- d).—Los vales postales son títulos de legitimación (el art. 24 del R. D. L. N° 968, de marzo de 1924, declara que los endosos constituyen simples cesiones), así como las boletas al portador, de los Montes de Piedad ⁶¹⁷.
- e).—Las fichas de guardarropa son comprobantes de legitimación ⁶¹⁸, así como las innumerables fichas de comprobación que se entregan actualmente en las más diversas oportunidades; los conocimientos de envío de equipajes ⁶¹⁹; el duplicado de la carta de porte, de acuerdo con la reglamentación de los convenios internos ferroviarios ⁶²⁰.
- f).—También son comprobantes los pases de cortesía en ferrocarriles ⁶²¹; los boletos para espectáculos públicos; los “vales” que comprueban un

entre los títulos de crédito. Sin embargo, es pacífica la oponibilidad del portador, de todas las excepciones oponibles a la persona a cuyo nombre esté la libreta. Cf. también, reg. de 11 de junio de 1903, n. 394, sobre las cajas de ahorro postales.

Véase, en el mismo sentido del texto, a *Tartufari*, *Rivista di diritto commerciale*, 1904, II, 109; a *Ascoli*, ibidem, 1907, II, pag. 533; a *Brugi*, ibidem, 1908, II, pag. 401; a *Tartufari*, ibidem, 1910, II, pag. 19; a *Giovane*, ibidem, 1913, II, pag. 218.

⁶¹⁶ Vivante es fundamental, vol. III, n. 1489, pag. 557, 5ª Ed., sobre las libretas de las Cajas de Ahorro.

⁶¹⁷ Cf. mi comentario citado, en *Temi Emiliana*, 1929, 114; *Vivante*, n. 1442; *Segré*, *Rivista di diritto commerciale*, 1910, II, pag. 144; Cas. Penal, de 3 de abril de 1925, *Giustizia Penale*, 1925, pag. 756; 12 de marzo de 1924, *Giustizia Penale*, 1924, pag. 648. En la doctrina alemana *Jacobi*, pag. 506 del vol. IV, parte I, del *Tratado de Ehrenberg*; *Lohsing*, *Ueber die juristische Natur des Pfandscheines*, 1916. Véase en el derecho brasileño, D. 9738 de 2 de abril de 1887; D. 11820 de 15 de diciembre de 1915 y en la doctrina, a *Pontes de Miranda*, *Titulos ao portador*, pag. 470.

⁶¹⁸ *Boiaffio*, *Commentario*, vol. II, pag. 532.

⁶¹⁹ *Asquini*, *Transporto*, pag. 224; Cas. del Reino, 27 de julio de 1927, *Ferrovie Italiana*, 1927, pag. 167; *Daniel*, ob. cit. § 2105 (reconociendo implícitamente la distinción entre los títulos improprios y los títulos de crédito).

⁶²⁰ *Asquini*, n. 78.

⁶²¹ En sentido contrario *Bruschettini*, *Titoli al portatore*, pag. 314 y sigs., que en los estudios de *Unger* esencialmente recurre al principio de la cedibilidad del derecho, entendiendo que existe un título de crédito siempre que al deudor le sea indiferente la persona del acreedor. Me parece que argumentando de este modo, se confunde el problema de la cedibilidad del derecho con el de su incorporación en un título de crédito y de su circulación como derecho cartular. La comprobación de la primera no puede equivaler a la de la segunda. Véase de hecho a *Navarrini*, *Tratato*, vol. II, pag. 368. En el derecho brasileño, véase en el sentido del texto a *Car-*

pago y, en consecuencia, el derecho a un servicio determinado o a una mercancía ⁶²².

g).—Finalmente, hay muchos documentos que de acuerdo con su disciplina, en cada caso concreto pueden o no ser títulos de crédito: es lo que pasa con la póliza de seguro y con los “stabiliti”, de los cuales ya se trató; con la propia carta de porte marítima, en la que se acostumbra ver un título de crédito cuando es a la orden o al portador, y un título impropio, cuando es nominativo.

h).—Los billetes de lotería generalmente son títulos de crédito ⁶²³.

i).—Las cartas de crédito no constituyen ni títulos de crédito, ni títulos de legitimación, ni en general comprobantes de legitimación; sin embargo, pueden agruparse en esta última hipótesis ⁶²⁴.

171.—Las consideraciones que anteceden, nos parece que ponen de relieve las profundas diferencias de disciplina de los títulos impropios en relación con los títulos de crédito, y justifican asimismo la orientación de la doctrina italiana, que se rehusa a incluir a los títulos impropios entre los títulos de crédito, restringiendo esta última categoría sólo a los documentos que, además de satisfacer una función de legitimación y ser necesarios para el ejercicio del derecho, incorporan un derecho literal, cuyo titular es titular autónomo, independientemente de la titularidad de su antecesor ⁶²⁵.

Esa limitación y esa distinción, nos parecen sólidamente basadas en la diversidad de la función económica que desempeñan respectivamente los títulos impropios y los de crédito, pues sólo estos últimos tratan de hacer po-

valho de Mendonça, ob. cit., pag. 116; a Pontes de Miranda, Títulos ao portador pag. 536.

En relación con los pasajes de ferrocarril en particular, remito al lector a las observaciones contenidas en las páginas anteriores, sobre lo que se refiere a su circulación. V. antes, n. 153.

⁶²² Véase en el Brasil, Acuerdo del Trib. de Ap. Distrito Federal, n. 9352 de 4 de abril de 1941, en *Jurisprudenciado Trib. de Ap. do Distrito Federal* (Imprenta Nacional, Rio, 1941), vol. II, p. 72. Justamente fue declarado inaplicable al caso el art. 1511 del Código Civil.

⁶²³ Con más precisión títulos abstractos al portador, aunque sean de un crédito eventual. En el derecho brasileño, véase en sentido contrario a *Mendes, ob. cit., pag. 75*, a pesar de que los reconoce como cosas muebles. En el sentido del texto, se puede ver a *Carvalho de Mendonça, p. 119; a Pontes de Miranda, Títulos ao portador, pag. 565; Ingles de Sousa, Títulos ao portador, n. 79; Teixeira de Freitas en su Esboço do código civil, art. 2281. Véase a Whitaker, ob. cit., pag. 25.*

⁶²⁴ En principio en los códigos sud-americanos, se reglamentan ampliamente como mandatos de crédito. Véase cod. com. brasileño, art. 264; cod. argentino, arts. 484 y 597. Ambos códigos los prevén a favor de personas determinadas.

⁶²⁵ Véase en el derecho brasileño a *Carvalho de Mendonça, pag. 47 y 57.*

sible la "circulación" del derecho ⁶²⁶. Y realmente, si nos olvidamos por un momento de las sutiles investigaciones jurídicas y volvemos la mirada a la configuración concreta y práctica de los títulos de crédito, los veremos como objeto de continuas negociaciones, lo que no se podrá ver del mismo modo en los títulos impropios.

⁶²⁶ Sin embargo esto no significa que el título que no satisfaga esa función económica no sea título de crédito, mientras tenga jurídicamente los caracteres del título de crédito.

Las clasificaciones jurídicas tienen y deben tener un fundamento económico, y en este sentido nos esforzamos en estas páginas por demostrar la conexión de la institución jurídica de los títulos de crédito con la función económica de la circulación de los derechos.

Mas la clasificación jurídica conserva su autonomía en relación con la clasificación económica, de la misma manera que el derecho la conserva en relación con la economía.

Por eso la clasificación jurídica puede encontrar su paralelo en la clasificación económica, mas necesariamente permanece separada, basándose en criterios formales que son después los decisivos jurídicamente, para la clasificación.

Por esto es inevitable, a pesar de la concordancia general de la clasificación jurídica y de la económica, la falta de una identidad constante de las dos categorías; es inevitable que en determinado "caso concreto" la función económica de una institución jurídica (o la función económica de una de las instituciones clasificadas en determinada categoría jurídica), no corresponda a la función económica de la misma institución jurídica (o la función económica a que generalmente corresponde la categoría jurídica).

De este modo, la correlación de la categoría jurídica "títulos de crédito" a la función económica "circulación de la riqueza", no puede excluir que, en determinado caso concreto, un título de crédito no desempeñe esa función, ni que esta función, en general, deje de corresponder a uno de los títulos clasificados entre los de crédito.

Es lo que por ejemplo se puede observar en los billetes de lotería, que clasificamos como títulos de crédito, en virtud de sus caracteres jurídicos, aunque no satisfagan una función de circulación de la riqueza; lo mismo veremos con la cambial no a la orden, etc.

A mi modo de ver, un examen profundo de los criterios que deben presidir a las clasificaciones jurídicas, y de su diversidad en relación con las clasificaciones económicas (o basadas en la función de las instituciones), es el que hace Kocourek, *New York University Law Review*, 1934, vol. II, pag. 309.

EL TITULAR DEL DERECHO CARTULAR

SUMARIO: 172. El titular del derecho cartular.—173. Títulos extraviados o robados.—174. Coincidencia del titular del derecho y del propietario del título.—175. Crítica de la teoría de la posesión.—176. Adquisición del título a título originario.—177. Examen de las críticas.—178. Continuación.—179. Alcance de los principios aceptados.—180. Derechos accesorios de garantía.—181. Continuación.—182. Continuación.—183. Continuación.—184. Derechos reales sobre el título, diversos del de la propiedad.—185. Alcance de estos derechos.

172.—Se remonta a *Savigny* la imagen de la incorporación de la obligación en el título de crédito. Esta imagen muchas veces se criticó, y no podía ser de otra manera, tratándose de una imagen que, por eso mismo, no es equivalente a un concepto riguroso ⁶²⁷.

Mucho más allá que la imagen, lo que nos interesa es el concepto jurídico que con ella se expresa, esto es, el de la relación entre la titularidad del derecho y un derecho real (que *Savigny* identificaba como de propiedad) sobre el título ⁶²⁸.

Los estudios posteriores sobre los títulos de crédito pusieron en evidencia que en una amplia serie de documentos (justamente los que se acostumbra llamar títulos de crédito, por lo menos en la doctrina italiana), la titularidad del derecho constantemente se encuentra acompañada por una relación de carácter real con el título ⁶²⁹.

El titular del derecho se encuentra constantemente en una relación de

⁶²⁷ Véase más adelante, n. 177.

⁶²⁸ Refiriéndose algunas veces a la incorporación del derecho en el título, interpretaremos esta imagen, no en esta significación literal y rigurosa, sino como una expresión abreviada de los principios que desarrollaremos en este y en el capítulo siguiente.

⁶²⁹ Es innecesario indicar que los problemas que siguen (sobre la titularidad, la circulación, la constitución y ejercicio del derecho), son independientes de la abstracción o causalidad del derecho cartular, tal como, a su vez, la abstracción y la causalidad son independientes de la diversa ley de circulación del título.

derecho real con el título; la doctrina se preocupó por determinar con precisión esa relación ⁶³⁰.

Nuestro código, en el art. 332, y ahora el art. 20 de la ley cambiaria (idéntico al art. 16 de la Convención Internacional) ⁶³¹ admiten que ante el conflicto entre el poseedor actual del título y el que fue despojado de éste injustamente, debe prevalecer el poseedor ⁶³², cuando en la adquisición no haya ni mala fe ni culpa grave ⁶³³.

Esta conclusión, consagrada para la cambial en el art. 20, está de acuerdo con la del art. 57, sobre los títulos al portador, y con la del art. 7 del R. D. L. n° 1364 de 7 de junio de 1923, sobre los nominativos, de modo que puede valer como principio general en materia de títulos de crédito, independientemente de la distinta reglamentación de su circulación y de la diversidad del derecho que consignan, de su causalidad o abstracción.

Se relaciona este principio con el peculiar de las cosas muebles en general

⁶³⁰ Remito al lector, sobre el estudio fundamental, a *Arcangeli, Rivista di diritto commerciale*, 1910, que expone con agudeza todas las teorías formuladas al respecto.

⁶³¹ La norma proviene de la ordenanza de cambio germánica, de 1848. No se aceptaba en la jurisprudencia francesa (anterior a la nueva ley cambiaria), que negaba eficacia al endoso puesto por el falsificador, así como los subsecuentes, y por tanto el derecho del que en virtud de esos endosos, entrase en la posesión del título. Véase en ese sentido el art. 629 del Código de Comercio argentino; el art. 825 del Uruguayo; el 137 del Holandés. Cf. a *Lescot, Effets de commerce*, París, 1935, vol. I, p. 485, y para otras referencias de derecho comparado, a *Bonelli*, n. 366. El principio que ahora se enuncia tal vez constituye la mayor novedad de la ordenanza germánica de cambio de 1848, en relación con el derecho anterior. Cf., sobre la historia de la aceptación del principio que se examina en la ordenanza germánica de cambio, a *Bigiavi, Rivista di diritto commerciale*, 1938, I, pág. 365.

⁶³² Siempre que lo haya adquirido conforme a la ley de circulación del título, siendo a su vez legitimado el transmisor (o sea poseedor tratándose de título al portador); último endosatario en virtud de una serie regular de endosos a partir del tomador, si el título fuere a la orden (cf. art. 16 de la convención internacional, en su primera parte; en el derecho brasileño, art. 39, del D. n. 2044); último inscrito en los libros del emisor y en el título si éste fuere nominativo).

⁶³³ Obsérvese que la ley rigurosamente se refiere a la posesión del "título" y a la adquisición del "título", pues la norma se dictó para el caso de "reivindicación" de éste. La norma del art. 20 (16 de la convención) es la siguiente: "Si una persona pierde por cualquier motivo la posesión de una cambial, el nuevo portador que justifique su derecho en la forma indicada en el párrafo anterior, solamente está obligado a entregarla, cuando la haya adquirido de mala fe o la haya adquirido incurriendo en culpa grave".

A su vez el art. 57 del Código de Comercio, reglamentando la "reivindicación" del título, hace referencia a la posesión y a la adquisición del mismo.

Por tanto, no es posible extender la norma a la "posesión" o a la "adquisición" del "derecho", sino en forma mediata, esto es, a través de la posesión o la adquisición del título.

(*en fait de meubles possession de bonne foi vaut titre*); con la consecuencia de que el adquirente poseedor de buena fe ⁶³⁴ es el propietario y prevalece sobre el propietario anterior ⁶³⁵.

En este aspecto, existe una diferencia que merece indicarse, entre los títulos cambiarios, por una parte, y los títulos al portador y nominativos, por otra: en los primeros, de hecho (y la norma tal vez se puede extender a todos los títulos a la orden) la culpa grave se asimila expresamente a la mala fe en la adquisición, lo que no pasa con los demás, ni con las cosas muebles en general ⁶³⁶.

Por otra parte, la comparación entre la regla establecida sobre las cosas muebles en general y la que se consagra para los títulos de crédito, demuestra que la coincidencia de la posesión de buena fe con la propiedad se volvió más rigurosa, pues en los títulos de crédito no se exceptúan las hipótesis de robo y extravío, al contrario de lo que acontece con las cosas muebles.

173.—Esa extensión de la protección que se reconoce al poseedor de buena fe, con frecuencia no se encuentra en el derecho comparado ⁶³⁷, y hasta —lo que puede parecer singular— en muchos derechos no se encuentra para los títulos al portador, a pesar de que se puede juzgar oportuna.

⁶³⁴ Para la apreciación de la buena fe es preciso tener en cuenta el momento de la adquisición del título, de conformidad con el principio *mala fides superveniens non nocet*.

⁶³⁵ Es obvio que eso no excluye que el propietario despojado pueda demandar por daños al que injustamente lo hubiere despojado del título.

⁶³⁶ Nótese que generalmente los títulos de crédito al portador se emiten en masa (véase más adelante n. 293), sujetos a una rápida circulación, y constituyen objeto de operaciones en las bolsas. Esto puede explicar la diferencia que se indica en el texto sobre los títulos al portador.

Sin embargo, la asimilación de la mala fe a la culpa grave (o sea a la falta de la diligencia propia de cualquier persona y no sólo del buen *pater familias*) me parece justificada para todos los títulos de crédito.

⁶³⁷ Se encuentra en los §§935 y 1066 del código alemán y en el 935 del Suizo. En el derecho francés no existe para los títulos al portador, aunque para éstos se haya aceptado el principio “*en fait des meubles*”; para los títulos cambiarios se encuentra en vigor el art. 16 de la Convención de Ginebra.

A su vez, en el derecho anglo-norte-americano, un endoso falso impide la adquisición del derecho a cualquier poseedor sucesivo (sec. 23 N. I. L.); por tanto, el poseedor no prevalece en la controversia con el propietario despojado. (Cf. a *Daniel*, §750). Tal vez ésta es la diferencia práctica de mayor importancia entre el derecho anglo-norte-americano y el de la convención de Ginebra; véase a *Radin*, *Anglo-american legal history*, St. Paul, Minn., 1936 p. 501.

La protección al poseedor que adquirió de buena fe un título de crédito *a non domino*, aunque se haya extraviado o robado, tiene como fundamento una importantísima exigencia práctica. La facultad de disposición del que lo transmite se basa en el negocio en virtud del cual adquirió el título; a su vez la facultad de disposición

También en el sistema de la convención internacional, el reconocimiento de la protección de la buena fe, en las hipótesis de títulos cambiarios extra-
viados o robados, se encuentra expresamente consagrado en el art. 16, lo que
confirma que "a fortiori" debe admitirse el mismo principio como en el sistema
italiano para los títulos al portador ⁶³⁸.

174.—Independientemente de la distinta extensión que en las diversas
legislaciones, tiene la protección del poseedor que de buena fe adquirió el
título, podemos afirmar que el titular del derecho cartular es el propietario
del título, ya porque también sea tal el poseedor de buena fe (como en el
sistema italiano, y en general en los títulos cambiarios), ya porque la tutela
a la buena fe no comprenda la hipótesis de los títulos extraviados o robados
(como en el sistema francés), salvo los títulos cambiarios, así como que
en manera alguna se reconozca la propiedad del que adquirió de buena fe
a *non domino* ⁶³⁹.

El propietario del título es simultáneamente titular del derecho ⁶⁴⁰; frente
al antiguo propietario prevalece el que actualmente (es lo que también afirma
el art. 20) posee el título en virtud de una adquisición de buena fe y sin culpa
grave conforme a su ley de circulación. Cuando el poseedor del título no
es propietario, porque ⁶⁴¹ no lo adquirió de buena fe ⁶⁴², prevalece el pro-
pietario, aunque éste no sea el poseedor.

de quien lo transmitió al que lo transfiere, se basa en su negocio de adquisición, y
así sucesivamente. Por tanto —a falta de la regla del texto— el adquirente correría
el riesgo de la nulidad de cualesquiera de las transmisiones anteriores del título.

⁶³⁸ En el derecho brasileño se admite en relación con las cosas muebles y también
en relación con los títulos al portador, la reivindicación contra el poseedor de buena fe,
aunque queda subordinada al reembolso del precio en el caso de títulos adquiridos
en la bolsa (lo que lleva a *Carvalho de Mendonça, ob. cit.*, pág. 131., a excluir que se
trate de reivindicación). El principio en *fait des meubles possession vaut titre* no se
acepta tanto para las cosas muebles en general (art. 622 del cod. civ.), cuanto (en
este sentido véase especialmente a *Octavio Mendes, ob. cit.*) los títulos al portador,
independientemente de las hipótesis de robo y extravío. El sistema es por esto menos
favorable a la protección del tercero poseedor de un título al portador, que en los sis-
temas alemán e italiano, y hasta en el francés.

En relación con los títulos cambiarios, los arts. 36, párrafos 5º y 39 del D. 2044,
también aceptan implícitamente en el Brasil, no sólo el principio de que la posesión
de buena fe equivale al título, sino su aplicación a los títulos extraviados o robados,
protegiendo al poseedor de buena fe aun en estas hipótesis de acuerdo con lo que
se estableció en Italia y Alemania, y lo que ahora se confirmó por la convención inter-
nacional. Véase a Whitaker, pág. 28. El decreto brasileño (art. 39, §2) solamente
habla de "mala fe" del poseedor, en la adquisición; y no de "mala fe o culpa grave".

⁶³⁹ Como en el sistema brasileño para los títulos al portador.

⁶⁴⁰ Precisamente es lo que dice *Arcangeli*, en el estudio indicado.

⁶⁴¹ Habiendo adquirido a *non domino*. cf. n. 218.

⁶⁴² En el sentido anteriormente indicado en el n. 172.

Esta conclusión quedaba amparada para la letra, en la ley, en el artículo 287 ("el poseedor de una cambial endosada *demuestra ser su propietario*") y en el art. 256 ("El endoso transfiere la propiedad de la cambial") ⁶⁴³.

175.—Las críticas que ⁶⁴⁴ se hicieron a esta tesis tienen el defecto de confundir el problema de la legitimación con el de la titularidad del derecho.

En efecto, se argumenta que el que presenta un título de crédito, para que pueda exigir el cumplimiento de la prestación, no necesita probar la propiedad, sino simplemente la posesión del título, de acuerdo con la ley de su circulación ⁶⁴⁵.

Esta observación es, sin duda alguna, exacta, mas no es exacto deducir de ella que el titular del derecho sea el simple poseedor del título.

El poseedor del título, en virtud de la legitimación derivada de la posesión ⁶⁴⁶, vale como propietario, se legitima como propietario del título, y por eso puede exigir el cumplimiento de la prestación ⁶⁴⁷; pero titular del derecho es el propietario y no el poseedor.

Tan es verdad, que si se prueba que el poseedor no es el propietario del título, no podrá exigir el cumplimiento de la prestación y será vencido en la controversia con el propietario.

Esta es la regla que expresamente se encuentra consignada en el art. 20, y los mismos autores que entienden que el poseedor es el titular del derecho, acaban por admitir que él no puede exigir el cumplimiento de la prestación, cuando se demuestra que no es propietario; hasta reconocen que

O porque no se proteja su buena fe, como sucede en los derechos extranjeros, arriba indicados.

⁶⁴³ La redacción de estos dos artículos no encuentra exacta concordancia en la nueva ley cambiaria. El art. 19 (en igual sentido del art. 728 del Código Suizo de las obligaciones) determina, de acuerdo con la convención internacional, que el endoso transmite "los derechos *inherentes a la cambial*". (Véase en igual sentido el art. 10 de la ley rusa de 1922). En el derecho brasileño el art. 8 del D. 2044 prescribe: "el endoso transmite la propiedad de la letra de cambio"; el art. 1505 del cod. civ. habla del detentador del título, autorizado a disponer de él; el art. 25 del D. n. 2627 de 26 de septiembre de 1940 preceptúa: "La propiedad de las acciones nominativas se presume por la inscripción del nombre del accionista en el libro de Registro de las acciones nominativas"; el art. 26 del mismo decreto determina: "Salvo prueba en contrario el detentador se presume dueño de las acciones al portador".

⁶⁴⁴ Principalmente por *Bonelli*. Cf. también *Messineo*, 1ª edic. ps. 166 y sigs.

⁶⁴⁵ Este principio se concilia con la norma contenida en el art. 46 de la ley cambiaria, que determina que el deudor no está obligado a verificar la autenticidad, sino solamente la regularidad de los endosos.

⁶⁴⁶ Que como vimos constituye una de las características de los títulos de crédito.

⁶⁴⁷ De la misma manera *Messineo*, 1ª edición, pág. 170. Véase expresamente el art. 46 de la ley cambiaria.

el deudor no debe satisfacer la prestación ⁶⁴⁸ al poseedor que no es titular del derecho, cuando al pagar obre fraudulentamente o incurra en culpa grave ⁶⁴⁹; lo mismo cuando el pago sea liberatorio, queda en pie el derecho del titular contra el que recibe por virtud de la legitimación, pero que sin embargo no es titular ⁶⁵⁰.

Esas consecuencias prueban que el titular del derecho es el propietario del título y que el poseedor solamente puede exigir la prestación en cuanto, por virtud de la institución de la legitimación, valga como propietario.

El vicio de la doctrina que aquí se combate, puesto de relieve por sus consecuencias que queda obligado a aceptar, consiste en confundir dos problemas distintos: el de la titularidad del derecho y el de la legitimación resultante de la simple posesión.

Por motivos prácticos, y siguiendo el procedimiento de la simplificación analítica del presupuesto de hecho de la especie jurídica, del que tantas aplicaciones encontramos en los títulos de crédito, el sistema jurídico admite que la prestación se pueda cumplir cuando simplemente se satisfagan las condiciones de la legitimación; sin embargo, eso no impide que los requisitos de la titularidad del derecho difieran de los requisitos de la simple legitimación, tanto, que siempre que se verifique que el legitimado no es titular del derecho, desaparece el efecto de la legitimación y la prestación no se puede cumplir a su favor ⁶⁵¹.

176.—La coincidencia entre el propietario del título y el titular del derecho, fue demostrada ampliamente en la doctrina, por obra de Arcangeli, y constituye tal vez un resultado adquirido definitivamente.

⁶⁴⁸ Veremos que la posición del girado se equipara a la del deudor: cf. n. 252.

⁶⁴⁹ Si el titular del derecho no fuese el propietario del título, no se comprendería cómo pudieran realizar además actos jurídicos (constitución de usufructo o de prenda) que justamente presuponen la propiedad del título. Probablemente la diferencia entre las distintas teorías reside más en las expresiones que en un concepto substancial.

⁶⁵⁰ Cf. n. 257.

⁶⁵¹ El art. 1505 del cod. civil brasileño establece claramente la distinción entre legitimación (que es suficiente para que el deudor pueda cumplir válidamente la prestación) y titularidad. Al referirse a esta última el artículo 1505 habla de "detentador del título autorizado a disponer de él". La distinción entre titularidad y legitimación claramente también se indica en los arts. 25 y 26 del decreto 2627, de 26 de septiembre de 1940, sobre las acciones nominativas y sobre las al portador, estableciendo que la inscripción en el registro o la detentación de la acción hacen "presumir, salvo prueba en contrario", la propiedad (esto es, la titularidad) de las acciones nominativas y al portador. Véase el comentario de *Clovis Bevilacqua* al art. 1505. Se inclinan por la teoría de la propiedad *Trajano de Miranda Valverde, Sociedades por ações*, Río de Janeiro, 1937, pág. 409; *Octavio Mendes, Títulos de crédito*, São Paulo, 1931; *Whitaker*, pág. 25.

El examen de esta coincidencia se realizó respecto de todas las formas posibles de adquisición y demostró que el titular del derecho no sólo es el que de modo derivado se volvió propietario del título, sino también el que se volvió propietario del título originariamente (por ejemplo, por ocupación) ⁶⁵².

La hipótesis de adquisición originaria de un título de crédito, no es importante; es posible y puede ser objeto de meditación ⁶⁵³. En esta hipótesis, sólo el propietario del título podrá ser titular del derecho.

En los títulos a la orden y nominativos, el titular, en la hipótesis que se indica, sólo podrá ⁶⁵⁴ legitimarse con la posesión del título, derivada de una serie de endosos o de las inscripciones en los registros del emisor. Los mismos efectos podrá obtener en la vía judicial, pues, como hemos visto, la legitimación constituye en realidad un medio para facilitar al titular que exija el cumplimiento de la prestación, mas no le impide la posibilidad de alcanzar el mismo resultado por la vía judicial.

En efecto, con toda autorización se ha sustentado (*Valeri*) que en la hipótesis de adquisición originaria de la propiedad de un título, el titular puede recurrir a una acción declarativa contra el último poseedor del título.

177.—Las conclusiones a que se llegó en páginas anteriores se confirmaron recientemente por la doctrina autorizada ⁶⁵⁵, mas también fueron objeto

⁶⁵² La hipótesis de especificación se tratará más adelante, n. 177.

⁶⁵³ Peculiar importancia práctica puede tener la usucapión (pero en este momento no interesa examinar si constituye o no un medio de adquisición a título originario), especialmente en los derechos que no aceptan, o que no aceptan con la amplitud de límites que el derecho italiano, el principio de la protección de la posesión de buena fe y que por otra parte establecen, para la usucapión de los bienes muebles, plazos relativamente cortos. Véase de hecho en el derecho brasileño, a *Trajano de Miranda Valverde, Sociedades por ações*, Río de Janeiro, 1942, vol. I, pág. 539.

Sobre los modos de adquisición a título originario, véase, en el derecho brasileño, a *Pontes de Miranda, Titulos ao portador*, pág. 237; y sobre que haya o no una adquisición a título originario en la adquisición a *non domino*, cf. a *Valeri*, vol. I, p. 215.

⁶⁵⁴ Salvo en la hipótesis de usucapión, aunque hubiere adquirido la posesión del título a *non domino* conforme a la ley de su circulación. Aunque el adquirente no sea de buena fe o ésta no se encuentre protegida por el derecho (como pasa en el derecho brasileño), la adquisición podrá realizarse por usucapión. La circunstancia de que la posesión se haya obtenido conforme a la ley de circulación del título se deberá tomar en consideración para aplicar a la usucapión los plazos fijados para usucapir con justo título y de buena fe; pero es obvio que sólo cuando haya buena fe.

En la hipótesis contraria, de obtención de la posesión, sin las formalidades de la ley de circulación del título, los plazos de la usucapión relativa a éste, entonces serán necesariamente los establecidos para usucapir sin justo título.

⁶⁵⁵ Véase, después de la primera edición de estos estudios, a *Valeri, Diritto cambiario*, vol. I, pág. 192 y sigs.; *Ferrara, Girata*, págs. 138 y sigs.; *La Lumia, Rivista*

de críticas vigorosas, a las que conviene hacer referencia, e indicaremos, además, otra teoría que, aunque su origen no es reciente, se ha vuelto a sustentar.

Las críticas ⁶⁵⁶ se colocan en un terreno puramente lógico. Observan que el *accipiens* ningún interés tiene en obtener la propiedad del título, ni el *tradens* en despojarse de la misma; para poner de relieve esta observación recurren a la hipótesis de la creación de la declaración cartular en un papel de valor especial (por ejemplo, el que contenga un diseño de un pintor célebre), tratando así de apoyar la tesis de que el titular del derecho cartular no se vuelve propietario del título (sino que, por el contrario, continuaría como propiedad de su autor), sino que tiene el simple goce del mismo. Recuerdan el principio jurídico de que, en materia de títulos de crédito, se prevé la restitución del título al deudor que cumple la prestación.

Es fácil replicar que este último principio (art. 45 de la ley cambiaria) es ajeno al problema, y cuando más resultaría a favor de la tesis que sustento. El título no sólo debe entregarse al deudor que efectúa el pago, sino al que cumpla la prestación (sea éste el girado, aunque no sea aceptante; el obligado en vía de regreso; un interventor en el pago de la cambial), y además en el giro cambiario, el deudor principal (a quien, en la hipótesis de pago, se debe restituir el título) es el aceptante (en tanto que el autor del documento, por el contrario, es el girador). Esto demuestra que la norma que se examina en absoluto presupone la propiedad del título por su autor, sino que sólo trata de impedir que la permanencia del título en circulación o en manos de quien ya se pagó, pueda dar lugar a una segunda presentación. Por tanto, la norma concuerda plenamente con las premisas que antes se establecen, sobre la incorporación del derecho en el título, y hasta constituye una ulterior confirmación de ésta.

En relación con la crítica de carácter lógico, se puede observar que en substancia constituye una petición de principio, porque si la transmisión de la propiedad del título es el medio necesario para la transmisión del derecho cartular, los interesados, al querer la segunda, necesariamente quieren también la primera ⁶⁵⁷.

Ni el ejemplo del pintor célebre que firma la cambial sobre un diseño

di diritto commerciale, 1940, I, pág. 1. La teoría de la propiedad de este modo aceptada, se remonta a Savigny y fue formulada por Goldschmidt. En la doctrina italiana, véase a Rocco, *Principi di diritto commerciale*, pág. 287, Turín, 1928, y fundamentalmente el estudio citado de Arcangeli, *Rivista di diritto commerciale*, 1910. En el derecho brasileño véase a Trajano de Miranda Valverde, pág. 409; a Whitaker, pág. 25.

⁶⁵⁶ Por obra de Carnelutti, *ob. cit.*, y de Pellegrini, *ob. cit.*

⁶⁵⁷ Si, además, el lenguaje constituye un indicio de la conciencia común, ésta reconoce en el titular del derecho cartular, justamente al propietario del título, pues

y que por eso debería conservar la propiedad del pedazo de papel, puede ser suficiente para destruir la coincidencia del propietario del título con el titular del derecho, que se deriva del art. 20 de la ley cambiaria 57 mod. com.; 7 del R. D. L., de 7 de junio de 1923) ⁶⁵⁸.

Nótese que este artículo tiene una importancia fundamental en el sistema, y que en la práctica se recurre diariamente al mismo, porque en él se basa el que cotidianamente se determina como titular del derecho cartular ⁶⁵⁹.

178.—Diferente directriz siguen los que recurren no a la propiedad del

es precisamente en el lenguaje de los negocios donde se habla de propiedad de títulos, y de sus ventas y permutas.

⁶⁵⁸ Por esto concuerdo con *Valeri*, vol. I, pág. 203, al no admitir una cláusula de reserva de la propiedad del documento que además iría en contra de la norma que impone la restitución del título al deudor que efectúa el pago, el cual, como vimos, quizá tampoco sea el deudor del documento.

La experiencia me aproximó a diversos artistas pobres, subscriptores de cambiales, y nunca los ví hacerse de la propiedad de títulos en los que por un lado se hubieren hecho diseños, que además no se acostumbra trazar en títulos de crédito, y que años después, por la sola presencia del autógrafo del artista, adquirieran un valor muy superior al de la suma indicada en la cambial.

⁶⁵⁹ A mi modo de ver, normalmente surge la propiedad del título para su autor, a través de la transformación que él efectúa del pedazo de papel en título de crédito; este procedimiento es muy conocido y análogo al de la especificación (véase a *Valeri*, vol. I, pág. 205).

En el caso extremo de la transformación en título de crédito, de un pedazo de papel ajeno, que (por ejemplo, por un diseño que se le hubiera puesto anteriormente) tenga un valor superior al de la promesa cartular, se podrá admitir que el propietario del pedazo de papel quede como propietario del título, indemnizando al subscriptor. (Véase a *Valeri*, vol. I, pág. 206).

A mi modo de ver, es más delicado el problema de la cesión de la propiedad del título, esto es, la hipótesis de su destrucción. (Véase a *Bussi* en *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1934, II, 64). La destrucción del título hace realmente desaparecer la propiedad del mismo. El derecho cartular, no desaparece, si el expropietario puede suplir la falta del título a través del procedimiento de cancelación u obteniendo un duplicado (en el derecho brasileño, véase a *Pontes de Miranda, Titulos ao portador*, pág. 347), y en estos aspectos se descubre que se ha exagerado hasta lo inexacto la "imagen" de la "incorporación". En rigor, esta hipótesis contrastaría no sólo con la tesis de la propiedad, sino aun con la de la posesión, así como con la (que más adelante examinaremos) de la posesión de buena fe, pues destruido el título no se puede hablar ni de propiedad, ni de posesión del mismo.

Para vencer la objeción, me parece que basta con tener siempre presente, el alcance de la teoría de la propiedad. Esta realmente trata de resolver el problema del que sea (entre los distintos posibles sujetos) el titular del derecho cartular, esto es, de resolver el problema de la determinación del titular del derecho cartular.

La coincidencia entre el propietario del título y titular del derecho, es imposible que subsista en el caso de destrucción del título; entonces lo que importa es saber quién *era* el propietario del título (antes de su destrucción), y la teoría del texto es

título, sino a su posesión de buena fe, de acuerdo con la ley de su circulación, volviendo así a una teoría muy conocida en el derecho cambiario ⁶⁶⁰.

Prácticamente las dos teorías (la de la propiedad y la de la posesión de buena fe) casi acaban ⁶⁶¹ por coincidir en nuestro derecho, porque el poseedor de buena fe del título, de acuerdo con la ley de su circulación, no deja de ser el propietario ⁶⁶². Ahora bien, es justamente en este último aspecto en el que la ley parece considerarlo, lo que induce a preferir la teoría de la propiedad.

Además, ésta merece seguirse si también se quieren tomar en cuenta los principios del derecho comparado. Recuérdese que, contra lo que pasa en

exacta, también en esta hipótesis, al observar que el titular del derecho y el propietario del título (antes de su destrucción) coinciden.

A mi modo de ver, en la hipótesis de destrucción, entra el caso de la adquisición de la propiedad del título por una persona distinta del titular del derecho, a través de la especificación (por ejemplo, haciéndole un dibujo de especial valor). Es el caso puesto por *Jacobi* (por último las páginas 354/355 del vol. IV parte I del *Tratado de Ehrenberg*; en el derecho brasileño, véase a *Pontes de Miranda, Titulos ao portador*, págs. 205 y 291). Algunos quieren deducir de este hecho la consecuencia de que el titular del derecho sería una persona distinta del propietario del título, de donde la propiedad sería del especificante, independientemente de la titularidad del derecho.

Admitiéndose esta última observación, la hipótesis que se estudia no tiene diferencia alguna, a mi modo de ver, con la teoría de la propiedad.

De hecho se olvida que a través de la especificación, el título se vuelve una *res nova*; por eso el especificante, al adquirir la propiedad del pedazo de papel, no adquiere la propiedad del título, y por tanto, tampoco adquiere la titularidad del derecho, aunque sea responsable por el reembolso de su valor al titular; el título, en su calidad de título de crédito, quedará destruido. Por eso el titular del título podrá obrar contra el especificante por el reembolso, o recurrir a las normas sobre la destrucción antes indicadas (véase también a *Valeri*, vol. I, pág. 207, que difiere de *Arcangeli*, pág. 353. En igual sentido en el derecho brasileño, a *Pontes de Miranda, Titulos ao portador*, pág. 260, aunque no se adhiere a la teoría de la propiedad). En efecto, de la misma manera que con un procedimiento análogo a la especificación, el pedazo de papel se transforma en un título de crédito con la suscripción en él de la declaración cartular, pierde la calidad de título de crédito en el caso de una especificación posterior.

En principio, con la teoría de la propiedad sus adeptos pretenden referirse a la propiedad del título y quieren sostener que el titular del derecho cartular es, entre los distintos posibles aspirantes, el actual propietario del título de crédito (o el último propietario del título de crédito destruido después).

⁶⁶⁰ Realmente la tesis se remonta a *Grünhut*. Véase ahora a *Mossa y a Ferri, ob. cit.* En el derecho brasileño a *Pontes de Miranda*, pág. 200 y *Titulos ao portador*, pág. 208, criticado por *Octavio Mendes, cit.*

⁶⁶¹ Sin embargo con la segunda se excluye la posibilidad de adquisición originaria, a menos que se trate de títulos al portador.

⁶⁶² Sin embargo cf. la observación final de este número y más adelante, n.º 20.

nuestro sistema, el poseedor de buena fe del título, en muchos sistemas no goza de una completa protección, y entonces, en algunas hipótesis resulta vencido en la controversia con el propietario reivindicante.

Esto vuelve a demostrar que el titular del derecho no es el poseedor de buena fe, sino que lo es el propietario; el poseedor de buena fe es titular del derecho sólo dentro de los límites en que su posesión de buena fe equivalga a la propiedad.

Merece seguirse la teoría de la propiedad, en vista de una última consideración. Veremos que también en nuestro derecho (véase adelante, n. 220), la buena fe no sana todos los vicios de transmisión, y que por tanto existen hipótesis en las que el poseedor de buena fe no es titular del derecho ni propietario del título; la propiedad del título y la titularidad del derecho permanecen entonces con el propietario anterior. Esta consideración vuelve a confirmar la tesis de la coincidencia entre titularidad del derecho y propiedad (y no simplemente posesión de buena fe) del título.

179.—Conviene fijar el alcance del principio que se confirma, acerca del titular del derecho cartular. Recordemos que el título puede contener una pluralidad de obligaciones de parte de distintos sujetos. Identificando, pues, al titular del derecho con el propietario del título, al mismo tiempo se afirma que aquél es el titular de *todos* los derechos derivados del mismo título ⁶⁶³.

Por esto, la falta de titularidad se podrá oponer por *cualquiera* de los obligados. Por otra parte, habiéndose determinado en los capítulos anteriores los límites del derecho cartular, esto es, la distinción entre el derecho cartular y los derechos derivados de convenios extracartulares, también podemos afirmar que el propietario del título es titular de los derechos cartulares, y como tal, titular *solamente* de los derechos cartulares, mas no llega a ser titular de los derechos que en virtud de convenios extracartulares pudieran corresponder al titular anterior, pasando lo mismo con las obligaciones que puedan derivar de aquellos convenios ⁶⁶⁴.

⁶⁶³ Esta consecuencia a su vez constituye una confirmación de nuestras premisas.

Se hace innecesario recordar que cuando el titular del título a su vez es simultáneamente obligado (como puede suceder cuando el título llega a manos de un obligado de regreso), él solo puede ejercitar el derecho cartular contra el obligado directo y los obligados anteriores.

⁶⁶⁴ Cf. ahora a Valeri, vol. I, pág. 244. De este principio se acostumbra deducir la afirmación de que en la circulación del giro, el crédito de provisión (del girador hacia el girado) no circula junto con la cambial.

En forma análoga (cf. n. 73), el portador de la cambial tiene contra el *avalista* la acción cambiaria, mas no puede invocar ninguna acción causal a menos que se base en una relación *propia*, fundamental, con el avalista. (Tal hipótesis es rara

180.—Se discute ⁶⁶⁵ acerca de la posibilidad de que el titular del derecho cartular, como tal, goce de los derechos convencionales de garantía (por ej. hipoteca) del derecho cartular ⁶⁶⁶.

Mientras por un lado hay quien niegue que la circulación del título implique la circulación de las garantías respectivas ⁶⁶⁷, por otro lado hay quien la admite, exigiendo la anotación de la garantía en el título ⁶⁶⁸. La doctrina y la jurisprudencia dominantes no exigen esta anotación ⁶⁶⁹ y entienden que la garantía circula junto con el derecho, aun cuando falte una mención especial en el título ⁶⁷⁰, sólo que el derecho accesorio de garantía se adquiere en condiciones de autonomía idénticas a las del derecho cartular al que se adhiere ⁶⁷¹.

Aun se observa que el derecho accesorio, por ser distinto del cartular, naturalmente queda sujeto a sus reglas peculiares, de manera que, por ejemplo, los vicios de constitución de la hipoteca son oponibles a cualquier poseedor del título ⁶⁷².

prácticamente, pero no se debe olvidar. Por ejemplo piénsese en el caso de un contrato de venta en que haya un vendedor y dos compradores que entregan al deudor una cambial, *pro solvendo*, siendo uno de los dos compradores el emitente y el otro su avalista. El vendedor portador de la cambial, podrá obrar cambiariamente contra avalista y avalado, responsables solidariamente; podrá ejercitar la acción causal, contra uno y contra el otro). Por el contrario, el portador no puede invocar los derechos derivados de la relación fundamental eventual entre el avalista y el avalado. (Por ejemplo, el vendedor, portador de la cambial que le fue entregada por el comprador, no puede obrar contra el avalista de éste, invocando el hecho de que a su vez el avalista sea deudor del avalado por compraventa. Para que esta acción sea ejercitable es preciso que concurren los requisitos peculiares de la acción subrogatoria).

⁶⁶⁵ Cf. a *Ascarelli*, *Rivista di diritto commerciale*, 1933, I, 133.

⁶⁶⁶ Es evidente que la discusión no puede surgir sobre las garantías legales que le toquen eventualmente al derecho cartular (como sucede, por ejemplo, con las letras hipotecarias italianas o con las obligaciones de sociedades, de acuerdo con el derecho brasileño).

Por otra parte, el problema no se podrá proponer cuando al derecho de garantía tan sólo le corresponda el crédito derivado de la relación fundamental.

No hay duda de que de hecho el titular del derecho cartular en el primer caso puede, no así en el segundo, invocar la garantía.

⁶⁶⁷ Es la tesis tradicional alemana. En igual sentido, en el derecho brasileño, *Lacerda*, pág. 112; *Whitaker*, pág. 131; (teniendo en cuenta que en el derecho brasileño existe la necesidad del instrumento escrito y del consentimiento marital, para la transmisión de la hipoteca); *Saraiva*, pág. 187; en contra *M. Torres*, pág. 80 y pág. 140.

⁶⁶⁸ En este sentido, *Mossa*, n. 442/443 y *Lescot*, *Effets de commerce*, n. 70.

⁶⁶⁹ Véase la bibliografía en *Valeri*, vol. II, pág. 246.

⁶⁷⁰ Cass. del Reino, de 8 de marzo de 1932, *Foro It.*, 1932, I, 1092; 10 de julio de 1933, *Foro It.*, 1934, I, 318; 29 de diciembre de 1937, *Foro It.*, 1938, I, 250.

⁶⁷¹ *Valeri*, vol. II, pág. 246; *Messineo*, n. 172; *Vivante*, n. 958; *Bonelli*, n. 75.

⁶⁷² *Valeri*, vol. II, pág. 245. También véase a *Planiol Ripert-Becque*, *Suretés*

181.—A mi modo de ver, el derecho de garantía circula justamente con el derecho cartular, y el que resulte ser titular del derecho cartular puede gozar del derecho de garantía que le corresponde al derecho cartular. Esto es a consecuencia de las normas que reglamentan los derechos accesorios, que, justamente por ser accesorios, se atraen hacia la órbita del principal. Esta conexión tampoco puede resaltar de la cambial.

En la hipótesis de hipoteca, las normas que reglamentan la inscripción en los registros públicos del nombre del nuevo titular de la hipoteca, no constituyen un obstáculo, porque, como acertadamente se observó, se trata de una inscripción potestativa, cuya falta, en nuestro derecho ⁶⁷³, no puede perjudicar la validez de la transmisión ⁶⁷⁴.

Sin embargo, a mi modo de ver, eso no significa que en cuanto al derecho de garantía, el mismo titular de buena fe del derecho cartular pueda gozar de una posición autónoma. Por eso le son oponibles la falta eventual de derecho del titular anterior ⁶⁷⁵, así como los vicios de constitución de la hipoteca.

Para que eso no sucediese, sería necesario que también el derecho de garantía estuviese “incorporado” en el título, esto es, por una parte, que la propia constitución de la hipoteca se hiciera a favor de portador indeterminado, y, por otro, que la propiedad del título (que, de acuerdo con la doctrina dominante, no debe mencionar la garantía hipotecaria ⁶⁷⁶), por sí sola implicase la adquisición del derecho de garantía ⁶⁷⁷.

Pero esto sería un evidente contraste con las reglas de los derechos de garantía, y en particular de la hipoteca, pues la validez de la constitución de ésta presupone su inscripción ⁶⁷⁸ y su inscripción a un nombre determinado (arts. 1987 y 1998 del código civil), lo que excluye, salvo normas de leyes

Réeles, vol. I, n. 727.

⁶⁷³ Sobre las consecuencias de la falta de registro de la transmisión, véase más adelante, n. 181.

⁶⁷⁴ *Valeri*, vol. I, pág. 247; Cas. del Reino, de 28 de julio de 1932, *Foro It.*, 1933, I, 375. Pero naturalmente, siempre es necesaria la inscripción originaria de la hipoteca.

⁶⁷⁵ En sentido contrario, *Valeri*, vol. II, pág. 245, y la doctrina dominante. El problema aún no ha sido resuelto por la jurisprudencia.

⁶⁷⁶ Si se quisieran aceptar las consecuencias de la doctrina dominante, parece que se debería exigir por lo menos la anotación en la cambial del vínculo hipotecario, como justamente quiere *Mossa*, *ob. cit.*

⁶⁷⁷ Como veremos, de hecho esta es la explicación que también aceptan los autores, de los cuales diferimos, sobre la inoponibilidad al portador de buena fe del título, de la falta de titularidad de su antecesor.

⁶⁷⁸ Este no es un requisito del cual se pueda prescindir.

especiales derogando tales reglas ⁶⁷⁹, la posibilidad de su incorporación en un título de crédito ⁶⁸⁰.

Además esto aclara, como es natural, que el problema que examinamos no concierne en forma peculiar a los títulos abstractos, sino a los títulos de crédito en general, pues en cuanto que la hipoteca convencional puede garantizar perfectamente un derecho, sea abstracto, sea causal, no puede efectuarse su circulación de acuerdo con las normas de los títulos de crédito, sean abstractos o causales (esto es, con la invulnerabilidad del adquirente a las excepciones de falta de titularidad del antecesor), así como a su vez, tampoco se podrían aplicar las reglas de los títulos de crédito a las excepciones derivadas de los vicios de su constitución.

182.—Además, la aceptación misma de la doctrina que hemos combatido, no sería bastante para la obtención de un resultado práctico que tranquilice.

En efecto, deja expuesto al portador del título garantizado, al peligro de ver que quien está inscrito en los registros hipotecarios, le ceda la hipoteca, independientemente de la transmisión del título de crédito. Si entonces el adquirente inscribe la cesión que así efectúa, el portador de la cambial hipotecaria, que no le haya precedido en la inscripción, perderá la garantía ⁶⁸¹.

Este ejemplo muestra que la incorporación que se pretende de la hipoteca en un título de crédito (salvo las hipótesis reglamentadas por las leyes especiales ya indicadas) es una ilusión y que el problema sólo se puede resolver a través de peculiares disposiciones de la ley, que admitan la posibilidad de inscribir la hipoteca a nombre de determinado titular del título ⁶⁸².

⁶⁷⁹ Estas reglas especiales, por ejemplo se encuentran en el art. 28 del R. D. L., n. 1816, de 5 de julio de 1928, sobre la hipoteca naval, y en el art. 6 del R. D. L., n. 436 de 15 de marzo de 1927, sobre la hipoteca automovilística, y frecuentemente en el derecho comparado.

⁶⁸⁰ A mi modo de ver, el portador sucesivo de la cambial no se vuelve titular autónomo del derecho hipotecario, pero le sucede en virtud de una cesión, realizada por la transmisión del título.

Esta cesión se caracteriza precisamente por el hecho de utilizarse por medio de la transmisión del título.

⁶⁸¹ Esta es la doctrina dominante en Italia (*Coviello, Ipoteche*, pág. 279; *Pacchioni, Corso di diritto civile*, vol. I, pág. 271), a pesar de que algún autor pretende que en la hipoteca creada en garantía de un crédito cartular, son nulos los actos de disposición de la hipoteca, que se realizan independientemente de la simultánea circulación del crédito.

⁶⁸² Es lo que pasa en las legislaciones germánicas. También véase, en cuanto a la ley belga de 15 de abril de 1889, a *Lyon Caen y Renault, Traité*, n. 734, y sobre noticias de derecho comparado, a *Bonelli*, n. 75. Nótese que semejante reforma presupone una reforma análoga para las mismas hipótesis en el sistema de ejecución in-

No creo necesario agregar que las discusiones propias que ahora se indican, demuestren la utilidad práctica de semejante reforma ⁶⁸³.

183.—De hecho es un resultado análogo al de una reforma legislativa, el que se realiza prácticamente con las obligaciones hipotecarias de sociedades mercantiles, y con los títulos similares, a consecuencia de las reglas especiales que reglamentan la emisión de estos títulos cuando se emiten de acuerdo con leyes especiales ⁶⁸⁴, que en virtud de la práctica seguida por los empleados de los registros de hipotecas, inscriben la hipoteca de manera que garantice, impersonalmente, la serie de obligaciones ⁶⁸⁵. Y es que, en realidad, con mucha frecuencia se trata de títulos al portador, en los que no existiría otra manera de proteger al portador contra posibles fraudes a su derecho hipo-

mobiliaria, pues actualmente ésta se basa en el principio de la posibilidad de conocer a través del registro el nombre y dirección de los distintos acreedores hipotecarios.

⁶⁸³ En la hipótesis de la cambial la coexistencia de la garantía hipotecaria, en general no es indicio de una situación anormal. De hecho, al mismo tiempo que la cambial se relaciona con el crédito a corto plazo, la hipoteca constituye la garantía típica del crédito a largo plazo. En la práctica, la cambial hipotecaria se vincula con la llamada cambial financiera, o sea, la que corresponde a una operación de financiación. Cf. *Ascarelli, Rivista di diritto commerciale*, 1933, I, 133.

⁶⁸⁴ Como las obligaciones I. R. I.; I. M. I.; Consorcio de crédito naval y otros semejantes.

⁶⁸⁵ Prácticamente este es el resultado que también se alcanza en el caso en que la hipoteca esté instrita a nombre de un representante o fiduciario común de los obligacionistas, de conformidad con lo que pasa en la práctica anglosajona. A falta de una organización de los obligacionistas, en este caso surgen graves dificultades sobre la substitución del fiduciario común, así como en la hipótesis de muerte del fiduciario (tratándose de una persona física) o de su liquidación (si se trata de una persona jurídica).

Las legislaciones modernas con frecuencia regulan una organización colectiva de los obligacionistas, ya para proporcionarles una mayor tutela frente a la sociedad, ya para facultar a ésta el trato colectivo con los obligacionistas, en vez de tratar con cada obligacionista individualmente. Cf. al respecto el reciente Decreto francés del 30 de octubre de 1935. La disciplina de una organización colectiva de los obligacionistas en general comprende también la solución del problema que se examina en el texto. A veces en la práctica, a falta de una reglamentación legislativa, los obligacionistas se organizan colectivamente por medio de las asociaciones de obligacionistas, justamente con el fin de proveerse de tutela frente a la sociedad y a su organización colectiva. En el derecho brasileño véase a *Trajano de Miranda Valverde, Sociedades por acoes*, Río, 1942, vol. I, p. 517 y los D. n. 22431 de 6 de febrero de 1933, y n. 781 de 12 de octubre de 1938.

tecario ⁶⁸⁶, por lo que no se puede más que recurrir a la práctica radical adoptada, de inscribir la hipoteca ⁶⁸⁷, sin indicar el nombre del acreedor.

Esta práctica, aunque de legitimidad dudosa, merece aceptarse ⁶⁸⁸.

184.—Hablamos de propiedad del título, admitiendo de este modo, en principio, que el título es una "cosa", y, por tanto, que puede ser objeto de derechos reales ⁶⁸⁹.

Así es como el título de crédito puede ser objeto de propiedad, y también puede serlo de otros derechos reales sobre cosas muebles: usufructo y prenda ⁶⁹⁰.

Con más exactitud, cuáles sean los derechos de quienes tienen sobre el título de crédito un derecho real distinto del de la propiedad, deriva, evidentemente, por una parte del derecho que les pertenezca (por ejemplo, usufructo o prenda), y, por otro, de la naturaleza de los distintos títulos de crédito ⁶⁹¹.

En efecto, es evidente que el usufructuario o el acreedor pignoraticio no pueden gozar de la titularidad del derecho cartular, que, como vimos, le pertenece al propietario ⁶⁹².

⁶⁸⁶ En los títulos a la orden, la lentitud de la circulación realmente puede permitir, a cada titular sucesivo del título, la inscripción en los registros, de la transmisión de la hipoteca.

⁶⁸⁷ En los títulos a la orden, por el contrario, la hipoteca siempre se puede inscribir a nombre del tomador.

⁶⁸⁸ Nótese que los títulos indicados en el texto se vinculan con el crédito a largo plazo; la garantía hipotecaria, es natural en éstos, al contrario de lo que decimos sobre la cambial. Sobre las obligaciones hipotecarias, la doctrina francesa es particularmente rica. Véase a *Desbois*, en la *Revue critique de legislation et de jurisprudence*, 1931, pág. 514.

⁶⁸⁹ Véase la amplia investigación de *Messineo*, vol. II, pág. 271. En relación con los títulos de la deuda pública, el art. 1967, n. 4 del Código Civil (también véase el art. 32 del T. U. R. D. n. 536, de 17 de julio de 1910) que los clasifica como posibles objetos de "hipoteca". Es evidente que se trata de lo que hoy con acierto se clasifica como hipoteca mobiliaria. Véase a *Ferrara*, *L'hipoteca mobiliare*, Roma, 1932, pág. 297. En el mismo sentido el art. 789 del cod. civ. brasileño establece que la caución de los títulos en las deudas de la Unión, de los Estados y de los Municipios se equipara a la prenda, y vale contra terceros, siempre que se transcriba, aunque esos títulos no se hayan entregado al acreedor.

⁶⁹⁰ El título puede igualmente ser objeto de secuestro, de embargo, y estos procedimientos siempre tienen por objeto el título, y de este modo en forma mediata el derecho. Cf. más adelante, n. 253. En el derecho brasileño cf. a *Pontes de Miranda*, *Titulos ao portador*, pág. 273.

⁶⁹¹ En el derecho brasileño, cf. sobre la prenda los arts. 789 y siguientes del Cod. Civ.

⁶⁹² El poseedor a título pignoraticio (p. ej. en virtud de un endoso de "valor en garantía", o en el caso de caución de títulos de la deuda pública), sólo puede

185.—En relación con los títulos que implican el derecho al pago de cierta cantidad de dinero o a la entrega de cierta cantidad de mercancías, los derechos del usufructuario y del acreedor pignoraticio corresponden a los que respectivamente son los derechos del usufructuario o del acreedor pignoraticio de un crédito ⁶⁹³.

Más complejo es el problema en relación con los títulos de participación, esto es, las acciones de sociedades mercantiles. Aunque en principio no surjan dificultades sobre la determinación de los derechos del usufructuario y del poseedor pignoraticio en relación con los derechos de contenido patrimonial ⁶⁹⁴, es objeto de discusión lo que sucede respecto de los derechos de administración, y particularmente al derecho de voto, dudándose si éste se puede separar de la "propiedad" de la acción ⁶⁹⁵.

A mi modo de ver, esta separación es posible siempre que se trate de la atribución del voto a la persona que tenga un derecho real sobre la acción. En este mismo sentido, la ley, en el art. 10 R. D. de 7 de junio de 1923, de

realizar el crédito cartular, cuando no pueda recibir el crédito en cuya garantía se le transmitió el título.

Es evidente la diferencia con la hipótesis de la transmisión del título *pro solvendo*, aunque en aquella hipótesis se hable a veces de transmisión en garantía (antes, n. 68). Sobre las diferencias entre el *endoso en garantía* y el endoso de un título que incorpora un derecho de garantía, cf. antes, n. 140 nota 533; sobre el endoso no calificado y como un convenio extra-cartular de garantía, cf. antes, n. 63.

⁶⁹³ En el mismo sentido *Valeri*, vol. I, pág. 228. El art. 23 de la ley cambiaria (19 de la convención) determina que el endosatario en garantía sólo puede endosar la cambial en procuración, lo que precisamente coincide con los límites del derecho de un acreedor pignoraticio.

En este aspecto se pueden asimilar a los títulos que amparan entrega de mercancía o dinero, los de reentrega de mercancía especificada, esto es, los títulos de transporte y depósito. Cf. en el derecho brasileño el art. 4 del D. 19473, de 10 de diciembre de 1930.

⁶⁹⁴ En la hipótesis de usufructo, es dudoso el caso del derecho de preferencia en la emisión de nuevas acciones. En el derecho brasileño cf. el art. 111, § 4 del D. 2627, de 26 de septiembre de 1940.

En la hipótesis de prenda, el derecho de preferencia le pertenece al propietario de la acción, mas no al acreedor pignoraticio. Cf. a *Staub, Kommentar zum H. G. B.* observación 11 al parágrafo 282.

Sobre la hipótesis de distribución de acciones gratuitas véase el art. 113, § único, D. 2627.

Es evidente que en caso de reembolso de capital, la suma reembolsada se vuelva objeto de usufructo o de prenda.

Sobre la prenda de títulos aún no suscritos, cf. en el derecho brasileño los artículos 798 y 799 del cod. civ.

⁶⁹⁵ Pienso que este problema nada dice sobre la posibilidad "lógica" de esta separación, sino que concierne a su licitud.

hecho prevé que las partes pueden disponer del derecho de voto (a favor del propietario o del usufructuario), de tal manera que queda el derecho de voto en suspenso ⁶⁹⁶.

Por tanto: a).—en el caso de prenda, considera lícitos los convenios relativos a la atribución del voto al propietario o al acreedor pignoraticio ⁶⁹⁷ y a falta de convenio especial, me parece que el voto le debe pertenecer al acreedor pignoraticio (poseedor del título), siempre que la deliberación tenga por objeto la administración ordinaria de la sociedad, y al propietario en las demás ⁶⁹⁸; b).—en el de usufructo, también considero lícitos los convenios relativos a la atribución del voto al propietario o al usufructuario ⁶⁹⁹. Cuando falten convenios al respecto, juzgo que se debería atribuir el voto al usufructuario, en las deliberaciones relativas a la administración ordinaria, y al propietario en las demás; me parece que esta solución es preferible a la suspensión del voto, que se consagra en el decreto antes mencionado; c).—en el secuestro, soy de opinión de que el voto en las deliberaciones que tengan por objeto la administración ordinaria le deba pertenecer al depositario; y en las de carácter extraordinario, al propietario, o que permanezca en suspenso (cuando el secuestro se haya verificado en virtud de conflicto sobre la propiedad del título) ⁷⁰⁰.

⁶⁹⁶ Es distinta la hipótesis que se examina en el texto:

a).—De la posibilidad de que el accionista ceda a un tercero (que no goce de derechos reales sobre la acción) o a otro accionista, su derecho de voto. Creo que con justicia generalmente se niega esta posibilidad. Cf. en el derecho brasileño el art. 171, D. n. 2627 (que castiga al accionista la cesión del derecho de voto, cuando trata de obtener ventajas personales); a *Traiano de Miranda Valverde, ob. cit.*, vol. I, pág. 396.

b).—De la licitud de los convenios (sindicatos de accionistas; voting trust) entre accionistas, para que todos voten en el mismo sentido, o en el sentido determinado por la mayoría del sindicato; o para que todos constituyan un mandatario único para votar en las asambleas, sujeto a seguir las determinaciones de aquella mayoría; o para constituir una comunión de sus acciones, de manera que todos puedan ser representados en la asamblea por el administrador de la comunidad electo por la mayoría. Cf. sobre este punto, en el derecho brasileño, a *Traiano de Miranda Valverde, ob. cit.*, pág. 397; *De Gregório, Società*, Turín, 1938, p. 423.

⁶⁹⁷ Cf. Cas. de 4 de agosto de 1936, *Foro It.*, 1937, I, p. 18 y allí mi nota; también véase a *Ferri, Rivista di diritto commerciale*, 1938, II, pág. 329. En el derecho brasileño véase el art. 83, D. n. 2627.

⁶⁹⁸ Tal es la tesis de *Ferri, ob. cit.*, cf. también a *De Gregório, op. cit.*, p. 419.

⁶⁹⁹ Con esto reconozco en principio el valor general (también sobre las acciones al portador) de la norma arriba indicada y estatuida para los títulos nominativos. En el derecho brasileño, véase el art. 84 del D. n. 2627 de 26 de septiembre de 1940.

⁷⁰⁰ Sin embargo el problema es motivo de controversia. Cf. a *De Gregório, op. cit.*, p. 421.

Un caso especialmente delicada es el del voto con acciones vinculadas con la caución de los directores.

Generalmente se admite que (al contrario de lo que en Francia determina el art. 26 de la ley de 1867) la caución de los directores también se puede constituir con acciones ajenas; el propietario de las acciones, en esta hipótesis, se vincula con la caución para garantizar la deuda eventual de los directores (deberá ser idéntica la conclusión en el derecho brasileño, pues el art. 116 del decreto 2627, de 26 de septiembre de 1940, declara que los directores pueden o no ser accionistas).

¿El propietario de estas acciones, que se encuentran vinculadas a la caución de los directores, puede o no votar con esas acciones en las deliberaciones en que el director no pueda votar en virtud del vínculo de tales acciones?

Consúltese Cass. 19 de abril de 1937, y en la doctrina mi comentario en el *Foro It.*, 1936, I, 1230; a *Dal Martello*, *Rivista di diritto privato*, 1937, II, 213, donde se puede ver el examen más reciente del problema y de las opiniones doctrinarias al respecto, y a *De Gregório*, p. 433.

LA AUTONOMIA DEL TITULAR DE UN TITULO DE CREDITO

Sumario:—186.—Circulación del título y autonomía del titular. 187.—Autonomía del derecho y autonomía del titular. 188.—Diferencia entre los dos problemas. 189.—Autonomía del titular del derecho cartular. 190.—Importancia. 191.—Explicaciones doctrinarias. 192.—Continuación. 193.—Teoría de la pendencia. 194.—Teoría de la delegación. 195.—Explicación de la autonomía del titular. 196.—Continuación. 197.—Determinabilidad del titular del derecho cartular. 198.—Alcance de la teoría aceptada. 199.—Circulación de la riqueza. 200.—Titulares autónomos y no autónomos. 201.—Posición del poseedor a título pignoraticio. 202.—Constitución. 203.—Usufructuario.

186.—En el propietario del título identificamos al titular del derecho cartular. El título pasa en su circulación por las manos de distintos propietarios, encontrando en este aspecto una característica ulterior de los títulos de crédito, que se acostumbra indicar calificando el derecho del titular como autónomo, esto es, independiente de la titularidad de su antecesor ⁷⁰¹.

Frecuentemente de hecho se habla de "autonomía" en materia de títulos de crédito, con dos significados distintos:

a).—En uno de sus significados, al hablar de autonomía se quiere indicar que no se pueden oponer, al titular subsecuente del derecho cartular, las excepciones oponibles al anterior portador, derivadas de convenios extra-car-

⁷⁰¹ Una diferencia entre nuestro derecho y el derecho anglo-norte-americano, es la que se refiere al distinto concepto del tercero portador, que merece la protección. El *holder in due course* es el que adquirió el título de buena fe antes del vencimiento y *for value* (véase sec. 52 N.I.L.). Por tanto, la protección al tercero portador se relaciona con la razón de su adquisición. Este punto de vista me parece justo, pues encuentra su fundamento en el principio de que *qui certat de damno vitando* debe prevalecer sobre el que *certat de lucro captando*.

En nuestro derecho el hecho de que la adquisición haya sido a título oneroso o a título gratuito, se puede tener en cuenta para la apreciación de la buena fe del adquirente, tanto en lo que respecta a la adquisición del título, cuanto en lo que respecta a la oponibilidad de la *exceptio doli*. Esta posibilidad en la mayoría de los casos, disminuye la diferencia práctica entre los dos sistemas, que teóricamente es notable. Cf. también arriba, n. 172.

tulares, incluso las causales en los títulos abstractos. Es el problema que tratamos en los capítulos anteriores, cuando examinamos la explicación de esta norma y de su alcance, tratando de la declaración de voluntad contenida en el título, de su distinción con la declaración del negocio fundamental y de su abstracción eventual;

b).—En el otro de sus significados, al hablar de autonomía se quiere indicar que al tercero poseedor del título no se le puede oponer la falta de titularidad del ⁷⁰² que se lo transmitió, situación que ahora vamos a profundizar y a justificar ⁷⁰³. A mi modo de ver, en esta acepción es en la que se debe entender la autonomía del derecho del titular de un título de crédito.

Es fácil observar que admitiendo la autonomía solamente en este último sentido, no podría restringir las excepciones relativas al derecho consignado en el título, pues su titular tiene ese derecho autónomamente (esto es, con independencia de la titularidad de su transmisor), ya que de no ser así *aquel* derecho, quedaría sujeto siempre a *aquellas* excepciones.

Precisamente por esto en los capítulos anteriores nos preocupamos en substancia por identificar al derecho cartular; por aclarar su distinción del derecho derivado de la relación fundamental y (en los títulos abstractos) su abstracción. En verdad, quisimos delimitar así este derecho frente a las otras relaciones que eventualmente intervengan entre las partes. Y de esta delimitación partimos para afirmar, como una consecuencia, la inoponibilidad al tercero, de las excepciones provenientes de la relación fundamental, justamente porque, como decimos ⁷⁰⁴, se vinculan a una relación *distinta*, y por tanto son extrañas al que no haya participado de esa relación. Si por el

⁷⁰² O que tal falta no se podría oponer más allá de los límites en que sería oponible a un adquirente de cosa mueble.

En efecto, vimos que en los diversos derechos, es distinta la tutela del adquirente de buena fe de una cosa mueble, y al respecto por vía de ejemplo, recordamos la reglamentación del derecho italiano, la del francés y la del brasileño, todas diferentes entre sí. Pero en todos los derechos, y respecto de todos los títulos de crédito, es constante la tutela del adquirente del título en su calidad de adquirente del derecho, y en todos los casos en que no sería protegido, si en vez de los títulos hubiese adquirido una cosa mueble.

Por eso hay un paralelo entre la circulación de los títulos de crédito y la circulación de las cosas muebles; la circulación de los derechos cartulares está fundamentalmente sujeta a los principios que rigen la circulación de las cosas muebles y no a aquellos que preceptúan sobre la circulación de los créditos.

⁷⁰³ Las dos reglas que arriba se indican, como veremos (cf. adelante n. 244) implican la inoponibilidad al tercero poseedor, de algunas excepciones que se ligan a la propia declaración cartular, siempre que desconozca los vicios relativos.

⁷⁰⁴ Cf. en la doctrina brasileña, con acierto, a *Whitaker*, pág. 35.

contrario nos atuviésemos al *propio* derecho cartular, su inoponibilidad no se podría explicar ⁷⁰⁵.

Igualmente, no es la naturaleza del derecho cartular la que podría justificar el motivo por el que el derecho cartular pertenece a su titular en forma autónoma, esto es, hasta independientemente de la titularidad de su transmitente, y este es el problema que nos toca aclarar en las siguientes páginas ⁷⁰⁶.

En la disciplina del problema de la naturaleza del derecho cartular, el derecho tiene en cuenta la relación entre el acreedor y el deudor.

En la disciplina del problema de la autonomía del titular del derecho cartular, el derecho toma en cuenta la relación del adquirente con el transmitente y con los anteriores poseedores del título.

En la primera hipótesis, el derecho trata de conciliar la protección del deudor con la del acreedor del título; en la segunda, la del propietario despojado con la del poseedor.

En la primera hipótesis, lo que se tiene en cuenta es el derecho consignado en el título; en la segunda, el hecho de que pertenezca a uno o a otro sujeto.

⁷⁰⁵ Es lo que pasa con el propietario de un inmueble, que debe respetar las cargas del inmueble, mas no los convenios concluidos por el propietario anterior; está obligado a respetar los derechos reales que gravan el inmueble, mas no los convenios obligacionales que, aunque tengan por objeto el inmueble, hayan sido concluidos por los propietarios anteriores. Así es como —perdónesenos la analogía— en materia de venta de inmuebles, continuamente se debe examinar si las restricciones en que convino el propietario anterior son reales (esto es, sobre el propio inmueble) u obligacionales (y por tanto personales del que las contrajo), a fin de decidir sobre la oponibilidad o inoponibilidad al nuevo propietario; del mismo modo en los títulos de crédito, debemos examinar precisamente cuáles son los límites del derecho cartular y cuáles los convenios extra-cartulares, a fin de decidir de su oponibilidad al tercero portador del título. Así es como en materia de inmuebles el problema que examinamos es independiente del hecho de que el propietario tenga o no un derecho autónomo (originario). Y de este modo es como en materia de inmuebles, el problema que examinamos ahora, es independiente del hecho de que el propietario se haya vuelto tal, de modo originario o derivado; también en materia de títulos de crédito él es independiente del hecho de que el titular tenga o no un derecho autónomo (originario). De este modo, en materia de inmueble lo que importa es la naturaleza real o personal de las restricciones, y en este segundo caso, la participación o no participación del propietario en el convenio que estableció la restricción personal; también en los títulos de crédito excluimos que el simple conocimiento haga oponibles las excepciones extra-cartulares y afirmamos que éstas sólo se pueden oponer al que haya sido sujeto del convenio respectivo, o cuando es aplicable la *exceptio doli generalis*.

⁷⁰⁶ Oportunamente pasaremos a explicar la inoponibilidad de algunas excepciones que se refieren al *propio* derecho cartular.

187.—La distinción que se indica entre los dos problemas, es expresa en la ley, que realmente los regula en artículos distintos (por ejemplo, respectivamente, el art. 21 y el 20 de la ley cambiaria; 17 y 16 de la Convención) y con reglas también distintas, a pesar de que por lo común se recurre al concepto de buena fe.

En capítulos anteriores, indicábamos el distinto alcance de la “mala fe” en estos diversos problemas y como consecuencia la profunda diferencia de disciplina práctica, según que el portador haya tenido mala fe en la adquisición del título (sin ser, por tanto, titular), si tuvo conocimiento del vicio del que deriva la excepción, y si en la adquisición del título obró a sabiendas en perjuicio del deudor ⁷⁰⁷.

La conexión entre los dos problemas se revela en las consideraciones que desarrollamos (v. n. 90) acerca de los sucesores de derecho común en el derecho cartular (sucesor *mortis causa*, cesionario, etc.); entonces indicamos que ellos no pueden ser invulnerables a las excepciones extracartulares, lo que perfectamente se concilia con el carácter derivado de la adquisición del derecho cartular en aquellas hipótesis.

La distinción entre las dos series de problemas se revela, a su vez, en forma evidente, en un aspecto cuádruple:

a).—a la falta de titularidad corresponde la posibilidad de reivindicación del título; esta posibilidad, entre tanto, no subsiste cuando el derecho cartular sólo se encuentra afectado por una excepción;

b).—en tanto que el mismo título contenga una pluralidad de obligaciones, la falta de titularidad se puede oponer por cualquier deudor ⁷⁰⁸, mientras que las excepciones derivadas de convenios extra-cartulares sólo se pueden oponer por un deudor determinado ⁷⁰⁹;

⁷⁰⁷ Véase ns. 25, 26, 32 y 78. Recientemente *Ravá T.*, *Il titolo di credito*, Milán, 1936, que presentó una teoría que es tal vez la más original de cuantas se hayan presentado, por la que niega la distinción constante del texto. Para *Ravá*, la creación del título consiste en la individualización de un bien, de manera que en el momento de su adquisición al mismo tiempo surgen el crédito y la deuda. Por eso choca con el obstáculo que el sistema jurídico llegó a admitir sobre el nacimiento de la propiedad de modo originario, mas no se podría imaginar el nacimiento de la deuda independientemente de un acto del deudor. Siendo así, volvemos en substancia al punto de partida, esto es, a la necesaria distinción entre el derecho (y su constitución) y la titularidad, entre lo que pertenece a los límites del derecho y lo que pertenece a la subsistencia del derecho del que se juzga titular. Contra la opinión de *Ravá*, véase por último a *La Lumia*, *Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, 3, y a *Carnelutti*, *Teoria cambiaria*, cf. más adelante, n. 242.

⁷⁰⁸ Así como las excepciones relativas a la propia existencia de un título de crédito. Véase antes, n. 18.

⁷⁰⁹ Así como las relativas a la existencia de una obligación cartular determinada. Véase arriba, n. 18.

c).—la excepción de falta de titularidad no prospera frente al poseedor que haya adquirido el título ignorando (y lo puede ignorar sin culpa grave) la falta de titularidad del tradens; la derivada de convenios extra-cartulares no prospera frente al que no sea sujeto de esos convenios, y que al adquirir el título no haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor ⁷¹⁰;

d).—La buena fe del poseedor intermedio sana la mala fe del sucesivo siempre que se trate de la titularidad del derecho, siendo indiferente frente a las excepciones extra-cartulares ⁷¹¹.

188.—Una vista ante el derecho comparado confirma la diferencia entre estas dos series de problemas.

En efecto, ya indicamos que en relación con la protección del tercero adquirente de un título de crédito a *non domino*, los distintos derechos presentan profundas diferencias.

En tanto que el derecho italiano admite la protección para el adquirente que es poseedor de buena fe, hasta en el caso de los títulos extraviados o robados, el derecho francés en dichos casos no admite la regla *possession de bonne foi vaut titre*, salvo para los títulos cambiarios; a su vez en el derecho brasileño, fuera del ámbito de los títulos cambiarios, esta regla no se admite en caso alguno, dada su no aceptación para las cosas muebles en general.

Naturalmente que se acentúa menos esta distinción en la cambial, porque la convención internacional aceptó para los títulos cambiarios un principio substancial que corresponde al que por regla general, se acepta en Italia para todos los títulos de crédito; este mismo principio se aceptó para la cambial, aun en sistemas (como el brasileño) que no introdujeron en su derecho interno la Convención de Ginebra.

De cualquier modo es evidente que el problema de la autonomía del titular del derecho cartular, que a su vez se vincula al de la protección del adquirente en el caso de adquisición a *non domino*, es distinto del de la autonomía (si se quiere usar la misma palabra) del derecho cartular, esto es, el de su distinción con los convenios extra-cartulares.

Sobre esta distinción, tal vez el elemento que más influya en la actualidad en el derecho comparado, en la construcción de la institución, es la existencia o inexistencia de la cesión de la provisión ⁷¹². En su aspecto his-

⁷¹⁰ Finalmente, las excepciones derivadas de los vicios de la propia constitución de la obligación cartular son oponibles al tercero, por el deudor obligado, siempre que tenga conocimiento.

⁷¹¹ Así como las relativas a la constitución del propio derecho cartular.

⁷¹² En mi opinión, la cesión de la provisión no obsta para la construcción que se acepta en el texto. Mas de cualquier modo es evidente que aunque la construc-

tórico, se debe remontar al sucesivo abandono de la conexión de la cambial con el contrato de cambio, de la relevancia de la cláusula de valor recibido, de la necesidad de la *distancia loci* y por el contrario de la introducción del requisito de la denominación de la cambial.

Sobre la autonomía del derecho del titular, por el contrario, se debe recurrir, históricamente, a las cláusulas a la orden y al portador, y a su reglamentación particular, a la introducción del endoso, y a la extensión a los títulos de crédito, de las reglas propias de las cosas muebles.

189.—Ahora podemos seguir en nuestra investigación relativa a la autonomía del derecho del titular del derecho cartular.

El propietario de un título de crédito es titular del derecho respectivo ⁷¹³ cuando adquiriera *a non domino* y no se le puede oponer la excepción que se funda en este hecho ⁷¹⁴. Esta regla se expresa claramente en el artículo 20 de la ley cambiaria en cuanto a la cambial; en el art. 7 del R.D. de 1923 para los títulos nominativos, y en el art. 57 del cod. com., para los al portador.

Aquí hay una profunda diferencia con las reglas generales sobre la circulación de derechos, que no sean derechos reales sobre cosas muebles.

De hecho en la circulación de los derechos reales sobre cosas muebles, la posesión de buena fe de una cosa mueble que no se haya extraviado o robado, equivale al título, siendo válida, en consecuencia, la adquisición que se haga *a non domino* a la vez que en la circulación de los otros derechos falta una regla semejante, y es posible oponer al titular sucesivo, aunque sea de buena fe, el hecho de que haya adquirido *a non domino*.

Las normas propias de la usucapición sirven para sanar la irregularidad de la circulación en los derechos reales sobre las cosas, mas no así en los derechos de crédito que no son susceptibles de adquisición por usucapición.

También valen en nuestro derecho, para la adquisición de los títulos de crédito, las normas sobre la adquisición de derechos reales sobre muebles (art. 57 del cod. com., y art. 20 de la ley cambiaria), y también es un principio válido el que en esta hipótesis excluye la excepción relativa a las cosas extraviadas o robadas (cf. n. 172).

Mas en el título de crédito, la adquisición del título constantemente es acompañada por la adquisición del derecho, y por esto es que el problema no puede encontrar directamente su solución en las normas que sólo regulan

ción del texto se pueda conciliar con la cesión de la provisión, no es difícil llegar a esa construcción, partiendo de la cesión de la provisión.

⁷¹³ La coincidencia de la propiedad del título y de la titularidad del derecho se examinó en el capítulo anterior.

⁷¹⁴ Precisamente es la explicación de esa regla el objeto de este capítulo.

la adquisición del título. En efecto, admitiendo la protección del poseedor de buena fe en la adquisición del título, siempre queda por explicar por qué se le protege no sólo en su calidad de poseedor del título, sino también como titular del derecho cartular, y por qué los límites de la protección en el primero y en el segundo caso, coinciden precisa y necesariamente ⁷¹⁵.

En la historia de la doctrina cambiaria, la autonomía de los titulares sucesivos del derecho cartular surgió con la introducción del endoso a fines del Siglo XVI, que por eso señala un momento de fundamental importancia en la historia de los títulos de crédito, y sólo se confirmó claramente en la ordenanza germánica de cambio, de 1848.

Antes de esa época, al titular sucesivo del derecho apenas se le consideraba como un representante o un cesionario del anterior, y no gozaba de ningún derecho autónomo; como ya indicamos, el principio que examinamos, aun después de la introducción del endoso, no fue completamente aceptado, hasta su expresa consagración en la ordenanza germánica de cambio de 1848 ⁷¹⁶.

190.—Sin embargo, el principio en cuestión es básico para la circulación del derecho cartular y constituye un paso de fundamental importancia.

Con este principio el sistema jurídico permite en substancia la posibilidad de considerar a los derechos en su circulación, desde un punto de vista objetivo y despersonalizado, y precisamente por eso los sujeta a las normas de las cosas muebles.

Tanto que por un lado, a través del principio de la liberalidad y de la abstracción, el derecho objeto de circulación se limita y define, y por otro, a través del principio de la autonomía del titular se realiza la transmisión de una consideración *ex parte subjecti* a una consideración *ex parte objecti*.

Realmente este paso es decisivo, y recurrimos a tal principio en páginas anteriores para combatir algunas teorías que han sido propuestas sobre la naturaleza del derecho cartular, mismas que encontraron su propia condena, al no obtener el principio de la autonomía del titular.

⁷¹⁵ Por esto el problema es idéntico en los distintos derechos, independientemente de la circunstancia de que concuerde con una mayor o menor protección al poseedor de buena fe.

Tanto cuando el poseedor de buena fe sea propietario del título (en el derecho italiano), como cuando esa coincidencia no sea constante (en el derecho francés, y en mayor escala en el brasileño), siempre se debe investigar de qué manera el propietario del título es *también* titular del derecho cartular, y de qué manera su derecho es independiente de la existencia del derecho de su antecesor, con los mismos límites en que su propiedad del título es independiente de la propiedad de su antecesor.

⁷¹⁶ En efecto, sólo en la ordenanza germánica de 1848, es donde se afirma el principio del derecho del tercero portador de buena fe de una cambial, a pesar de la falsedad de los endosos; cf. antes, n. 172.

La explicación del fenómeno quizá es evidente frente a todas las consideraciones que hasta aquí se han hecho. Empero no es inútil volver a recordar algunas de las tentativas que se hicieron para encontrarla.

Generalmente, las teorías que iremos recordando se hicieron para la cambial, cuya importancia práctica predominante determinó que se elaboraran las teorías generales sobre los títulos de crédito con principal referencia al derecho cambiario.

Contra esa particularidad en su formulación, se trata de teorías que persiguen la resolución de un problema general de todos los títulos de crédito y que, por tanto, se deben considerar en este aspecto general.

191.—La primera serie de teorías reconoce en los titulares sucesivos del derecho cartular a los titulares de otros tantos créditos distintos y sucesivos.

Los autores que siguen a estas teorías, están de acuerdo en la idea de una pluralidad de créditos sucesivos, existiendo divergencias en lo que se refiere a la suerte del crédito anterior, al nacimiento del posterior.

Mas, cualquiera que sea la explicación a este último punto, estas tesis van contra la realidad, pues la obligación asumida por el deudor es por cierto única en relación con todos los acreedores sucesivos. El deudor no pretende asumir una serie de obligaciones distintas, de número indeterminado, con cuantos sean los poseedores sucesivos, sino que quiere asumir una obligación única e idéntica ⁷¹⁷.

Por esto es difícil de explicar cómo un derecho nuevo, independiente del anterior, pueda, al surgir, provocar la extinción del derecho anterior.

Nuestro código, además, en el art. 256, y ahora la ley cambiaria en el art. 18, expresamente declaran que el derecho cartular se transmite, y por tanto excluyen la hipótesis de la formación de derechos sucesivos.

Destruída así la teoría de los distintos créditos sucesivos, es preciso admitir que el derecho cartular es único en relación con sus titulares sucesivos.

192.—Mas, siendo así, se impone la obligación de explicar por qué la posición de los titulares sucesivos del derecho es autónoma.

No me parece que esta explicación se obtenga observándose que en materia de títulos de crédito no prevalece la regla *nemo plus juris transferre potest*, etc. ⁷¹⁸.

Por cierto que esta observación es exacta; lo que es necesario explicar

⁷¹⁷ A favor de estas teorías: *Goldschmidt*, pag. 167, y en un principio *Rocco*, que, sin embargo, en los *Principi*, n. 70, abandonó esta tesis. Véase ahora a *Valeri*, vol. I, pag. 217.

⁷¹⁸ Remito al lector a la consulta de *Arcangeli*, *ob. cit.*, donde se puede ver más desarrollada la reseña de las distintas teorías; también sobre éstas véase a *Messineo*, pag. 93 y siguientes de la 1ª edición.

es precisamente por qué esta regla no prevalece. Aducir razones prácticas no equivale a una construcción jurídica del fenómeno.

La dificultad que nos preocupa podría vencerse con algunas teorías, que en principio todas acaban por negar que los propietarios sucesivos (o poseedores) del título, cada cual sea sucesivamente titular del derecho.

Así se dice que el crédito se disfruta por el propio título, y que el acreedor es un sujeto ficticio que se identifica de igual manera con todos los propietarios sucesivos del título. Estas teorías tuvieron su función histórica al cooperar en la formación del principio de la autonomía de los titulares sucesivos del derecho cartular, mas en la actualidad con razón se les rechaza en todas partes.

193.—Mayor éxito llega a alcanzar la teoría de la pendencia, propuesta por *Ihering*, desarrollada por *Bonelli*, y actualmente aceptada y modificada por *Messineo* ⁷¹⁹.

Para quienes sostienen esta teoría, sólo es titular del derecho el último propietario (o, según la tesis que siguen *Bonelli* y *Messineo*, el último poseedor) del título; éste, de acuerdo con la tesis de *Messineo*, tiene el derecho de apropiarse del crédito, que mientras tanto permanece pendiente hasta el momento del vencimiento. En tanto que la deuda es perfecta desde su origen, el crédito permanece pendiente y sólo surge definitivamente en el momento del vencimiento, y es cuando se determina la persona del titular definitivo.

Según *Messineo*, cuando se adquiere un título de crédito, se obtiene la adquisición de una cosa mueble, y conjuntamente la de derecho potestativo de apropiación del crédito, derecho que se ejercitaría en el momento del vencimiento.

A mi modo de ver, el error lógico de esta teoría consiste en la confusión de los efectos del término y los de la condición.

La imposibilidad de pedir la satisfacción de la prestación, antes de determinado vencimiento, simplemente se refiere al término de la obligación y no perjudica en absoluto a la existencia del crédito antes de este momento ⁷²⁰.

⁷¹⁹ Seguido ahora por *Allorio*, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milán, 1935, p. 136. Quizá *Pontes de Miranda* no está lejos de esta orientación en el derecho brasileño, con su teoría de la "preforma" en los títulos al portador; en efecto, en la página 195 de los *Títulos ao portador*, se lee lo siguiente: "El sujeto activo es el poseedor y el pasivo la sociedad, como en toda relación posesoria; la sociedad asegura el derecho a la formación del crédito con la presentación del título". En contra de *Pontes de Miranda*, véase a *Octavio Mendes*, ob. cit. pag. 141.

⁷²⁰ No me parece exacto observar que el vencimiento del plazo no constituye en mora al deudor, independientemente de la presentación del título, para de allí

Tan es verdad, que el título de crédito produce todos los efectos que no se han condicionado a un determinado vencimiento, que esto constituye la mejor demostración de la existencia del derecho.

En este aspecto, la doctrina ya observó que los titulares sucesivos de un título de crédito pueden exigir el cumplimiento de las prestaciones accesorias que se van venciendo antes del vencimiento del título (intereses, dividendos y otros), así como la práctica de los actos necesarios conservatorios.

En los títulos representativos, la propiedad del título puede dar lugar a la propiedad de la mercancía, y este efecto se verifica en relación con los sucesivos propietarios del título, independientemente del vencimiento de la obligación de entrega de la mercancía. Por tanto, es imposible reconocer como titular del derecho solamente al último propietario del documento. Tan es verdad esta objeción, que el propio *Messineo*, aunque adherido a la tesis de la pendencia, la abandona en relación con los títulos representativos, demostrando así el vicio de una tesis que de ser verdadera debería ser aplicable a todos los títulos de crédito.

Por su parte, el propietario de acciones de sociedades mercantiles, no es titular de un crédito propio y verdadero, sino de una posición de la que a su vez derivan derechos de crédito, facultades jurídicas (p. ej. el voto) y hasta deudas, en caso de aportaciones que incumben a todo propietario sucesivo de una acción no liberada.

Ahora bien, todos estos efectos pasan en relación con cada uno de los sucesivos propietarios de la acción, con excepción del derecho a exigir el prorrateo en la liquidación, que necesariamente sólo pertenece al que sea accionista en el momento de la liquidación.

La titularidad, de la posición de socio, que deriva de la propiedad de la acción se verifica en todos los propietarios sucesivos de la acción y no sólo con el último.

Bastan estas consideraciones, a mi modo de ver, para excluir la exactitud de la teoría de la pendencia.

Sin embargo, conviene observar que la explicación que propone esta

deducir que con esa presentación surge (o por lo menos se perfecciona) el derecho cartular.

En efecto, es fácil observar que vencido el plazo, el deudor tiene el derecho de liberarse de la obligación (véase el art. 48 de la ley cambiaria, y en el derecho brasileño el art. 26 del decreto n. 2044). Esto demuestra que la necesidad de la presentación del título se establece para favorecer al deudor (en realidad se vincula con la legitimación) en relación con el pago de lo debido, mas no representa un hecho constitutivo del crédito. Por esto, la disciplina de la constitución en mora, en los títulos de crédito, no es suficiente para sustentar la teoría que se critica en el texto.

teoría haría surgir problemas quizá de solución más difícil que aquellos que pretende explicar.

Efectivamente, presupone que el derecho cartular, práctica y conceptualmente único, se pueda dividir en sus dos lados, el activo y el pasivo, y que el momento en que se perfecciona en el lado pasivo, sea distinto de aquel en que se perfecciona para el lado activo.

La doctrina de la pendencia excluye con esto la dificultad que podría derivar de la indeterminación del sujeto activo, creando, en su lugar, dificultades aún más graves, como son las que se derivan de la admisión de un derecho cartular perfecto en su lado pasivo, y al mismo tiempo, aunque pendiente, imperfecto en el lado activo ⁷²¹.

Ahora bien, son posibles obligaciones sin un derecho subjetivo correlativo, como posibles son también los créditos con sujeto activo indeterminado pero determinable. No se comprende una deuda que, siendo correlativa de un crédito, sea perfecta y actual, mientras el crédito está aún pendiente.

Obsérvese que en la hipótesis del crédito cambiario, que es la que considera la teoría de la pendencia, la deuda y el crédito son dos términos de la misma e idéntica relación obligacional ⁷²². Por esto es que al admitir tal teoría, habrá que admitir que la deuda subsiste sin saber para quién: una especie de anfibio; una deuda que no se quiere afirmar que se encuentre desprovista de sujeto activo, mas para la cual tampoco se quiere admitir sujeto activo alguno ⁷²³.

Podemos, pues, considerar que el derecho cartular es único, y pertenece sucesivamente a diversos titulares, a los sucesivos propietarios del documento.

Con esto volvemos al punto de partida, ya que las teorías examinadas hasta ahora no nos permiten vencer la dificultad que estamos planteando.

194.—Esta dificultad tampoco se vence por un último grupo de teorías, que tomando como punto de partida la titularidad del derecho cartular en

⁷²¹ Es entonces natural la posibilidad de que se llegue a la posición radical de *Ravá T.* (que antes se critica en el n. 187, y más adelante en el n. 242). La teoría de *Pontes de Miranda* (antes n. 193) se podría considerar casi como intermediaria entre la teoría de la pendencia y la de *Ravá T.*

⁷²² En las relaciones jurídicas que contienen varias obligaciones distintas, se concibe perfectamente que cada obligación se perfeccione en un momento distinto, y que una sea condicional y otra no. Además de estarse al negocio jurídico en su conjunto, la condición se puede relacionar de hecho sólo con uno de sus efectos. De esta manera es actual la obligación del asegurado de pagar un premio; condicionada a la verificación del siniestro, para que el asegurador pague la indemnización. Véase a *Viterbo, Rivista di diritto commerciale*, 1932, I, 40.

⁷²³ Véase ahora, sobre la crítica a la teoría de la pendencia, a *Valeri*, vol. I, p. 218, y allí las referencias posteriores, y mi estudio crítico en *Rivista di diritto Commerciale*, 1934, I, 546.

los sucesivos propietarios del documento, pretenden explicar la autonomía de esos titulares sucesivos, recurriendo a la institución de la delegación.

Esta tesis tuvo un éxito singular fuera de Italia, mas a pesar de eso, no me parece aceptable, por lo menos para el derecho italiano.

Los que sustentan esta teoría afirman que el deudor autoriza el acreedor a delegar a un nuevo acreedor, y así sucesivamente.

Ahora bien, indiscutiblemente es exacto que el emisor de un título de crédito, por el propio hecho de emitir un título de crédito, consiente en su circulación; pero esto no explica por qué el vicio eventual de la adquisición del derecho, sea inoponible al portador.

Ni la dificultad se vence por la teoría de la delegación con la novación, porque éstas no excluyen la posibilidad de oponer al acreedor delegatario la falta de título del acreedor delegante, ni tampoco explican la inoponibilidad de la excepción de la adquisición *a non domino* en relación con el poseedor de buena fe de un título de crédito ⁷²⁴.

⁷²⁴ Es fácil observar que si la teoría de la delegación fuese verdadera (y delegantes serían sucesivamente todos los sucesivos portadores del título, menos el último) debería implicar la falta de titularidad del portador, si cualquiera de los portadores anteriores estuviese privado de titularidad (en los casos en que en un título a la orden, cualquiera de los endosos anteriores fuese falso, o fuese falsa la firma del girador o del emisor), pues sería bastante para interrumpir la serie de las delegaciones. Pero al contrario, el artículo 20 excluye perentoriamente esta consecuencia, sobre la base (art. 46) de que la falsedad del endoso no perjudica al portador de buena fe.

La falsedad de la firma se puede oponer, es obvio, por el supuesto deudor a cualquier portador, pero es evidente que no perjudica la validez de las otras firmas, ni, en consecuencia, la titularidad del portador y su derecho cartular frente a los demás signatarios.

Prevalecen consideraciones análogas para el caso de falsedad de la firma del aceptante. Se puede recordar que la validez de la firma del aceptante no se perjudica por la falsedad de la firma del girador, en virtud de la autonomía de las obligaciones cambiarias, y también este principio va más en contra que a favor de la teoría de la delegación.

Contra la teoría de la delegación milita un argumento histórico, precisamente en relación con el argumento adoptado en el texto. La norma contenida en el art. 20 encuentra su origen en la ordenanza germánica de cambio y no tiene precedentes en los sistemas anteriores, ni en la jurisprudencia francesa anterior a la introducción en Francia de la Convención de Ginebra (por lo que es natural la formulación de la teoría de la delegación en Francia).

Igualmente contra la tesis de la delegación existe la posibilidad de la cambial girada a cargo del girador (art. 3º de la ley cambiaria de acuerdo con la convención internacional y con el art. 724 del Cod. suizo de las obligaciones. En el mismo sentido, el derecho anglo-norte-americano y el decreto de 27 de febrero de 1928, modificando el artículo 17 de la ley de 1922, en el derecho ruso). Véase a *Valeri*, vol. I, pag. 269. En el derecho brasileño, a *Pontes de Miranda*, pag. 151, sobre la

195.—Las consideraciones que estamos exponiendo, a mi modo de ver, permiten por fin resolver con simplicidad la dificultad a que me he referido.

Como ya lo vimos, los titulares sucesivos de un título de crédito son los propietarios sucesivos del título. Ahora bien, su autonomía, en la que están acorde la doctrina y la jurisprudencia, y que se sanciona legislativamente, demuestra, según me parece, que la titularidad del derecho no deriva de una transmisión del derecho cartular, sino que surge autónoma y originariamente, en los sucesivos propietarios del título, por el propio hecho de su propiedad.

Según la expresión de *Gierke, das Recht aus dem Papier* deriva precisamente del *Recht am Papier*.

La titularidad del derecho se determina por la propiedad del título, ya que el propietario del título, en nuestro derecho es el poseedor de buena fe, importando poco su adquisición *a non domino*. Se entiende que la titularidad del derecho cartular no se excluye por la adquisición *a non domino*⁷²⁵; y se entiende así porque no son oponibles al titular sucesivo las excepciones relativas a los vicios de la adquisición del titular anterior.

Esta explicación aún permite aclarar cómo es posible la existencia actual del crédito, a pesar de la indeterminación de su sujeto activo. En efec-

cambial girada contra el propio girador; en el D. n. 2044, falta la indicación expresa de esta posibilidad.

Finalmente, sobre los títulos al portador, no parece dudoso que la falta de titularidad de un poseedor intermedio en modo alguno perjudica el derecho del portador sucesivo del título, ya sea que éste se vuelva titular con el simple concurso de su buena fe, como en el sistema italiano, ya sean necesarios otros elementos como sucede en otros sistemas. La misma forma de circulación de los títulos al portador parece contrastar con la delegación. Esta consecuencia excluye la posibilidad de recurrirse a una delegación y confirma la teoría del texto.

Es significativo que aun en Francia, precisamente donde los autores han sido más favorables a la teoría de la delegación (como *Thaller*), hayan sido los que más acentuaron la distinción entre los títulos cambiarios y títulos al portador, iniciándose así el camino para una construcción unitaria de los títulos de crédito.

⁷²⁵ En los sistemas en que el poseedor de buena fe no sea propietario, tampoco será titular del derecho. Cualquiera que sea la tutela del adquirente de buena fe, en los diversos derechos, en cuanto a los distintos títulos de crédito, la teoría del texto sigue siendo verdadera: en efecto, en todos los derechos en relación con todos los títulos de crédito, el adquirente es titular del derecho en tanto que es propietario del título, quedando su adquisición, fundamentalmente sujeta a las reglas que rigen la circulación de las cosas muebles, y adquiere la propiedad del título y la titularidad del derecho, en los casos en que adquiriría la propiedad de la cosa mueble. La diferencia entre los diversos derechos, se refiere a *quién* sea el propietario del título (conforme a la distinta tutela, de la adquisición de buena fe a *non domino*), mas no a la coincidencia entre propiedad del título y titularidad del derecho y a la autonomía de ésta.

to, éste es determinable y se determina a través de la propiedad del título ⁷²⁶.

196.—Esta explicación, además, es la única que se concilia con la hipótesis que, aunque rara, merece considerarse para los fines de la construcción jurídica de los títulos de crédito: la de la adquisición del título, a título originario.

Ya indiqué la posibilidad de esta adquisición; es evidente que quien adquiere un título, a título originario, igualmente es titular del derecho que en él se consigna.

Mas si esto es posible, es forzoso admitir que la titularidad del derecho deriva en forma autónoma de la propiedad del título, independientemente de cualquier acto de transmisión del derecho, porque no se podría encontrar acto alguno de transmisión del derecho en el caso de adquisición del título a título originario.

197.—Esta explicación, que me parece la más plausible, aproxima la hipótesis de la determinación del *sujeto activo* del derecho cartular, a una categoría muy numerosa y conocida, que se señala precisamente por el hecho de que el titular de un derecho o de una obligación se determina a través de su correspondiente titularidad de un derecho real.

En efecto, siempre que el titular de un derecho real, por eso mismo está obligado a un *facere*, se acostumbra reconocer que la determinación del sujeto pasivo de la obligación depende de una relación de derecho real: éste en el caso de las obligaciones ambulatorias ⁷²⁷ que se conocen en nuestro derecho civil como obligaciones accesorias de hacer, que pueden afectar al titular de una servidumbre pasiva.

A su vez el derecho germánico, con la categoría de las cargas reales, nos transmitió el ejemplo de la determinación del titular activo de un derecho obligacional, basado en una relación de naturaleza real.

Por tanto, no se avanza en hipótesis alguna que carezca de precedente en el mundo jurídico, sustentando que en los títulos de crédito, la titularidad del derecho depende de una relación de naturaleza real. Es la propiedad del título la que determina la titularidad del derecho.

En consecuencia, ésta surge por vía originaria y autónoma en los propietarios sucesivos del título ⁷²⁸.

⁷²⁶ Tanto porque sea propietario el poseedor de buena fe (como en el derecho italiano), cuanto porque lo sea el poseedor de buena fe, con excepción de los casos de robo y extravío (como en el derecho francés en los títulos al portador), así como sólo para el adquirente *a domino* (como en el derecho brasileño para los títulos al portador).

⁷²⁷ Expresamente a favor de esta categoría, *Rocco, Principi*, n. 70.

⁷²⁸ Esta explicación, corrientemente admitida para los títulos al portador, fuera de esta hipótesis, también se menciona por numerosos autores (*Gierke, Windscheid*

198.—Es necesario que nos detengamos en poner de relieve el alcance de los principios que hemos sustentado.

Decimos que es titular del derecho el propietario del título. El paralelo entre la propiedad del título y la titularidad del derecho, encuentra su explicación más simple en el principio de que la determinación del titular activo del derecho deriva de la propiedad del título.

Precisamente por esto es autónomo el derecho de cada titular sucesivo, esto es, independiente del del titular anterior. Es autónomo, porque no deriva del derecho del titular anterior, sino de la propiedad del título, y por eso puede subsistir aunque no exista el derecho del que lo transmite; es necesario y suficiente con que exista tan sólo la propiedad del título. Esta, a su vez, se regula por las reglas que norman la circulación de las cosas muebles, y por esto subsiste (en nuestro derecho cuando concurre la buena fe), aun en el caso en que el que lo transmite haya sido tan sólo poseedor y no propietario.

Así es como el derecho cartular en verdad puede "circular", quiero decir, transmitirse, de acuerdo con las reglas peculiares de las cosas muebles y no con las del derecho común relativas a la transmisión de los derechos; en efecto, la circulación se refiere directamente al título y es de la propiedad del título de donde deriva la titularidad del derecho.

Puede decirse que la adquisición de la titularidad del derecho lo es "a título originario" ⁷²⁹, una vez que encuentra su justificación en la propiedad del título y no en el derecho del titular anterior ⁷³⁰.

y *Grome*, en Alemania; *Ferrini* en Italia, y el propio *Messineo*, aunque exclusivamente para los títulos representativos), pero generalmente se le descuida. Recientemente la criticó *Betti*, *Rivista di diritto commerciale*, 1927, I, pag. 583, con argumentos que, a mi modo de ver, no son del todo procedentes, porque puestos en el lado de algunas exageraciones de las doctrinas, precisamente criticadas por *Betti*, éste solamente recurre a la intención de las partes, que no me parece que pueda ser decisiva en un problema que, como éste, es de construcción dogmática. Sobre la analogía con las obligaciones ambulatorias, véase también a *Messineo*, pag. 6.

Arcangeli, *ob. cit.*, aceptó la teoría que se sigue en el texto, para la hipótesis de la adquisición originaria de la propiedad del título; pero si esto se admite, me parece necesario admitir también la tesis del texto en todo su alcance, porque la posición del titular del derecho cartular es la misma, sea que haya adquirido la propiedad del título originariamente, sea que la haya adquirido de modo derivado (véase también a *Messineo*, pag. 104).

Después de la primera edición de estos estudios, la construcción que se sigue en el texto fue aceptada por la doctrina predominante: *Ferrara*, *La Girata della Cambiale*, pag. 71 y sigs.; *Valeri*, vol. I, pag. 217 y *La Lumia*, *Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, 1.

⁷²⁹ Como comúnmente se sostiene en la doctrina italiana, comenzando por *Vivante* y *Bonelli*.

⁷³⁰ Ya vimos que lo mismo es que sea propietario el adquirente de buena fe,

Ya vimos con mayor precisión que el derecho pertenece a un titular indeterminado, mas determinable en razón de la propiedad del título; en forma correlativa veremos que la declaración cartular no se refiere a un titular determinado, sino a un titular indeterminado; la obligación cartular no se asume en relación con un titular determinado, sino en relación con un titular indeterminado; indeterminado, pero determinable en razón de la propiedad del título.

199.—Así es como se concreta la exigencia de la objetivación del derecho, en la cual los títulos de crédito encuentran su razón de ser. Los distintos principios que vimos e iremos desarrollando se coordinan y complementan en forma recíproca y precisamente adquieren en esa coordinación un alcance que les faltaba cuando se les consideraba y sostenía aisladamente.

La objetivación del derecho, que se realiza a través de la deambulacion del derecho cartular, que se examina en este capítulo, no sería posible sin la previa delimitación y circunscripción del propio derecho, en relación con el conjunto de las relaciones existentes entre las partes, lo que en capítulos anteriores tratamos de poner de relieve. Esta objetivación, como ya lo observaremos tratando de la declaración cartular, se vincula y dirige a un tercero indeterminado; por lo que es perfecta con la simple creación del título.

De este modo los títulos de crédito revelan todas sus características; el intérprete puede coordinar las distintas normas legislativas, y al mismo tiempo valuarlas en su mayor o menor eficacia para la obtención del fin práctico, peculiar de los títulos de crédito.

200.—La autonomía del titular del derecho cartular, que se estudió en las páginas que preceden, vimos que coincide con el principio según el cual, de la propiedad del título deriva con autonomía la titularidad del derecho cartular.

Esto equivale a decir que la adquisición debe referirse directamente al título y no al derecho: la adquisición del título constituye entonces el *prius* y la del derecho el *posterius*.

En el caso contrario, en que la adquisición se refiera directamente al derecho, siendo entonces la adquisición del título consecuencia y no premisa de la adquisición del derecho, el adquirente no podrá gozar de una posición autónoma; se volverán a aplicar las reglas del derecho común sobre la circulación de los créditos y no aquellas que conciernen a la circulación de las cosas muebles.

El adquirente entonces, no podrá tutelarse en el caso en que adquiriera *a non domino*; será vulnerable por todas las excepciones oponibles a su ante-

que lo sea sólo el adquirente *a domino*, que el adquirente *a non domino* no lo sea cuando adquiere títulos robados o extraviados.

cesor ⁷³¹, pues, como ya vimos, el deudor al obligarse en un título de crédito, cuando el título circule conforme a las reglas de los títulos de crédito, solamente estará sujeto a los límites puestos a la oponibilidad de las excepciones, cuando en su circulación objetivamente sea considerado como una cosa, como un valor; en el caso contrario, en que directamente se transmita el derecho conforme a las reglas del derecho común, se harán aplicables las reglas que reglamentan la circulación de los créditos ⁷³².

Es lo que sucede ⁷³³ con la sucesión *mortis causa* ⁷³⁴; con la cesión del derecho conforme a las reglas del derecho civil ⁷³⁵; con el endoso posterior al protesto, en los títulos cambiarios ⁷³⁶; con la transmisión del título realizada consensualmente, en contra de la ley de su circulación ⁷³⁷; con la adquisición en virtud de pago con subrogación ⁷³⁸.

⁷³¹ Así resalta la conexión entre la autonomía del derecho cartular y la autonomía de su titular: cf. n. 187.

⁷³² Cf. n. 90.

⁷³³ También cf. n. 226 y a *Valeri*, I, p. 147.

⁷³⁴ O en la hipótesis de fusión de sociedades, pues ésta constituye un caso de sucesión universal.

⁷³⁵ Es análogo el caso de la firma judicial reglamentada por los artículos 619-620 del Código de Procedimientos Civiles italiano, de 1865.

En esta hipótesis es el acreedor ejecutante quien obtiene que le sea atribuido el crédito que el deudor ejecutado tiene contra un tercero. La firma se refiere al crédito, no al título. Cf. (sobre los créditos cambiarios) a *Valeri*, vol. I, p. 147; a *Gorla*, *L'assegnazione giudiziale dei crediti*, Padova, 1933, p. 224; en contra *Ferrara*, *ob. cit.*, p. 148, que por el contrario encuentra que la firma se refiere directamente al título (obteniendo entonces el adquirente un derecho autónomo).

Sin embargo, me parece que los títulos de crédito que se encuentran en posesión del deudor ejecutado, también pueden ser directamente objeto de ejecución sobre los bienes muebles que se encuentran en posesión del deudor; quien los adquiere, en virtud de remate, adquirirá entonces un derecho autónomo. Esta posibilidad es obvia en los títulos al portador. En los títulos a la orden o nominativos, el adquirente en estos casos no podrá conseguir la legitimación; ésta resultará de la posesión del título y de la sentencia de adjudicación; en virtud de ésta, en el caso de que el título sea nominativo, se podrá exigir el transfert. (cf. n. 226). En el derecho brasileño la ejecución que se refiere a los títulos de crédito propiamente dichos, conforme a la distinción de la doctrina brasileña (cf. n. 15), se reglamenta por el art. 939 del cod. de procedimientos civiles; éste reglamenta el embargo en lo que se refiere a la "letra de cambio, pagaré u otro título de crédito", considerando "constituído el embargo, para que el deudor lo conozca, se le notificará por edictos, con un plazo de quince días, para que no pague a los terceros interesados", sin que se excluya el secuestro efectivo del título si se encuentra en poder del interesado (art. 939, §1°).

⁷³⁶ Cf. n. 90.

⁷³⁷ Sobre la cambial con el nombre del tomador en blanco, cf. n. 216.

⁷³⁸ Conforme al art. 1251 del cod. civ. it. La hipótesis prácticamente se verifica,

Pero esto no pasa cuando la transmisión del título se realiza observando la ley de su circulación ⁷³⁹ o cuando la adquisición del título es a modo originario.

201.—En páginas anteriores, nos referimos al titular del derecho cartular y a la autonomía de su derecho. Recordamos que el título puede ser objeto de derechos reales distintos del de propiedad (cf. antes, n. 184), y por eso debemos investigar si también el titular de aquéllos (por ejemplo, el usufructuario, el poseedor a título prendario) tiene un derecho autónomo e independiente de la existencia del derecho del titular anterior.

El problema generalmente surge en la doctrina en un caso particular: el del endosatario en garantía ⁷⁴⁰, en la cambial, con relación a que a éste se le puedan oponer las excepciones oponibles al titular anterior.

Este problema actualmente encuentra su solución expresa en el art. 23 de la ley cambiaria (19 de la Convención), al determinar (con una redacción que recuerda la del art. 21 de la misma ley), que en la hipótesis de endoso con valor en garantía, "los obligados no pueden oponer al portador las excepciones basadas en sus relaciones personales con el endosante, a menos que aquél, al recibir la cambial haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor" ⁷⁴¹.

En realidad, también el problema que se resuelve en el art. 23 es un problema general de los títulos de crédito, que se debe considerar en todos los títulos y en relación con todos los titulares de derechos reales (distintos del de propiedad).

202.—Me parece que ante todo se puede sostener la autonomía del de-

en el caso de la cambial pagada por el aceptante por intervención, sin observar las reglas relativas al pago por intervención. Cf. a *Valeri*, vol. I, p. 147.

⁷³⁹ También cf. n. 225.

Un caso singular es el del título de crédito transmitido conforme a su ley de circulación, al que posteriormente se vuelve sucesor universal del que se lo transmitió. En esta hipótesis, el poseedor del título será invulnerable, como portador del título, por las excepciones oponibles al transmisor del título, siendo responsable como su sucesor; prácticamente es vulnerable por las excepciones, conforme al principio de economía procesal que en general ya indicamos (cf. n. 74) en lo que se refiere a la oposición de las excepciones extracartulares.

⁷⁴⁰ O en caución o pignoraticio, términos que son sinónimos.

⁷⁴¹ El derecho cambiario brasileño (cf. art. 8, D. n. 2044) desconoce el endoso de "valor en garantía", reglamentado por el contrario para el certificado (art. 4, § único, D. n. 19473 de 10 de diciembre de 1930). Por tanto, en los títulos cambiarios la posición del poseedor a título pignoraticio no puede aparecer del título, sino tan sólo de un convenio extracartular ligado a la transmisión del título por el endoso en propiedad o por endoso en procuración. Sin embargo se presentan los problemas que más adelante examinaremos en el n. 223.

recho del poseedor pignoraticio. En realidad, la doctrina autorizada (*Vivante*) es la que sustenta que el art. 707 del cod. civil, y el art. 57 del cod. com. constituyen una norma que se refiere no sólo a la propiedad, sino al mismo derecho de prenda, en el sentido de que el poseedor de buena fe a título pignoraticio es titular del derecho de prenda, aunque la prenda se haya constituido por quien de esa manera no tenga facultad de disposición de la cosa. Por tanto, la misma norma también se puede aplicar a la posesión de los títulos de crédito, a título de prenda ⁷⁴².

De la regla aplicable en materia de propiedad, deducimos que el derecho cartular surge en forma autónoma en los propietarios sucesivos del título, en virtud de la adquisición de la propiedad, sea *a domino*, sea —siempre que se haga de buena fe— *a non domino*. De donde podemos afirmar, al igual que lo que se dice sobre la prenda, que los derechos del poseedor pignoraticio siempre derivan, en forma autónoma, de la posesión pignoraticia del título ⁷⁴³.

También el poseedor pignoraticio tiene en nuestro derecho un derecho autónomo ⁷⁴⁴ que naturalmente es el del acreedor pignoraticio, y que, como ya vimos, evidentemente se circunscribe a los límites peculiares de los derechos del acreedor pignoraticio (cf. antes, n. 184).

Esta premisa nos permite sostener la conclusión posterior, consagrada en el art. 23 de la ley (19 de la Convención), esto es, la de la invulnerabilidad del acreedor cartular pignoraticio, a las excepciones oponibles a los portadores anteriores, siempre que al recibir la cambial, no haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor.

Esta consecuencia no encuentra únicamente su justificación en la premisa anterior, sino que se podría confirmar con independencia de la misma.

⁷⁴² Aplicando la norma del art. 20 de la ley cambiaria, también al poseedor pignoraticio, naturalmente tan sólo a sus derechos de acreedor a título pignoraticio.

⁷⁴⁴ Examinando la autonomía del titular del derecho cartular (cf. ns. 189, 196 y 199) vimos que esta autonomía es independiente de la circunstancia de que en los diversos derechos, sea diversa la tutela del adquirente de buena fe *a non domino*. Semejante conclusión se puede sostener para el poseedor pignoraticio del título. Este goza de una posición autónoma, siempre que su posesión pignoraticia esté tutelada, tanto porque esta tutela sea también peculiar del adquirente *a non domino* (como en el derecho italiano), cuanto porque tan sólo lo sea el adquirente *a domino* (como en el derecho brasileño en los títulos al portador). La diferencia en estos casos, se refiere al problema de *quién* sea el poseedor a título pignoraticio, mas no a la autonomía del poseedor a título pignoraticio.

Recuérdese respecto del derecho brasileño, la observación de la página anterior sobre la inexistencia en ese derecho, en materia cambiaria, del endoso de valor en garantía.

⁷⁴⁴ Cf. a *Valeri*, vol. I, pág. 233.

203.—Ya indicábamos que en realidad, por un lado, el problema de los límites del derecho cartular (esto es, el de su distinción de la relación fundamental y de su abstracción o causalidad) es distinto del de la autonomía del titular en relación a la titularidad de su antecesor, y, por otro, que la inoponibilidad de las excepciones, en el primer aspecto, sólo puede ser confirmada en relación con el que sea titular autónomo del derecho cartular ⁷⁴⁵.

En relación con el poseedor pignoraticio del título, concurre tanto la primera, como la segunda consideración. La primera, porque el derecho cartular en su distinción de la relación fundamental y en su eventual abstracción, permanece idéntico naturalmente, tanto si el título es objeto de propiedad, como si es objeto de prenda. Lo que cambia en estos casos es el derecho sobre el título, esto es, el derecho cuyo objeto es (mediatamente) el derecho cartular. Coincide la segunda por los motivos expuestos anteriormente.

Esto nos permite desarrollar posteriormente el principio que ahora se enuncia, sosteniendo: 1).—que en la interpretación de las excepciones oponibles o inoponibles al poseedor del título en prenda, se deberá tener en cuenta la distinción entre los títulos abstractos y los causales; 2).—que las reglas que hemos enunciado son válidas solamente para el que sea poseedor del título a título pignoraticio, esto es, para aquel cuyo derecho de prenda tenga por objeto directamente el título, y no para aquel cuyo derecho de prenda, por el contrario, tenga directamente por objeto el crédito ⁷⁴⁶.

Esto equivale a decir que se necesita que la posesión del título se haya transmitido de acuerdo con las reglas propias de la circulación cartular ⁷⁴⁷.

203.—Los mismos principios se pueden invocar en la hipótesis de usufructo. Sin embargo, conviene observar que en relación al usufructo, falta no sólo en los títulos al portador ⁷⁴⁸, sino también en los a la or-

⁷⁴⁵ V. antes, n. 90. Por eso fue que no tratamos del problema de la inoponibilidad de las excepciones al acreedor pignoraticio de la cambial en los capítulos anteriores, porque entonces aún no se podía afirmar la autonomía del derecho del poseedor pignoraticio del título.

⁷⁴⁶ En el mismo sentido *Valeri*, vol. I, pág. 235.

⁷⁴⁷ Cf. en el mismo sentido, más adelante, n. 233. Después del protesto o de los plazos respectivos (en el derecho brasileño, después del vencimiento), el acreedor no puede adquirir sobre la cambial un derecho de prenda autónomo, como tampoco se puede volver titular autónomo (art. 25 de la ley cambiaria).

⁷⁴⁸ En los títulos al portador, la tradición no se puede calificar cartularmente (como en los títulos a la orden —con el endoso propio o impropio— o como en los títulos nominativos, con distintas anotaciones en los registros del emisor y en el título).

Precisamente por esto, en la prenda de los títulos al portador, se necesita observar el art. 454 del cod. com., esto es, en cuanto el valor sea superior a quinientas libras, se necesita el acto por escrito para que se pueda probar la existencia de la prenda en relación con terceros. Este acto escrito, por el contrario, es inútil en los títulos a la

den ⁷⁴⁹, una forma cartular para dar publicidad sobre que la detentación del título por el poseedor es en usufructo y no en propiedad ⁷⁵⁰.

En general se puede sostener que tal como la titularidad del derecho deriva de la propiedad del título, así la prenda, el embargo, el usufructo, el secuestro ⁷⁵¹ del derecho, relativo al título; derivan de la prenda, del usufructo, del secuestro del título; que como la titularidad autónoma del derecho, sólo deriva de la propiedad del título también sólo de la prenda o del usufructo del título puede derivarse una prenda o usufructo autónomo del derecho ⁷⁵²; que así como en la hipótesis de adquisición *a non domino*, el adquirente de buena fe tiene la propiedad, si adquiere de buena fe la posesión del título conforme a la ley de su circulación, siempre que a su vez el que se lo transmitió estuviese legitimado ⁷⁵³, también el accipiens una vez observadas estas condiciones, puede tener la prenda o el usufructo del título ⁷⁵⁴.

orden y en los nominativos, siempre que el título se haya endosado con la cláusula "valor en garantía", o que la prenda se haya anotado en los registros del emisor (art. 455 cod. com.). En el derecho brasileño cf. art. 789 y sigs. del cod. civ.

⁷⁴⁹ En los títulos nominativos, es posible la anotación del usufructo en los libros del emisor y en el título. Es análoga la situación respecto del secuestro.

⁷⁵⁰ Cf. más adelante, n. 223.

⁷⁵¹ También cf. más adelante el n. 253.

⁷⁵² De otra manera la prenda o el usufructo (tal es por ejemplo el caso en que el usufructo deriva de las reglas sucesorias) quedarían reglamentados por las normas del derecho común sobre prenda y usufructo de créditos; cf. n. 202.

Sobre el secuestro, cf. n. 253; sobre el embargo, cf. ns. 201 y 203.

⁷⁵³ Cf. n. 218.

⁷⁵⁴ El examen más pormenorizado de los problemas que se derivan de los derechos reales sobre títulos de crédito, se encuentra en el segundo volumen (p. 271) del tratado de *Messineo* (2ª ed.) ya citado.

LA CIRCULACION DE LOS TITULOS DE CREDITO

SUMARIO: 204. Circulación de los títulos de crédito.—205. Títulos al portador, a la orden y nominativos.—206. Títulos al portador.—Historia.—207. Características.—208. Títulos a la orden.—Historia.—209. Continuación.—210. Características.—211. Títulos nominativos.—212. La circulación, al portador, a la orden, o nominativa, se vincula con la posesión.—213. Posesión y legitimación.—214. Transmisión de la posesión en los títulos al portador.—215. En los títulos a la orden.—216. En los títulos nominativos.—217. Transmisión de la propiedad.—218. Titularidad del tradens.—219. Manifestación de voluntad.—220. Vicios del negocio de transmisión.—221. Posición del subadquirente.—222. Endoso en procuración o en garantía.—223. Legitimación plena sin transmisión de la propiedad.—224. Transmisión de la propiedad sin transmisión de la posesión.—225. Adquirente de un título nominativo y transfert.—226. Titulares no autónomos.—227. Incorporación del derecho en el título e interpretación de los negocios jurídicos.—228. Endoso y responsabilidad de regreso.—229. Obligación directa y de regreso.—230. Pago recuperativo.

204.—Las consideraciones que hemos desarrollado permiten construir con simplicidad los principios que regulan la circulación de los títulos de crédito.

Admitiendo que el titular del derecho es el propietario del título, y derivando de la titularidad del derecho la autonomía de la propiedad del título, es fácil concluir que la circulación del derecho se efectúa a través de la circulación del título y que el propietario sucesivo de éste es el titular —autónomo— del derecho cartular ⁷⁵⁵.

Como ya lo observamos, de esta manera se satisface la exigencia fundamental en materia de títulos de crédito, en virtud de la cual el concepto eco-

⁷⁵⁵ Ya lo indicamos y volveremos a este argumento (cf. más adelante, n. 226), que el derecho cartular también puede circular de acuerdo con las normas del derecho común, esto es, siendo el mismo el objeto directo de la transmisión. Indicamos también (ver antes ns. 86 y 265) que en esta hipótesis no existe aquella inoponibilidad de las excepciones que constituye la característica de los títulos de crédito. Es evidente que en las páginas que siguen nos ocuparemos precisamente de la circulación que se verifica de acuerdo con las reglas peculiares de los títulos de crédito.

nómico de "circulación" adquiere un alcance jurídico preciso, distinto de la transmisión del derecho de acuerdo con las reglas del derecho común.

Circulación, esto es, la transmisión mediata del derecho, de manera que éste es autónomo para los propietarios sucesivos del título; circulación que no tiene directamente por objeto el derecho —al contrario de lo que pasa en las transmisiones de derecho común⁷⁵⁶— sino el título⁷⁵⁷.

Precisamente por esto —como ya se vió— el derecho es autónomo y pasa a cada titular sucesivo, independientemente de la titularidad de sus antecesores. También por esto —agregamos— el derecho puede circular; puede sujetarse en su circulación, a las reglas de las cosas muebles; se le puede considerar desde un punto de vista objetivo e impersonal.

Sólo de este modo se satisface plenamente la exigencia económica de la que partimos. El derecho cartular definido y delimitado a través de los principios de la literalidad, y eventualmente de la abstracción, se incorpora en el título; por lo que se considera impersonal y objetivo; se transmite mediante la transmisión del título, surge originariamente a favor de cada uno de los sucesivos propietarios de éste. De este modo la transmisión del derecho cartular no se sujeta a las reglas que disciplinan la transmisión de los derechos, sino que, como deriva de la "circulación" del título, queda en principio sujeta a las reglas que norman la circulación de las cosas muebles.

205.—Sin embargo, ¿cuáles son las normas que reglamentan la circulación del título?

De todos es conocida la distinción entre títulos al portador, a la orden y nominativos.

⁷⁵⁶ P. ej. en la cesión. La distinción entre endoso y cesión, no es clara en los derechos que no consagran el concepto de la autonomía del titular del derecho cartular. De esta manera, en el art. 624 del cod. com. argentino, se considera el endoso como una subespecie de la cesión. Pero en virtud de los principios del texto, la distinción entre el endoso y la cesión se basa en la diversidad de su objeto; la cesión se relaciona con la transmisión del derecho; y el endoso, por el contrario, con la transmisión del título.

Esta afirmación además se corrobora por el principio de que el endoso se debe poner en la cambial. El principio (véase art. 8 D. 2044 en el derecho brasileño) es peculiar tanto de la Convención de Ginebra, como del sistema anglo-norteamericano (Sec. 32 B. E. A. y 61 N. I. L.) y en el ruso (Art. 18 de la ley de 1922). En el derecho francés quedó con claridad en la ley de 8 de febrero de 1922. De esta manera se vencieron las dudas precedentes sobre el endoso por medio de instrumento distinto y se determinó la distinción entre endoso y cesión.

Hasta se admite (cf. n. 216) la validez del endoso en blanco, lo que una vez más nos lleva a la conclusión de que el endoso se vincula con la circulación del título y no directamente con la del derecho.

⁷⁵⁷ Véase en la doctrina brasileña a *Whitaker*, pág. 117.

206.—La circulación al portador encuentra su origen en el derecho galo ⁷⁵⁸.

Con un concepto rigurosamente materialista, se daba en aquel derecho especial importancia a la *charta*, en la que se veía un cofre conteniendo el derecho, de manera que el instrumento fácilmente se concebía como una cosa mueble, sujeta a las reglas correspondientes, y, por tanto, a la máxima "posesión vale título". Así se introdujo en los instrumentos la cláusula al portador, gracias a la cual era posible una circulación de los derechos respectivos, sin límite alguno ⁷⁵⁹ al número de transmisiones. Desde el principio el portador se legitimaba como si tuviera el derecho del acreedor originario, y, por tanto, como regla se exigía, para el ejercicio del derecho, la exhibición de otro documento (*Willebrief*) junto con la del título. Más tarde, y probablemente en Italia antes que en otros lugares, a partir del Siglo XII, se le reconoce una posición autónoma e independiente, primero en la que se acostumbra llamar cláusula alternativa al portador (en la que el deudor prometía pagar *tibi vel cui chartula ista in mano pervenerit*), y después en la cláusula pura al portador.

De este modo, los títulos al portador llegaron a satisfacer una función que por la autonomía reconocida al portador, no se podía substituir por el reconocimiento posterior de la cedibilidad de los derechos (entonces desconocida en el derecho germánico).

207.—Es bien conocida y tradicional la característica de los títulos al portador: la posesión del título se transmite por la tradición, como en las cosas muebles en general ⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ En esta materia son fundamentales los estudios de *Brunner, Das Französische Inhaberpapier des Mittelalters* en la *Nouvelle revue historique du droit français et étranger* vol. X, y *Beiträge zur Geschichte und Dogmatik der Wertpapiere* en la *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, vol. XII y XXIII. Un resumen de la historia de los títulos al portador en *Bruschettini, Trattato dei titoli al portatore*, pág. 20 y sigs. Bocca, Turín, 1898. En el derecho brasileño, especialmente lo que se dice sobre los títulos al portador, cf. el tratado de *Pontes de Miranda, Títulos ao portador*, Rio, 1921 (en el Manual del Código Civil de *Paulo de Lacerda*).

⁷⁵⁹ A distinción de lo que ocurrió durante un largo periodo con las cláusulas a la orden, que hasta el Siglo XVII sólo permitían un único endoso.

⁷⁶⁰ Con frecuencia, la categoría de los títulos al portador se reglamenta en los códigos, lo mismo a falta de una disciplina general para todos los títulos de crédito, lo que no sucede con los títulos a la orden o nominativos. Cf. Cod. Alemán § 793 y sigs.; brasileño, 1505 y sigs.; argentino 742 y sigs. De lo que se dice respecto de la aplicación de estas normas, me parece que es necesario distinguir entre las que se basan en la circulación, del título (por tanto, en principio peculiares de cualquier título al portador) y aquellas que se pueden aplicar a un título que circula al portador sólo cuando no contraríen la reglamentación diversa y eventual que deriva de la

208.—La historia de la circulación a la orden, en el fondo es la historia del endoso ⁷⁶¹.

También la circulación a la orden encuentra su origen en el derecho francés medioeval, en la práctica de un expediente para suplir la falta de la libre transmisión de los derechos así como la de representación procesal. De esta manera se encuentran los primeros títulos a la orden en títulos con cláusulas de pago al tomador y a un portador calificado (*tibi vel tuo certo misso; tibi aut alio quem ordinaveris*), cláusulas que permitían una única transmisión sucesiva y que para la legitimación del que los presentaba, también exigían otro documento (*Willebrief*). El que presentaba el título se calificaba como si tuviera el derecho del acreedor originario, quedando en consecuencia sujeto a las excepciones oponibles a éste.

209.—A fines del Siglo XVI hace su aparición, en la Italia meridional, el endoso puesto en el mismo título, en los certificados de depósito de los bancos meridionales: era el banquero depositario el que, con la forma del endoso, encargaba a otro banquero el pago de la cantidad depositada. A distinción de lo que hoy pasa, el endoso se ponía por el deudor y se relacionaba con la determinación del que debía pagar y no del que debía recibir.

En la Francia del siglo XVII se desarrolla el endoso con su significación actual (esto es, puesto por el acreedor); al principio tuvo simplemente el valor de una procuración para facilitar el cobro del título y era posible tan sólo un endoso. La práctica del endoso en blanco abrió el camino a la posibilidad de una pluralidad de endosos; por otra parte, en virtud de la firma del endoso, fechado y con indicación del valor recibido, se distinguió el endoso en propiedad y el en procuración; se reconoció paulatinamente (como consecuencia del indicado recibo de valor) un derecho propio e irrevocable del endosatario, así como la obligación de garantía del endosante. Estos fueron los principios consagrados en la ordenanza de comercio de Luis XIV ⁷⁶².

naturaleza del derecho consignado en el título. Este segundo problema especialmente se presenta en los títulos cambiarios al portador (lo que es posible en el cheque en el sistema de la convención internacional, y también en la letra de cambio, en los derechos brasileño e inglés). Cf. sobre una aplicación de estos principios, más adelante, n. 258, en una nota.

⁷⁶¹ Los estudios de Biener son fundamentales, *Ablandlungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte*, 1859, vol. II, pág. 87, así como los de Schaps, *Geschichte des Wechselindossament*, 1892. Véase un resumen en Ferrera Junior, *Girata della cambiale*, pág. 9 y sigs.

⁷⁶² Véase Lescot, vol. I, pág. 89 y pág. 73; Levy Bruhl, *Histoire de la lettre de change, en France XVII et XVIII siècle*, Paris, 1933.

En virtud del endoso, el giro toma su forma actual, concentrada en las personas

Así fue como el endoso consiguió una disciplina jurídica propia; se admitió la inoponibilidad al endosatario de las excepciones oponibles al titular anterior; se fue delineando el concepto de la autonomía del derecho del endosatario, como derecho independiente de la existencia del derecho del endosante, concepto que sólo recibió su consagración plena en la ordenanza germánica de cambio de 1848 ⁷⁶³.

210.—La nota característica del título a la orden precisamente consiste en la circunstancia de que se refiere a la persona que en él se designa nominativamente, y de que se realiza la transmisión de la posesión del título no sólo por la simple tradición, sino por la tradición del título con endoso ⁷⁶⁴.

del girador, girado y tomador. Antes de la introducción del endoso, el giro, por el contrario, requería cuatro personas (véanse los ejemplos del n. 21): el girador, el girado, el tomador y el representante del tomador en el lugar de pago de la cambial. No podía ser de otra manera, ya que, por un lado, estaba la necesidad de la *distantia loci*, y, por otro, la falta del endoso. Por esto es que en el Siglo XVII el primer endosante no se considera como tomador, sino representante del tomador, representante ya designado en el título; por lo que al endosatario en un principio se le consideró como un substituto de este representante.

Con la evolución del endoso se obtiene su mejor distinción con el aval. Esta distinción, que ya aparece con claridad en la obra de *Savary Senior*, aun en la actualidad es a veces obscura para los hombres de negocios. Esto es muy natural, puesto que el endoso satisface simultáneamente una función en la transmisión del título y una función de garantía sobre su pago; a veces sucede que los endosos de un título no corresponden a una circulación efectiva de un endosante a otro y que se endosen teniendo en cuenta tan sólo su función de garantía sobre el pago del título. Sobre este punto cf. *Valeri*, vol. II, p. 179.

En el derecho inglés, como se sabe, no existe el aval; en parte sus funciones se desempeñan por los endosos de quienes no son holders in due course; estos endosos implican una responsabilidad de regreso de quien los firma, frente al titular de la cambial, cuando éste figura en un grado posterior en la orden descendente de las firmas del título (art. 56 B. E. A.).

⁷⁶³ Véase arriba, n. 172. De allí que en rigor sea extraño a la tradición francesa, salvo naturalmente por la reciente ley cambiaria que introdujo en Francia las normas de la Convención internacional de Ginebra, y que precisamente recurre al concepto indicado. Nos parece inútil volver a destacar la influencia de esta circunstancia sobre la distinta orientación que en consecuencia tomaron, por una parte, la doctrina francesa y, por otra, la alemana e italiana. Indicamos esta diversidad de orientación cuando tratamos el problema de la titularidad del derecho cartular, y la volveremos a encontrar en relación con la naturaleza del endoso.

⁷⁶⁴ Particularmente en los títulos a la orden no cambiarios, es frecuente en la reglamentación legislativa la referencia a normas cambiarias; la opinión dominante que considera que la referencia se debe entender en la actualidad con relación a la vigente ley cambiaria, que substituyó integralmente a las normas del código, es exacta (*Fontana, Rivista di diritto agrario*, 1934, pág. 227; *Scorza, Polizza di carico*, vol. I, pág. 197). Sin embargo, pueden surgir dudas en la interpretación de la referencia, debido al

211.—Es más reciente el origen de los títulos nominativos, cuyo reconocimiento como títulos de crédito casi se ha visto realizado a nuestros ojos, pues mal se puede decir concluido el camino a través del cual se admitió que la nominatividad no contrasta la naturaleza del título de crédito. En la doctrina italiana, este principio está ligado al nombre de *Vivante*; en la legislación italiana se encuentra consagrado en el R. D. n.º 1364, de 7 de junio de 1923 ⁷⁶⁵.

Dentro de la hipótesis del título nominativo hay un "título" (que común-

distinto sistema del código y de la ley cambiaria, cuando la referencia no concierna genéricamente a las normas cambiarias, sino a las especiales de determinada institución cambiaria. Entiendo que la referencia se debe interpretar en relación con las nuevas normas sobre las que el asunto se refiere y no con las que estén comprendidas sobre un título de la nueva ley, correspondiente al asunto referido, a menos que no se pueda inducir, de la distinta colocación de la norma en la nueva ley, un alcance distinto. En principio se propone en esta hipótesis un problema de derecho intertemporal, lógicamente análoga a la que en el derecho internacional privado se acostumbra denominar calificación. Por ejemplo ¿cuando el código (como en el art. 555) hace remisión a las normas cambiarias sobre el endoso, debemos recurrir a las normas relativas al endoso, según el sistema del código, o a las relativas al endoso, según el sistema de la ley cambiaria sucesiva? Entiendo que para la interpretación de la remisión, es necesario partir del sistema vigente en el momento en que la remisión se hace, y no del introducido sucesivamente, con un cambio de la ley referida.

⁷⁶⁵ En Alemania falta un concepto preciso del título nominativo; el concepto del *Recktapapier* abarca tanto los títulos nominativos como los impropios. Cf. a *Raiser*, *Das Recktapapier* en la *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 1935, pág. 13.

Mossa, *Cambiale*, vol. I, n. 88, en Italia, se aproxima al concepto alemán, lo que con frecuencia lo lleva a negar —al igual de lo que pasa en la doctrina alemana; véase arriba, n. 15— que la autonomía constituya una característica esencial de todos los títulos de crédito. Contra *Mossa*, véase a *Vivante*, n. 953; *Messineo*, vol. I, n. 21 y vol. II, n. 176; *Carnelutti*, *Teoria della circolazione*, n. 74; *Valeri*, vol. I, pág. 155.

Por tanto no habrá un título de crédito nominativo (sino tan sólo un título impropio), a falta de la característica de la autonomía, y, en consecuencia, la circulación se opera con los efectos de la cesión.

Parece que tampoco en el derecho brasileño es muy claro el reconocimiento de la existencia de verdaderos "títulos de crédito" nominativos. Con fundamento en la doctrina del Siglo XIX, así se conciben los títulos nominativos; esa doctrina en realidad es exacta tan sólo para los títulos nominativos impropios, mas no para los que constituyen verdaderos títulos de crédito. Cf. por ejemplo a *Octavio Mendes*, *ob. cit.*, que, siguiendo a *Brunner*, niega que sean cosas muebles. Esta negativa es verdadera sólo para los títulos nominativos impropios, precisamente porque éstos no son títulos de crédito, y por esto tampoco son cosas muebles; pero es inexacta (v. de hecho n. 260) para los títulos nominativos que son verdaderos títulos de crédito.

Esta resistencia para reconocer en los títulos nominativos el carácter de títulos de crédito, es consecuencia de la circunstancia de que son de origen reciente los verdaderos títulos de crédito nominativos (véase en el mismo sentido, más adelante, n.

mente se le llama "certificado"); este certificado no sólo se refiere a la persona que se designa nominativamente en el título, sino que además esta designación corresponde a otra idéntica en el libro del emitente. La posesión deriva de la posesión del certificado aunada con el registro del libro del emisor; la transmisión de la posesión únicamente se verifica mediante registro en el libro del emisor (transfert) seguido de la emisión de un certificado nuevo.

Por tanto, para que el tercero adquirente (en virtud del transfert) goce de una protección análoga a la del adquirente de un título a la orden o al portador, se justifica estimar los títulos nominativos como títulos de crédito, a pesar de su peculiar disciplina de transmisión.

212.—El lector debe haber observado que en las páginas anteriores hablé de la transmisión de la posesión (y no de la propiedad) del título.

Realmente esa orientación se impone, tanto en el terreno lógico cuanto en el del derecho positivo.

En el terreno lógico, es evidente que la tradición directamente es correlativa a la transmisión de la posesión, y, en efecto, encontramos la tradición en la transmisión de los títulos de crédito ⁷⁶⁶.

Dentro del terreno del derecho positivo basta recordar la hipótesis de una transmisión *a non domino*, que se hace a un adquirente de mala fe ⁷⁶⁷, para comprobar que el adquirente (en virtud de la tradición, en el título al portador; de la tradición y de una serie regular de endosos, en el título a la orden; de la posesión del certificado y del registro en los libros del emisor, en el título nominativo) es simplemente poseedor y no propietario. Tan es verdad, que queda expuesto a la reivindicación (art. 20 de la ley cambiaria; 57 del cod. com.; 7 del R. D. n.º 1364 de 7 de junio de 1923) ⁷⁶⁸.

216) y de que, por otra parte, con frecuencia la forma nominativa es característica de los títulos impropios (v. antes n. 169).

Una exposición sobre los títulos nominativos, con la aceptación precisa de su carácter de títulos de crédito, se puede ver en *Carvalho de Mendonça, ob. cit.*, pág. 63 y sigs.

⁷⁶⁶ En los títulos nominativos se puede hablar de tradición, sólo cuando el transfert se haga como consecuencia de la simple tradición, o de la tradición con endoso, del certificado. Sobre esta posibilidad véase más adelante, n. 216. Sin embargo, en los títulos nominativos, la adquisición que se realiza con el transfert se refiere a la posesión y no a la propiedad. En efecto, véase art. 7 R. D., n. 1364 de 7 de junio de 1923.

⁷⁶⁷ O en los sistemas extranjeros ya indicados, en los que el adquirente, aunque sea de buena fe, no está protegido.

⁷⁶⁸ Como se sabe, la buena fe se presume, y eso vale para todos los títulos de crédito, y además como regla general. Por tanto, el que impugna la existencia de la buena fe tiene que probarla.

Sólo con la concurrencia de otros requisitos el adquirente poseedor llegará también a ser propietario. A continuación haremos el examen de esos requisitos ⁷⁶⁹.

213.—Esta conclusión lógicamente lleva a otra, que ve en el efecto inmediato de la transmisión del título (y, por tanto, de la tradición en los títulos al portador; de la tradición con endoso en los a la orden; del *transfert*, en los nominativos) en la legitimación ⁷⁷⁰ y en la consecuente investidura del *accipiens* ⁷⁷¹, que adquiere la posibilidad de ejercitar el derecho, independientemente de la concurrencia de los demás requisitos, con cuya concurrencia adquiere la titularidad a través de la propiedad del título.

En efecto, de lo que escribimos en los capítulos anteriores, deriva que justamente es a la posesión del título a la que en materia de legitimación hay que recurrir, al contrario de lo que sucede cuando se piensa en la titularidad del derecho cartular, pues entonces es preciso recurrir a la propiedad.

214.—En los títulos al portador, la posesión se transfiere por la simple tradición.

La naturaleza jurídica de la tradición de un título de crédito sólo la puede indicar, a mi modo de ver, la doctrina sobre la tradición en general.

A propósito de la naturaleza jurídica de la tradición, siga la doctrina que reconoce en la misma un negocio jurídico bilateral, en el que toman parte tanto el *tradens* como el *accipiens*; un negocio jurídico, que además en el derecho italiano es causal ⁷⁷².

⁷⁶⁹ En el mismo sentido *Messineo*, 1ª ed., pág. 113, con quien coincido en lo que se refiere a la posesión (y no a la propiedad) en la transmisión del título, de acuerdo con las distintas leyes de circulación y cuando entiende que esa transmisión tiene por objeto el título (y no indirectamente, el derecho). En el mismo sentido, *Vivante*, vol. III, n. 1126. *Messineo* y *Vivante*, así como *Ferrara*, citado adelante, con predominio se refieren al endoso.

⁷⁷⁰ *Ferrara Junior*, *Girata della cambiale*, pág. 158 y sig.

⁷⁷¹ Investidura que naturalmente es a título de propiedad, en el endoso en propiedad; de representación, en el de procuración; de prenda, en el de garantía (lo mismo se debe decir en los títulos nominativos en cuanto al distinto título con que se puede hacer el registro), precisamente porque en los títulos a la orden y en los nominativos, la transmisión de la posesión puede calificarse cartularmente (a través de los distintos endosos o de las diversas anotaciones en los registros), lo que no es posible en los títulos al portador. Cf. también a *Valeri*, vol. I, pág. 279.

⁷⁷² Cf. a *Bonfante* en las notas a *Windscheid*, vol. VI, pág. 234. Parece que *Messineo*, pág. 111 juzga la tradición de los títulos de crédito como abstracta y unilateral, por analogía con la obligación cartular.

No hay necesidad alguna de ver en la tradición de un título de crédito, un acto unilateral y abstracto, en contraste con las reglas generales en materia de tradición, porque el poseedor de buena fe de cualquier manera se encuentra protegido como propietario del título.

215.—En los títulos a la orden siempre se necesita la tradición y es indispensable el endoso por lo que sólo se legitimará el poseedor del título que lo sea en virtud de una serie regular de endosos ⁷⁷³.

El endoso integra la transmisión de la posesión, y es un elemento que se hace necesario de acuerdo con las normas especiales de la circulación de los títulos a la orden ⁷⁷⁴.

A mi modo de ver, precisamente esta es la significación del endoso y la diferencia esencial que existe entre la transmisión de los títulos a la orden, antes de su introducción, y la que se realiza después de esa introducción.

Antes de la introducción del endoso, los títulos a la orden circulaban, pero entonces el objeto de la transmisión era el propio derecho, tanto que el acreedor sucesivo se consideraba como un procurador o cesionario del acreedor anterior.

Después de la introducción del verdadero endoso, en el Siglo XVII, y aún más, después de los principios de la ordenanza de cambio de 1848, cada uno de los titulares sucesivos del derecho tiene una posición autónoma, y la explicación de esta autonomía está, como vimos, en la circunstancia de que la titularidad del derecho deriva de la propiedad del título, en forma originaria y autónoma.

La transmisión que se realiza en virtud del endoso, por tanto, no se

Sobre la causalidad y la bilateralidad de la tradición, en la transmisión de los títulos de crédito, véase a *Bonelli*, pág. 38, y a *Valeri*, vol. I, pág. 132.

Debe indicarse que el título de crédito en su circulación se considera como una cosa; por tanto, se puede transmitir por cualquier causa. Realmente las reglas que desarrollaremos sobre la circulación del título (así como las relativas a su titularidad y constitución) son independientes del hecho de que el título sea abstracto o causal.

A la vez que la asunción de la obligación cartular puede ser causal o abstracta (cf. n. 95), vinculándose en la primera hipótesis con la transmisión del título por causa determinada, como en general lo es la transmisión de las cosas y de los derechos, se puede verificar por cualquier causa, aunque en el derecho italiano la transmisión en cada caso debe derivarse de un acto causal y no así de uno abstracto.

⁷⁷³ O sea por una serie de endosos (pudiendo estar el último en blanco) en los que cada endosante sea endosatario en el endoso inmediato anterior, siendo endosante en el primer endoso el tomador del título. En el caso en que entre los endosos esté uno en blanco, se presume que es el endosatario, el endosante del endoso posterior. Cf. art. 16 de la convención internacional. En el derecho brasileño, cf. art. 39, D n. 2044.

Este es el principio de la *continuidad* de los endosos.

⁷⁷⁴ Cf. en el derecho norte-americano, sec. 30 N. I. L. "if (the negotiable instrument is) payable to bearer it is negotiated by delivery: if payable to orders it is negotiated by the endorsement of the holder completed by delivery".

refiere al derecho, sino al título; por eso el endoso sólo se puede considerar como un requisito necesario para la transmisión de la posesión del título ⁷⁷⁵.

Entendido el endoso como complemento de la tradición, constituye un negocio unilateral del que sólo participa el endosante y que, además, no contiene atribución patrimonial alguna ⁷⁷⁶, naturalmente que cuando de ella no deriva una responsabilidad para el endosante ⁷⁷⁷, al contrario de lo que pasa con los títulos cambiarios.

Los que partiendo de estas premisas quieren ver en el endoso un negocio

⁷⁷⁵ Este principio constituye la explicación de la imposibilidad de un endoso parcial (art. 16 de la ley italiana, de acuerdo con la convención internacional; en el derecho brasileño, art. 8 del Decreto n. 2044). Esta regla es peculiar de todos los títulos a la orden (cf. en el derecho brasileño el art. 5º del decreto n. 19473 sobre el certificado; art. 16, § 2, D. n. 492 de 30 de agosto de 1937, sobre la cédula pignoratícia) y opuesta a la que reglamenta la aceptación (art. 31 de la ley italiana; en el derecho brasileño cf. el art. 11 del decreto n. 2044) y sobre el aval (art. 35 de la ley italiana). El endoso no puede ser parcial, porque no puede ser "parcial" la transmisión de la posesión de una cosa. Adelante veremos (n. 295) que el título de crédito se considera como una cosa y hasta como cosa "indivisible", y es evidente que esa indivisibilidad necesariamente se debe respetar en la circulación del título. (Sobre la imposibilidad del endoso parcial, cf. también sec. 32 N. I. L. en el derecho norteamericano).

Sólo se le puede abandonar en el momento del pago (con la posibilidad de un pago parcial, admitida para los títulos cambiarios, en los distintos derechos, excepto el español, art. 494), precisamente porque en relación con su circulación y no con su pago, el título se considera como una cosa indivisible.

Mientras tanto, en vista de los principios generales propios de las obligaciones, la posibilidad del pago parcial del título (aunque es conciliable con las reglas propias de los títulos de crédito) representa una excepción que encuentra su justificación en la posible multiplicidad de obligados en un mismo título de crédito (lo que pasa en los títulos cambiarios), y en el interés de facilitar su liberación (cf. sobre una aplicación más de esta necesidad, aunque con una aplicación completamente distinta de esta exigencia n. 143). Por eso a falta de disposición expresa, no se puede admitir en el caso en que el título no implique la posibilidad de una pluralidad de obligaciones en diversos grados.

Justamente son las exigencias de la circulación y de la indivisibilidad del título las que imponen la "nulidad" del endoso parcial. Distinta es la hipótesis del endoso condicionado, imposible en los títulos cambiarios (cf. ns. 228 y 262). La condición, entonces, se tiene por no escrita, siendo, por tanto válido el endoso (Art. 16 de la ley cambiaria).

⁷⁷⁶ Realmente la atribución patrimonial deriva de la tradición. Sobre la imposibilidad de aplicar el concepto de causa a los actos que no implican atribución patrimonial, véase lo que ya escribimos en otro capítulo, n. 53.

⁷⁷⁷ En el mismo sentido del texto, *Ferrara Junior*, pág. 182; *Valeri*, vol. II, pág. 212.

plurilateral ⁷⁷⁸, confunden sus efectos eventuales en relación con diversos sujetos, con el número de voluntades que concurren para integrarlo.

Naturalmente que el endoso produce sus efectos en relación con distintos sujetos (endosante, endosatario, deudor principal), pero tan sólo surge por la voluntad del endosante, y por tanto no se le puede admitir como negocio plurilateral ⁷⁷⁹.

216.—En los títulos nominativos, la transmisión de la posesión del título

⁷⁷⁸ Atendiendo a lo que más adelante diremos sobre la naturaleza de la declaración cartular, desde luego podemos agregar que el endoso constituye un negocio unilateral *no recepticio*, o mejor dicho, un negocio basado en una "manifestación" de voluntad. Cuando el endoso implica una obligación de regreso, constituye un negocio *abstracto*, porque tal es, como vimos, la obligación de regreso. De acuerdo, *Valeri*, vol. II, pág. 212. Naturalmente que la conclusión sobre este aspecto, puede ser distinta en un sistema en el que la abstracción de la obligación cambiaria no sea clara, y que correlativamente exija en el endoso la indicación de valor recibido o acreditado. Cf. el art. 626 del Código argentino.

⁷⁷⁹ Se reconoció la validez del endoso en blanco en la Convención de Ginebra, art. 13 (igual al art. 17 de la ley cambiaria), de acuerdo con el derecho ya vigente en Italia.

En el derecho francés la posibilidad del endoso en blanco se admitió con la ley de 8 de febrero de 1922.

Se le admite tanto en el sistema de la Convención de Ginebra como en los sistemas anglo-norte-americano y ruso (art. 7 de la ley soviética, de 1922).

Esta admisión confirma la tesis de que el endoso se liga con la circulación del título (y no directamente con la del derecho), y contrasta con la tesis de la cesión o de la delegación. Cf. lo mismo, en la n. 204.

La admisión del endoso en blanco me parece, en principio, peculiar de todos los títulos a la orden. Cf. en el derecho brasileño el art. 8° del Decreto n. 2044 y el art. 3° parágrafo 2° del Decreto n. 19473. (Contra la admisión del endoso en blanco, cf. art. 16, Ley n. 492 de 30 de agosto de 1937, en lo que se refiere, en el derecho brasileño, a cédula pignoratícia). Sobre la naturaleza del endoso en blanco y sobre la diferencia entre sus principios y los de la cambial en blanco, cf. a *Valeri*, vol. II, pág. 226; *Ferrara Junior*, pág. 243.

Mientras el endoso permanezca en blanco, prácticamente el título a la orden en cuanto a su circulación y en lo que se refiere a esta circulación, se aproximará a un título al portador. Sin embargo, véase lo que dice al respecto *Whitaker*, pág. 127. Cf. en el mismo sentido, adelante, n. 251, sobre el pago del título endosado en blanco, y el n. 254 sobre la interpretación de un endoso en blanco seguido por otro completo.

Por el contrario, un título a la orden, con el nombre del tomador en blanco, puede circular como un título al portador, sólo cuando se trate de un título que también pueda ser al portador, y que se considere como tal cuando falte el nombre del tomador (es lo que pasa en el derecho italiano con el cheque, mas no con la cambial). De otro modo, quien consiente en adquirirlo en esa situación, no podrá disfrutar de una posición autónoma, pues en vista de la ley de circulación del título, su consentimiento contrasta con la posibilidad de adquirir una posición autónoma; cf. ns. 90 y 203.

se realiza con el registro (*transfert*) en los libros del emisor y con la emisión de un ⁷⁸⁰ certificado nuevo a nombre del adquirente.

Se puede ver en el *transfert* una *conditio juris* ⁷⁸¹, a cuya verificación se sujeta la eficacia de la transmisión de la posesión sin que obre retroactivamente ⁷⁸².

El cumplimiento de esta condición se deja a la voluntad del que adquirió el título; él tiene el derecho de obtener del emisor un certificado nuevo a su nombre (o la inscripción de su nombre en el certificado que ya existe) y la anotación en el registro respectivo, con el perfeccionamiento consiguiente de su adquisición cartular.

En la inscripción en los registros del emisor se debe ver una forma de publicidad, insustituible por cualquiera otra.

Se discute la naturaleza de esa anotación, y especialmente su abstracción o causalidad. A mi modo de ver, como ella no implica ninguna atribución patrimonial, no creo que se pueda recurrir a la distinción entre causalidad y abstracción. Con la inscripción, el emisor no hace, en principio, más que tomar nota de la transmisión hecha.

Para que se le obligue a ejecutar el *transfert*, se necesita que se haya realizado la transmisión del título, y esa transmisión debe constar en un documento auténtico o por la tradición del certificado mediante un endoso autenticado ⁷⁸³.

Véase Cas. del Reino de 28 de julio de 1932, *Foro It.*, 1933, I, 206 y de 9 de enero de 1936, *Foro It.*, 1936, I, 318; *Bonelli*, n. 95; *Vivante*, n. 1114.

⁷⁸⁰ Excepcionalmente el emisor pone el nombre del nuevo poseedor en el certificado ya existente.

⁷⁸¹ Cf. sobre el concepto de la *conditio juris* el estudio de *Oertmann*, *Die Rechtsbedingung*, y el de *A. Scialoja*, en *Saggi di vario diritto*, vol. II.

⁷⁸² Afirmación análoga se podría también hacer sobre el endoso considerado en relación con la tradición del título.

⁷⁸³ Cf. R. D. n. 1364, de 7 de junio de 1923. Pero justamente la transmisión se debe ejecutar (cf. *De Gregorio*, *ob. cit.* p. 498 y sigs.):

- a).—mediante petición del transmisor y prueba de su identidad y capacidad;
- b).—mediante petición de aquel a cuyo nombre se debe hacer el *transfert*, exhibiendo el documento auténtico de su título a la transmisión, o, a mi modo de ver, sentencia con calidad de cosa juzgada;
- c).—también mediante declaración en el libro de los socios, firmada por el transmisor y por el adquirente, siempre que se trate de acciones;
- d).—sobre los títulos nominativos no emitidos por el estado (p. ej. acciones), mediante la presentación por su poseedor, del certificado endosado a su favor con un endoso autenticado por notario, agente de cambio, u otro oficial público que sea competente (o con una serie de endosos autenticados desde el primero hasta el último, que aparezca de lo inscrito en el certificado hasta el endosante

A la ley le preocupa la validez del negocio de transmisión del título, sujetando al que pide la transmisión, a probar su identidad y capacidad, y al oficial público que autentifica el endoso, a responder de la identidad y de la capacidad del endosante, y aún más, en los títulos no liberados, la del endosatario.

que lo presente). Siempre que un certificado se haya emitido (y no anulado), el que lo transmite no puede requerir el *transfert* a otro, cuando carezca del certificado. De este modo se obtiene una tutela para el adquirente hasta antes del *transfert*, y se hace posible una fácil y rápida circulación del título nominativo, aunque conservando sus propias características y el alcance del *transfert* sobre la eficacia de la transmisión. Esta es la innovación que introdujo el D. R. n. 1364 de 7 de junio de 1923, y gracias a ella evidentemente se facilitó mucho la circulación de los títulos nominativos. Sobre la disciplina del endoso (autenticado), la posibilidad de un endoso en blanco, de un endoso en garantía o en procuración, existen reglas que corresponden a las propias de los títulos a la orden.

En la América del Norte y en Inglaterra se alcanza el mismo resultado práctico (donde las acciones de las sociedades siempre son nominativas), pues las acciones nominativas se pueden transmitir por la inscripción en el propio título, de la declaración de transmisión, pudiendo entoces el adquirente tener la posibilidad de requerir el *transfert* a su nombre Cf. *Cook, Principles of corporation Law*, cit. p. 195 y sigs., y antes p. 185, n. 117).

En el mismo sentido los arts. 25, 26 y 27 de la Ley de Títulos de Crédito, de México; en Francia, la Ley de 12 de julio de 1926, que además no exige la autenticación del endoso, y en esta hipótesis, clasifica al título como "a la orden". Esta clasificación no es correcta porque la transmisión del título no se perfecciona sin el registro en el libro del emisor. Sobre lo que se dice sobre el decreto francés, cf. a *Rezard-Folgas, Le nouveau regime du transfert des titres nominatifs et le certificat de propriété*, París, 1928.

La reglamentación que se indica arriba, creo que es de gran alcance en la historia de los títulos de crédito. Determina el carácter de título de crédito en los títulos nominativos y satisface las exigencias de una circulación fácil, de las acciones nominativas y de los títulos nominativos en general. Permite satisfacer las exigencias que requieren que la participación del socio en las sociedades anónimas, esté incorporada en un título de crédito (y que se vinculan con la función económica propia y peculiar de las sociedades anónimas), aunque falte el anonimato, característico de los títulos al portador, existiendo, por tanto, la posibilidad de identificar a un responsable de las deudas que deriven eventualmente de la titularidad de la acción (por ejemplo, sobre el impuesto complementario o del impuesto sobre sucesiones).

La experiencia anglo-norte-americana (en vista de que allí las acciones son nominativas) en tesis demuestra la posibilidad de esta conciliación, cuya procedencia se deberá examinar por separado sobre las exigencias y las distintas costumbres de los diversos países.

En el derecho brasileño, siguiendo una tendencia inversa a aquella que hemos indicado antes, sobre la terminología francesa, habla de títulos "nominativos", también con relación a los títulos que aunque contengan la indicación del nombre de su

También en los títulos nominativos la circulación se refiere al título; la transmisión de la posesión respectiva se perfecciona precisamente cuando se realizan las operaciones necesarias en el registro del emisor y en el certificado ⁷⁸⁴.

217.—Hice notar que con la circulación del título, de acuerdo con las distintas formas en que necesariamente se realiza ésta, lo que precisamente se transmite es sólo la posesión del título; por tanto, el adquirente, que se legitima, no por eso solo es titular.

Como legitimado puede ejercitar el derecho y transmitir el título, mas si por un lado no es titular, será vencido en el conflicto con el titular, y por otro, el pago que se le haga no liberaría al deudor si hubo dolo o culpa grave sobre la falta de titularidad.

Para que se verifique la adquisición de la titularidad por el nuevo poseedor, son necesarios los demás requisitos que se exigen por la ley para la adquisición de la propiedad de cosas muebles ⁷⁸⁵.

218.—Ante todo es necesario el poder de disposición por parte del *tradens*. Precisamente este es el elemento cuya falta se subsana en el sistema italiano ⁷⁸⁶, por la buena fe del adquirente, de modo que es buena la adquisición del título, mientras el que adquiere la posesión de acuerdo con las reglas propias de su circulación ⁷⁸⁷, ignore (y pueda ignorar sin culpa

titular, son transmisibles por endoso independientemente de cualquier registro en los libros del emisor; por tanto, son títulos a la orden. Tal es el caso del llamado cheque "nominativo", en el art. 3 del D. n. 2591 de 7 de agosto de 1912, y el certificado "nominativo". Cuando estos títulos (tal es el caso del cheque o del certificado, nominativo sin cláusula a la orden, en el derecho brasileño) sólo sean transferibles con las formas y con los efectos del derecho común, se verifica la hipótesis que se examinará en el n. 298.

En el sistema brasileño no existe la posibilidad de requerir el *transfert* de un título nominativo, en virtud de su endoso. Es obvio que esta diferencia influye, a su vez, para determinar una diferencia en la orientación general: más favorable a la aproximación de los títulos nominativos que a otros títulos de crédito, en el derecho italiano; menos favorable, en el derecho brasileño. Cf. en efecto, a *Trajano de Miranda Valverde, Sociedades por Ações*, Rio, 1942, vol. I, p. 133.

⁷⁸⁴ En el mismo sentido *Messineo*, 1ª ed., p. 125, con quien substancialmente coincide en este aspecto.

⁷⁸⁵ Cf. también, arriba n. 175 con relación a la distinción entre legitimación y titularidad.

⁷⁸⁶ Sobre el sistema brasileño véase adelante, n. 236 y antes n. 174.

⁷⁸⁷ De este modo resalta la importancia del hecho de que al adquirir la propiedad del título, la posesión se haya obtenido conforme a la ley de su circulación, cuando el transmisor esté legitimado. Este principio coincide con el general de la tutela de la posesión de buena fe en la circulación de las cosas muebles.

grave) que el *tradens*, aunque legitimado ⁷⁸⁸, no era el propietario ⁷⁸⁹. En esta hipótesis se observa que la mala y la buena fe se refieren al conocimiento y a la ignorancia de la falta de titularidad del *tradens*; en tanto que la "culpa" consiste en la omisión, en el momento de la adquisición, de las precauciones elementales que cualquier persona ⁷⁹⁰ habría tomado y que habrían determinado el conocimiento de la falta de titularidad del *tradens* ⁷⁹¹.

Pero *quid juris*, si aunque se haya adquirido *a domino*, y por tanto se trata de un adquirente de buena fe ⁷⁹², el *accipiens* sabía que el título se había perdido o robado, o que alguno de los anteriores poseedores no era en modo alguno el propietario? Es verdad que por una parte la adquisición del título en esta hipótesis se hizo *a domino*, esto es, que el que transmite el título es su propietario, pero, por otra parte, el que adquiere sabe que entre los poseedores anteriores había uno que no era propietario; que el título por ejemplo hubiera sido robado o perdido. ¿La buena fe del poseedor intermedio sana a la mala fe del sucesivo? ¿La buena fe es un requisito necesario sólo en las adquisiciones que se hacen directamente *a non domino* o es un requisito necesario para adquirir la propiedad de una cosa que entra irregularmente en circulación?

Se acostumbra responder ⁷⁹³ que la buena fe del poseedor intermedio

⁷⁸⁸ Poseedor en los títulos al portador; último endosatario de una serie continua de endosos a partir del tomador, en los títulos a la orden; inscrito en los libros del emitente y en el título, en los nominativos.

⁷⁸⁹ Es innecesario agregar que la tutela del adquirente de buena fe *a non domino*, no quita al despojado la posibilidad de demandar por daños y perjuicios al responsable.

⁷⁹⁰ No basta la simple omisión de la diligencia normal en el comercio, porque ésta daría lugar a una simple culpa leve; *Ferrara, Girata della cambiale*, pag. 356.

⁷⁹¹ *Valeri*, vol. I, pag. 238.

Sobre la equiparación de la mala fe con la culpa grave (establecida en cuanto a los títulos cambiarios) cf. antes n. 173. En el derecho brasileño, hasta para los títulos cambiarios, la ley sólo se refiere a la mala fe: art. 39, § 2, D. n. 2044.

⁷⁹² En el derecho civil, el problema es menos grave, porque el principio de la buena fe no prevalece sobre las cosas extraviadas o robadas, de manera que las preguntas formuladas en el texto sólo pueden surgir cuando la cosa haya sido sustraída a un propietario anterior, por medio de apropiación indebida.

⁷⁹³ *Valeri*, vol. I, pag. 243; *Bonelli*, ns. 322 y 367; *Bracco*, n. 51; Cas. de 27 de julio de 1933, *Foro It.*, 1933; I, 1300; en contra *Mossa*, n. 397. Los trabajos preparatorios de la Convención de Ginebra son explícitos en este sentido. En efecto, se lee en la pag. 132 de las indicadas *Comptes rendus*, en la relación del comité de redacción: "Il est entendu du reste que lorsqu'un premier endossataire a ignoré la perte ou le vol (à plus généralement le fait que le porteur a été illégitimement déposé) de la lettre de change, celle-ci se trouve, par là même, purgée du vice dont elle étrit entachée de ce chef et qu'elle peut être transmise ultérieurement à un autre

sana a la mala fe del sucesivo, esto es, que la buena fe es un requisito para la adquisición *a non domino*, mas no para la adquisición *a domino*. La consecuencia es grave sin discusión alguna, pero si se resolviera en otra forma, se acabaría por detener la circulación del título en manos de su poseedor de buena fe, siempre que, por ejemplo, la apropiación anterior indebida o el extravío se hiciesen públicos; esto iría en contra de la amplia protección que la ley trata de conceder al poseedor de buena fe.

219.—Independientemente del poder del *tradens* sobre la disposición del título, es necesario, naturalmente, para la transmisión de la propiedad, que en concreto el *tradens* válidamente haya manifestado su voluntad de emitir esa manifestación de voluntad, por ejemplo la de la transmisión de la propiedad del título.

220.—Sobre el primer punto, se duda si la eficacia saneadora de la buena fe del adquirente abarca también los vicios del negocio de transmisión (por ejemplo: que el *tradens* sea incapaz; que su voluntad esté viciada; que no sea representante del que transmite con esta calidad; que el que transmite sea persona distinta de aquella que figura como transmisor); la opinión dominante al respecto responde que estos vicios no quedan saneados ⁷⁹⁴.

En esta hipótesis ⁷⁹⁵ el poseedor se legitima de modo formalmente *rendossataire*, même si ce dernier connaît la dépossession illégitime antérieure". En el derecho anglo-norte-americano, cf. la Sec. 58 N. I. L. y a *Daniel, ob. cit.* 934 y sig., véase antes n. 173.

Es innecesario agregar que la regla del texto, se refiere a la adquisición efectiva *a domino*; no a la adquisición putativa *a domino*, pero en realidad *a non domino*. En esta última hipótesis, en efecto, la adquisición es *a non domino*, y por tanto el adquirente no quedará tutelado cuando sepa que el título ha sido anteriormente robado o perdido.

⁷⁹⁴ *Benelli*, n. 111; *Valeri*, vol. II, pag. 233; Cas. del Reino, de 20 de marzo de 1936, *Rivista di diritto commerciale*, 1937, II, pag. 52; en contra *Mossa*, vol. I, n. 399 y vol. II, n. 440.

En efecto, según vimos, el adquirente para verificar si el transmisor es o no titular, tendría que examinar todas las transmisiones del título. Esto va en contra de la circulación del título, y por esto, como ya lo indicamos, el derecho tutela al poseedor que adquirió de buena fe y sin culpa grave.

Sin embargo en lo que se dice sobre el negocio de transmisión que constituye el título de su adquisición, no sería posible recurrir a las mismas consideraciones: por tanto, es natural concluir que no quedarán comprendidos los vicios del negocio de transmisión, por la eficacia saneadora de la buena fe del adquirente. En los casos prácticos, más frecuentes de vicios en el negocio de transmisión (p. ej. los que conciernen a la identidad o capacidad del transmisor), el riesgo a cargo del adquirente es pequeño, pues normalmente es fácil la investigación de la situación personal del transmisor.

⁷⁹⁵ El principio corresponde al que generalmente se admite en la circulación de las cosas muebles.

gular ⁷⁹⁶, y por eso puede ejercitar el derecho respectivo ⁷⁹⁷, así como transmitir el título ⁷⁹⁸, pero no es el titular ⁷⁹⁹. De este modo se vuelve a manifestar la diferencia entre titularidad y legitimación, que nos sirvió de punto de partida al examinar el lado activo del derecho cartular ⁸⁰⁰.

221.—También en relación con los vicios del negocio de transmisión, tenemos que considerar un problema análogo al que pusimos en relación con la propiedad del *tradens*: el de determinar cuál es la posición del segundo (o tercero...) adquirente. ¿En qué medida queda protegido el adquirente de aquel que a su vez adquirió en virtud de un negocio de transmisión viciado?

Las consideraciones que preceden nos permiten responder a esta pregunta. Los vicios del negocio de transmisión, acarrear como efecto la nulidad o la anulabilidad de la adquisición ⁸⁰¹.

En el primer caso acarrear la falta de titularidad del adquirente en virtud del negocio viciado. En consecuencia, quien adquiere el título del pri-

⁷⁹⁶ En el caso de títulos a la orden, será necesario, naturalmente, un endoso formalmente regular; en el de títulos nominativos, un *transfert*.

⁷⁹⁷ Como indicamos, el deudor puede con eficacia liberatoria ejecutar la prestación al que presenta el título, aunque éste no sea el titular, a menos que al pagar lo haga con fraude o incurriendo en culpa grave (art. 46 de la ley cambiaria; 40 de la Convención). Sobre los títulos nominativos, el R. D. n. 1364, de 7 de junio de 1923, que determina que el oficial que haga la autenticación es responsable de la identidad del endosante, y en los títulos no liberados, del endosatario y de su capacidad; la doctrina, con *Vivante*, vol. III, pag. 170 de la V. Ed., sostiene la eficacia liberatoria del pago efectuado por el deudor al legitimado. En el derecho brasileño, cf. art. 1505 del cod. civil; art. 23 del D. 2044; arts. 25 y 26 del D. 2627).

⁷⁹⁸ El que lo adquiere de buena fe se vuelve titular.

⁷⁹⁹ Y por eso queda expuesto a la reivindicación del título por el *tradens*; cualquier deudor, a su vez, puede oponerle la excepción relativa, esto es, negarle la prestación, en el caso de *nulidad* del negocio de transmisión. Obsérvese sin embargo que la mayor parte de los vicios del negocio de transmisión (incapacidad, vicios del consentimiento) dan lugar a una simple *anulabilidad* , de modo que el negocio de transmisión será válido, si la acción respectiva no se intenta dentro de los plazos legales, y el deudor no podrá oponer la excepción respectiva, si tampoco es el *tradens* . En este sentido cf. Cas. del Reino, de 30 de marzo de 1933, *Rivista di diritto commerciale* , 1933, II, pag. 312 (en la hipótesis de transmisión de títulos por incapaces).

⁸⁰⁰ Cf. a *Valeri* , vol. II, pag. 240. El vicio del negocio de transmisión, constituye un hecho impeditivo de la adquisición de la propiedad cartular. La distinción entre el poder de disposición del *tradens* y el vicio del negocio de transmisión, en materia de cosas muebles, se consagra expresamente en el art. 622, del Cod. Civil brasileño, en su párrafo único. También cf. el comentario de *Clovis Bevilacqua* (arts. 1506 y 1507), en lo que dice respecto de los títulos al portador.

⁸⁰¹ Cf. la nota anterior.

mer adquirente, adquiere a *non domino* ⁸⁰². Por eso será titular, siempre que haya adquirido la posesión del título, de acuerdo con la ley de su circulación, de buena fe y sin culpa grave ⁸⁰³.

En el segundo caso los vicios del negocio de transmisión acarrean la anulabilidad de la adquisición que se hace en virtud del negocio viciado. El subadquirente quedará tutelado cuando adquiera la posesión de buena fe y sin culpa grave, conforme a la ley de circulación del título ⁸⁰⁴.

222.—En relación con el consentimiento para la transmisión de la propiedad del título, quedará excluido cuando el mismo endoso (o *transfert*), que integra la tradición, revele que no se hizo con fines de transmisión de la propiedad. Es lo que pasa con el endoso en procuración, al cobro, o valor en garantía ⁸⁰⁵. En esta hipótesis, es el propio endoso (o el propio *transfert*)

⁸⁰² Cf. a *Valeri*, vol. II, pag. 239. En principio la falta de poder de disposición del transmisor, examinada en las páginas anteriores, precisamente deriva de la nulidad de su adquisición.

⁸⁰³ La ignorancia de estos vicios por el que adquiere *directamente* en virtud de un negocio viciado, como vimos, no puede precluir la oposición de los mismos contra tal adquirente, pues respecto de él constituyen excepciones personales. Por el contrario, quien adquiere de ese *accipiens* adquiere en principio a *non domino*, quedando protegido si lo hace de buena fe (art. 20 de la Ley cambiaria; 57 del cod. com.; 7 del R. D. n. 1364, de 7 de junio de 1923). Cf. también, en el mismo sentido, a *Valeri*, vol. II, p. 243.

Estos principios se aplican en los casos en que el transmisor haya adquirido el título en virtud de un endoso "simulado" (cf. más adelante, n. 223) o de un endoso en blanco. Cf. a *Valeri*, vol. II, p. 241; en contra *Ferrara Junior*, ps. 353 y 508). Sobre este último caso cabe recordar que los principios del texto también son aplicables a los títulos al portador.

Los principios del texto me parecen aplicables también si la nulidad de la adquisición deriva de un vicio causal (p. ej. ilicitud) del negocio de transmisión. En contra, *Valeri*, vol. II, p. 240, que entiende que es el subadquirente titulado, aunque entonces haya obrado de mala fe.

En el derecho norte-americano, cf. Sec. 55 N.I.L.

⁸⁰⁴ Sobre la equiparación de la mala fe con la culpa grave cf. n. 173.

⁸⁰⁵ Se distinguen el endoso propio y el impropio, según que el endosatario esté legitimado como propietario del título, o como representante o poseedor a título pignoraticio.

Recuérdese que no todos los derechos previeron para todos los títulos a la orden, todas las formas de endoso impropio. El derecho brasileño enunciativamente prevé el endoso pignoraticio en el certificado, pero no lo prevé en la cambial y en el cheque (cf. n. 201).

En el caso en que el endoso impropio no se haya previsto legalmente, no se podrá poner; el endosatario podrá legitimarse cartularmente tan sólo con las calidades derivadas de las formas de endoso legalmente previstas; los ulteriores límites de su derecho, derivarán de convenios extracartulares.

el que califica la transmisión de la posesión del título, determinando que esa transmisión se hizo en procuración ⁸⁰⁶ o en garantía ⁸⁰⁷.

223.—Pero ese consentimiento podrá faltar a pesar de la existencia de un endoso en propiedad; aunque la presencia de este último haga presumir la tradición del título que se dió, con el fin de transmitir la propiedad.

En efecto, el endoso constituye tan sólo una condición para la transmisión de la posesión del título; para que el poseedor sea propietario del título, se necesita la existencia de los otros requisitos indispensables para la adquisición de la propiedad de las cosas muebles, y, por tanto, el consentimiento de las partes sobre la transmisión de la propiedad. De este modo no es imposible, y además es bastante frecuente, que la transmisión del título, aunque con endoso en propiedad, no se haga con el fin de transmitir la propiedad ⁸⁰⁸.

En esta hipótesis, el poseedor no será propietario y tampoco será titular del derecho cartular ⁸⁰⁹. Aunque se legitime como propietario en virtud de la posesión del título y del endoso en propiedad, no es propietario, y, por tanto, tan pronto como en el caso concreto se demuestre, no podrá ejercitar en nombre propio el derecho cartular ⁸¹⁰.

Esta hipótesis es aún más clara en los títulos al portador, cuya posesión

⁸⁰⁶ Es evidente que en esta hipótesis el endosatario sólo tiene los poderes de un procurador. Por tanto, no podrá endosar a su vez el título, salvo que sea en procuración, pero podrá ejercitar todos los derechos inherentes al título. Se encuentra expuesto a todas las excepciones oponibles a su representado, y sólo a ellas (art. 22 de la ley cambiaria). Sin embargo, su mandato no se extingue con la muerte del mandante o con la incapacidad de este superveniente (art. 22 ya citado).

No me parece distinto el alcance del artículo 8º, parágrafo 1º del Decreto n. 2044, en el derecho brasileño, a pesar de la amplitud de su redacción. Véase a *Pontes de Miranda*, pag. 222.

⁸⁰⁷ Es evidente que estas hipótesis no pueden presentarse en los títulos al portador. Véase también, antes, n. 200, sobre el endoso de valor en garantía.

⁸⁰⁸ Además, recuérdese que hay derechos que no conocen todas las formas del endoso admitidas por el derecho italiano, o por la convención internacional. Al respecto ya indicamos que en el Brasil, no se encuentra en el artículo 8 del D. n. 2044, mención alguna del endoso de valor en garantía. Cf. n. 201.

⁸⁰⁹ No se puede recurrir nuevamente a los principios de la posesión de buena fe. Esta presupone los requisitos de la legítima posesión, y por tanto, el *animus domini* que no puede subsistir en este caso, a menos que el poseedor no realice un cambio del carácter de la propia posesión, que sería irrelevante en los términos del art. 2118 del cod. civil.

⁸¹⁰ Es innecesario agregar que las observaciones del texto, *mutatis mutandis*, se pueden aplicar al *transfert*. También éste directamente sólo se refiere a la legitimación, y por eso un *transfert* puede, aunque carezca de calificación alguna, coincidir con una simple transmisión de la legitimación, y no de la propiedad del título.

se transmite con la simple tradición. Esta se puede efectuar con cualquier propósito, pero para que derive la transmisión de la propiedad, se necesita el consentimiento de las partes en ese sentido, y en consecuencia es posible (por analogía de lo que pasa con las cosas muebles) que la tradición no persiga esa transmisión ⁸¹¹.

Por esto es que quien adquiere un título con un endoso en propiedad, aunque en realidad sea en procuración o en garantía, se puede legitimar como propietario ⁸¹², pero se debe considerar como endosatario en procuración o en garantía, tan pronto como se prueba el título real de su adquisición ⁸¹³.

⁸¹¹ Por eso en cada caso se debe examinar si la tradición derivó de venta, mutuo, reporto, comodato (regular o irregular), depósito (regular o irregular) y así sucesivamente. En la práctica los problemas más frecuentes derivan de la dificultad de distinguir los casos de depósito regular y los de depósito irregular.

Dada la posesión, se presume la propiedad del poseedor; la carga de la prueba le toca al poseedor que niega ser propietario.

Un caso particular de la hipótesis del texto, ocurre sobre los llamados "presta nombres" en las asambleas de las sociedades por acciones. Aunque éstos se legitiman como accionistas, en realidad son representantes de quien les transmitió la posesión del título, y se deben considerar como tales.

Por esto no pueden votar en las deliberaciones en las que no podría votar el que les entregó las acciones; por ejemplo, no pueden votar en las deliberaciones que conciernen a la responsabilidad de los directores, cuando las acciones sean propiedad de un director. La dificultad de probar si un accionista es un simple "presta nombre", con frecuencia en la práctica permite que éstos se aprovechen para eludir las disposiciones relativas al voto de los directores en las deliberaciones que tienen por objeto la responsabilidad de ellos o la aprobación del balance anual.

⁸¹² Y por tanto, puede recibir el crédito en nombre propio, y el deudor que no obre fraudulentamente o con culpa grave, válidamente se libera si paga (art. 46 de la ley cambiaria; 40 de la Convención); puede transmitir el título a nombre propio y el adquirente de buena fe resultará propietario (art. 20 de la ley Cambiaria; 16 de la Convención).

⁸¹³ Cf. sobre esta hipótesis la página 535 de la *Rivista di diritto commerciale*, 1932, parte I, en la primera edición de estos estudios y *Appunti di diritto commerciale*, Società, 3ª ed. (1936), p. 259; y a *Salandra*, *Rivista di diritto commerciale*, 1938, I, 154.

Con frecuencia la doctrina habla sobre este aspecto de "simulación". La naturaleza abstracta y unilateral del endoso no coincide con la posibilidad de este vicio (cf. a *Ferrara*, *Simulazione*, V. Ed., pag. 90; a *Valeri*, vol. II, pag. 235; en contra, a *Cariota-Ferrara*, *Rivista di diritto commerciale*, 1933, I, 41. En el derecho brasileño a *Pontes de Miranda*, p. 233). La simulación no se refiere al negocio cambiario del endoso, sino al negocio de transmisión (*Valeri*, vol. II, p. 235, habla de simulación del negocio de transmisión): igualmente se relaciona con el negocio de transmisión, el fraude contra los acreedores, que a veces ocurrirá en este caso.

Esto no significa que se excluya la posibilidad de que en muchos casos el endoso en propiedad ⁸¹⁴, con el fin de procuración o de prenda, sea un negocio fiduciario. Por cierto que esta hipótesis es admisible ⁸¹⁵, pero es necesario agregar que la adquisición del título es fraudulenta cuando se hace con el fin de imposibilitar al deudor la oposición de las excepciones que tenga contra el endosante ⁸¹⁶.

En la hipótesis del negocio fiduciario, el endosatario se vuelve titular del derecho respectivo, aunque obligacionalmente sea responsable frente al endosante ⁸¹⁷. Cuando el endoso en propiedad se realiza independientemente

Una aplicación de la hipótesis que se estudia, se encuentra en materia cambiaria en el "aval en pensión" de la jurisprudencia francesa. Cf. a *Lescot*, vol. I, p. 577.

El problema que no encuentra solución conveniente en esta hipótesis (salvo cuando sean aplicables los arts. 454 y 453 del cod. com; véase antes n. 203), es el de la protección de los terceros acreedores del poseedor, que en virtud de su posesión, erróneamente lo pueden llegar a considerar como titular del derecho. Se trata de un defecto general del sistema italiano y que se encuentra siempre que la posesión de una cosa mueble se transfiere a título distinto de la transmisión de la propiedad. El defecto es gravísimo en la hipótesis de la venta con reserva de dominio, que precisamente por esto, se reglamenta especialmente en muchas legislaciones.

⁸¹⁴ Consideraciones semejantes son aplicables al *transfert* en los títulos nominativos.

⁸¹⁵ En el derecho brasileño, cf. a *Pontes de Miranda*, página 223.

Con el *pactum fiduciae* el adquirente se obliga a devolver el título al enajenante contra el pago de su crédito o a devolver el producto líquido de lo que hubiere recibido por el cobro mismo título. Cf. antes n. 63 y n. 184.

⁸¹⁶ *Messineo*, pag. 123, no tomó en consideración esta consecuencia, pues *siempre* ve en el endoso en propiedad con fines de procuración un endoso fiduciario lícito, sacando lógicamente la consecuencia de la preclusión en relación con el endosatario-procurador, de las excepciones oponibles al endosante-mandante.

La hipótesis del texto se verifica para los títulos al portador y nominativo, en el caso de los "presta nombre" en las asambleas, vistos como los considera *Ferrara* (*Negoci fiduciari*, en *Studi in onore di V. Scialoja*, 1905), como propietarios fiduciarios de las acciones; sin embargo es distinta la construcción que conforme a las observaciones de la página anterior, me parece más acertada para el caso de los presta nombres. Cf. *Ascarelli*, *Appunti di diritto commerciale, Società*, 3ª edición, pag. 259.

⁸¹⁷ De allí, por un lado la inoponibilidad de las excepciones; por otro el derecho de los terceros acreedores del endosatario, que consideren el título como parte del patrimonio de éste. La transmisión fiduciaria de la propiedad del título en garantía (*fiducia cum creditore*) es frecuente en la carta de porte marítima. Es hábito constante el de transmitir la carta de porte marítima, mediante endoso en propiedad, el Banco que abre el crédito para la compra de mercancía. El Banco en esta hipótesis, a mi modo de ver, se hace propietario fiduciario del título (y de la mercancía), esto es, por un lado, adquiere la propiedad, pero, por otro, se obliga a retransmitir la carta de porte a la satisfacción íntegra de su crédito.

En principio, el *pactum fiduciae* constituye un convenio extracartular y, con más

te de la fiducia, con el fin de procuración o prenda, el endosatario se encuentra en posición idéntica ⁸¹⁸ a la de un endosatario en procuración o en

precisión, deriva del negocio de transmisión en virtud del cual el título se entrega. El caso, además, constituye un ejemplo particular de una regla general.

En efecto, la razón, distinta en cada caso concreto, por la cual se transmite la propiedad del título, jamás deriva de éste. Hasta en los títulos nominativos esta razón no consta en el *transfert*, sino solamente en los documentos que se relacionan con el negocio de transmisión, y en virtud de los cuales se realiza el *transfert*; en el caso de que el *transfert* se pida en vista del endoso puesto en el título, no existen aquellos documentos.

La razón de la transmisión de la propiedad del título, siempre y solamente deriva del negocio de transmisión, y carece de importancia frente a terceros. En efecto, lo que interesa a los terceros es saber si el adquirente es o no propietario del título; las obligaciones del adquirente con el que le transmitió el título no limitarían su propiedad, teniendo puramente carácter obligacional. (Distinta es la conclusión en el derecho inglés, en virtud de la institución del *trust*. Cf. *Maitland, Equity*, ed. Cambridge, 1936, p. 106 y sigs.; *Hohfeld, Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, 1923, pág. 115).

En el caso de la transmisión del título en virtud de un depósito irregular, de un mutuo, de un reporto, (que me parece presenta muchos puntos de semejanza con la prenda *irregular* y con la *fiducia cum creditore*) y así sucesivamente, (hipótesis frecuentes especialmente en los títulos al portador) las obligaciones del adquirente del título originadas del depósito irregular, el mutuo o el reporto, derivan del negocio de transmisión del título y carecen de importancia para los terceros.

Se intuye por qué la razón de la transmisión de la propiedad del título, nunca se puede calificar en el mismo. Por el contrario, la calificación de la transmisión de la posesión (p. ej. para la transmisión de la propiedad para la constitución de un derecho real distinto o en procuración) interesa a los terceros y por tanto es lógico que el derecho haya organizado medios para permitir que resalte del título.

La disciplina de la transmisión de un título de crédito, no siempre permite que la calificación de la transmisión de la posesión pueda constar del título.

En los títulos nominativos y en los a la orden, esta calificación puede constar cartularmente (a menos que se trate de usufructo en los títulos a la orden), con las anotaciones respectivas en el *transfert* y en el título (en los títulos nominativos) o con los endosos impropios (en los a la orden). En los títulos al portador, por el contrario, no es posible.

El deudor siempre tiene la posibilidad de oponer al portador las excepciones derivadas de la calificación de la posesión de éste y aun debe hacerlo en los casos en que al pagar obrara fraudulentamente o con culpa grave.

⁸¹⁸ De aquí que cuando se demuestre su falta de titularidad, a pesar de la legitimación, por un lado tenga la oponibilidad de las excepciones y por otro la imposibilidad para los terceros, de considerar que el título forme parte del patrimonio del endosatario. Cf. sobre este aspecto el art. 802 del Cód. de Comercio en materia de reivindicación en la quiebra, que me parece admitir también en esta hipótesis la posibilidad para el *tradens* de reivindicar el título.

En igual sentido la jurisprudencia penal castiga al endosatario infiel que me-

garantía ⁸¹⁹.

224.—Se analizó la hipótesis de la transmisión de la posesión que no implica transmisión de la propiedad; ahora se debe examinar la hipótesis de la transmisión de la propiedad, sin la transmisión de la posesión según la ley de la circulación del título ⁸²⁰.

Esta hipótesis se presenta en los casos en que las partes consienten en la transmisión de la propiedad, sin que se haya realizado la de la posesión ⁸²¹, o cuando aunque se haya realizado la tradición del título, ésta aún no se hubiere integrado con el endoso (en los títulos a la orden), o con el *transfert* (en los nominativos), o con un endoso ⁸²², o con un *transfert* válidos.

Entonces el adquirente, en virtud de ser propietario, podrá reivindicar

diante apropiación indebida hace suyas las cantidades que hubiere recibido con motivo de un endoso en propiedad que se hizo con fines de cobranza, lo que precisamente va de acuerdo con el principio de que el endosatario no es propietario.

⁸¹⁹ Al final, las dos hipótesis que se indican en el texto (la de la transmisión de la simple legitimación y la de la transmisión de la propiedad fiduciaria), constituidas con el fin de un depósito o de garantía, respectivamente se pueden aproximar, la primera al depósito y a la prenda regular; y la segunda al depósito y a la prenda irregular.

⁸²⁰ Un problema semejante se presenta con la adquisición (a título originario) de la propiedad del título; en esta hipótesis el adquirente, aunque haya conseguido la posesión del título —lo que es la premisa necesaria de estos modos de adquisición— no la consiguió conforme a la ley de su circulación. Cf. n. 177.

⁸²¹ Piénsese especialmente en los títulos al portador. En el derecho francés y en el italiano, el consentimiento es bastante no sólo para fundar la obligación de transmitir la propiedad, sino también directamente para su transmisión (art. 1125; cf. en contrario en el derecho brasileño, el art. 620 del cod. civ.).

Por el contrario, en los derechos que conservando la distinción tradicional entre *títulus* y *modus acquirendi*, no admiten que la transmisión de la propiedad sólo pueda derivar del consentimiento (lo que se debe recordar al aplicar la doctrina extranjera al respecto), tampoco puede presentarse la hipótesis del texto. En estos derechos la transmisión de la posesión del título conforme a su ley de circulación, es necesaria para la transmisión de la propiedad *inter vivos*; en las transmisiones *mortis causa*, el sucesor de cualquier manera no adquiere un derecho autónomo.

Por tanto, en estos sistemas parece exacta la fórmula criticada en la nota 824.

La diversidad que arriba se apunta, prácticamente se presenta con un gran alcance, en vista de la distinta localización en el tiempo y en el espacio, de la transmisión de la propiedad del título, conforme a la diversidad de los sistemas. Esta diversidad particularmente es evidente en los títulos nominativos, pues admitiendo que no haya transmisión *inter vivos* (cf. n. 226), de la propiedad, sin *transfert*; esta transmisión siempre y necesariamente se realizará en el momento del *transfert* y en el domicilio de la institución emitente. Esta última consecuencia me parece que contraría a la naturaleza del título de crédito y demuestra que para los títulos de crédito es preferible la orientación del texto.

⁸²² Cf. en el derecho norte-americano sec. 49 N. I. L.

el título y podrá pedir que se le transmita la posesión de acuerdo ⁸²³ con las leyes de su circulación ⁸²⁴. En consecuencia, por no legitimarse ⁸²⁵, no podrá ejercitar el derecho cartular mientras no se haya legitimado por el modo que sea peculiar al título de acuerdo con la ley de su circulación ⁸²⁶, o con una sentencia a su favor, que complete la posesión del título ⁸²⁷, insuficiente en

⁸²³ Las consideraciones del texto se refieren a la hipótesis de que la propiedad del título se haya adquirido, derivando esta adquisición de la del derecho.

Vimos que la adquisición se puede referir directamente al derecho (cf. ns. 90, 200 y 226); también en estos casos el adquirente obtiene la propiedad del título y tiene el derecho de conseguir su posesión (cf. n. 255), mas no podrá obtener un derecho autónomo (en los títulos a la orden) y una legitimación cartular.

⁸²⁴ A veces se sostiene que el adquirente, no puede adquirir un derecho autónomo sin adquirir la posesión del título conforme a su ley de circulación (p. ej. mediante endoso). La diferencia entre esta regla y la del texto está en que conforme a los principios del texto se admite, a la vez que conforme a esta regla se niega, la posibilidad de la adquisición a título originario, de un título a la orden o nominativo (cf. n. 177); que conforme al principio del texto, el adquirente puede ser titular autónomo de esta adquisición, a la vez que conforme a esta regla, se afirma que se puede convertir de titular no autónomo en titular autónomo, con el perfeccionamiento de la tradición (cf. n. 831, n. 225, in fine), y se niega que pueda adquirir una titularidad autónoma, consiguiendo el título a la orden en virtud de ejecución forzosa y por tanto, eventualmente sin la observancia de la ley de su circulación, u obteniendo el transfert de un título nominativo en virtud de sentencia.

Es innecesario recordar que la adquisición de la propiedad, en la hipótesis del texto se puede verificar sólo *a domino*. Para que en realidad se tutele al adquirente *a non domino*, es menester que consiga la posesión conforme a la ley de circulación del título, de acuerdo además con los principios generales de la tutela del adquirente de buena fe, de cosa mueble, *a non domino*. Cf. n. 218.

⁸²⁵ A la vez que se legitima y por tanto puede ejercitar el derecho el que haya adquirido la posesión del título de acuerdo con su ley de circulación, aunque no adquiere la propiedad.

⁸²⁶ En el mismo sentido *Valeri*, vol. II, pág. 234, que sustenta que en estas hipótesis el adquirente no es propietario "frente a terceros". No me parece que así sea: los terceros acreedores realmente deberán respetar en tanto se les pruebe la transmisión de la propiedad, aunque no se haya acompañado de la posesión, como en general sucede con las cosas muebles (art. 1125 del Cod. Civ.).

La observación de *Valeri*, es exacta cuando indica que si el título pasa a manos de un poseedor de buena fe, es éste el que prevalece en relación con el adquirente anterior desprovisto de la posesión (art. 1126 del cod. civ.).

⁸²⁷ No obteniendo el adquirente la posesión del título, no podrá ejercitar el derecho cartular.

Tal vez se pueda sustentar que el adquirente pueda recurrir al procedimiento de cancelación, a pesar de que, en principio, éste sólo se refiere a la tutela del que perdió la legitimación después de haberla obtenido, y no para el que teniendo el derecho de conseguirla no la consiguió.

cuanto a la legitimación ⁸²⁸.

225.—Principios análogos me parece que se deben aplicar al considerar la posición del adquirente de un título nominativo cuando no se haya obtenido su *transfert* ⁸²⁹. Se trata de una persona que no está legitimada ⁸³⁰ para

Admitida esta tesis, del procedimiento de cancelación, resultará el (el adquirente o el detentador del título) que pueda ejercitar el derecho cartular.

La hipótesis que se examina en esta nota, se puede presentar, por ejemplo, en el caso de un banco que entregó al cliente el dinero correspondiente a los títulos presentados para su descuento, habiendo quedado los títulos en poder del cliente, que los pone en circulación, ignorándose quién sea su detentador.

Diverso es el caso cuando el emitente-deudor no emite el título al cual el acreedor tendría derecho. Me parece que en esta hipótesis es imposible recurrir al procedimiento de cancelación, e imposible en principio, que la declaración de voluntad del deudor se pueda substituir por una sentencia constitutiva del juez, aun adoptando la tesis afirmativa, que sustenta *Chiovenda*, sobre el problema general de que la sentencia constitutiva pueda alcanzar efectos idénticos a los derivados de la declaración de voluntad del deudor.

Si por ejemplo el comprador no entrega al vendedor el pagaré o la aceptación que haya prometido firmar y entregar, de ninguna manera, la sentencia podrá substituir la falta de la declaración formal del deudor; no existiendo el título, le será imposible al acreedor gozar de las ventajas que habrían derivado de la incorporación del derecho en un título; podrá pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios consiguientes.

⁸²⁸ Es lo que pasa en la hipótesis, en que un título a la orden, habiendo quedado con el transmitente, se atribuya al adquirente, al ejecutarse la reivindicación, sin que el transmitente quiera poner el endoso o aunque al entregarlo al adquirente, lo haya hecho con un endoso inválido, sin que el transmitente renueve el endoso, a pesar de que es su deber (piénsese en el caso en que un banco por negligencia entregue al cliente el dinero que corresponde a títulos presentados para su descuento, sin que el cliente quiera poner un endoso eventualmente omitido).

Nótese que en estas hipótesis, el adquirente es el titular autónomo del derecho, lo que corrobora las observaciones de las notas anteriores.

⁸²⁹ Esta hipótesis es muy frecuente ya que el título nominativo suele circular mediante endoso (cf. n. 216), siendo el adquirente el que cuida del *transfert*.

⁸³⁰ Aunque (concurriendo las condiciones del R. D. de 7 de junio de 1923 n. 1364) se legitime, para la obtención del *transfert*, y pueda o no ser propietario, según la naturaleza y la validez del negocio celebrado. (Nótese en el derecho italiano la posibilidad de que el título nominativo sea endosado en garantía con la consiguiente legitimación del adquirente para obtener el registro correspondiente en los libros del emisor; cf. a *De Gregorio, Società*, Turín, 1938, p. 501). Es precisamente el hecho de que la legitimación pueda, para la obtención del *transfert*, derivar de la posesión del certificado según la disciplina propia de la circulación de éste (p. ej. en virtud de una serie de endosos; cf. antes n. 216), lo que permite una "circulación" de los títulos nominativos, a pesar de la exigencia del *transfert*.

Por otro lado, sin certificado el transmisor no tiene posibilidad de requerir un *transfert*, salvo que obtenga su anulación; por eso es que se tutela frente al transmisor

el ejercicio del derecho cartular, mientras no haya adquirido la legitimación ⁸³¹.

226.—El hecho de que se haya reconocido la autonomía de los titulares sucesivos del derecho, siempre que su titularidad se base en la propiedad del

al endosatario del certificado. Cf. a *De Gregorio, ob. 1. cit.*

La tendencia de la jurisprudencia a veces es favorable a tutelar, frente al propietario desapoderado, al adquirente del "certificado", antes del *transfert*, con reglas análogas a las peculiares del adquirente de un título de crédito; por tanto tiende a considerar como título de crédito (a la orden) el simple "certificado". Esta tendencia es especialmente marcada en la América del Norte, donde siendo todas las acciones nominativas, la circulación de los certificados tiene peculiar importancia, y donde esos certificados se consideran directamente como *quasi negotiable instruments*. V. a *Cook*, cit. p. 231 y sigs.

⁸³¹ De allí el art. 10 del D. L. n. 1364 de 7 de junio de 1923 que precisamente declara que "frente al emisor", la transmisión sólo produce efecto mediante la inscripción en el registro de éste, y por otra parte, el art. 7, que también autoriza al endosatario (no inscrito en los registros del emisor) del título nominativo, para promover el procedimiento de cancelación.

En el mismo sentido del texto, *Messineo*, vol. II, pág. 278. *Vivante*, vol. III, pág. 169 de la V. Ed. en este caso ve un sucesor no autónomo (que se haría autónomo después del registro), lo que me parece en contra del alcance del *transfert*. La ley francesa de 12 de julio de 1926 niega efecto "frente a terceros y especialmente frente al Tesoro Público", a la transmisión, mientras no se realice el "transfert".

Se sostiene que el *transfert* es necesario para la eficacia frente al emisor; mas no para la posibilidad de que el emitente ejercite los derechos que le pertenezcan contra el adquirente (piénsese en la obligación del adquirente de una acción no liberada, en relación con su liberación; cf. a *De Gregorio, ob. 1. cit.*, p. 499). Esta precisión me parece que confirma la construcción del texto.

Es innecesario recordar, como lo he indicado, que la conclusión debe ser distinta en los sistemas en que la transmisión de la posesión (y en consecuencia el *transfert* en los títulos nominativos), no sólo es indispensable para la legitimación, sino también para la adquisición de la propiedad.

Esto realmente acontece en el derecho brasileño. Cf. a *Traiano de Miranda Valverde, Sociedades por ações*, Río, 1942, vol. I, p. 149; a *F. Campos, Parecer em Revista Forense*, vol. XCVI, p. 601. Me parece que esta regla (así como el principio análogo de los bienes inmuebles) sólo se refiere a las transmisiones *inter vivos*; en relación con los herederos (que como vimos no adquieren un derecho autónomo) desde luego se transmite el dominio, abierta la sucesión (art. 1572 del cod. civ.); por tanto, entonces el *transfert* sólo se refiere a la legitimación, y además a la legitimación de un titular no autónomo, a pesar de la redacción del art. 27, "a", § 1º, del D. n. 2627 de 26 de septiembre de 1940. De otra manera, en esta hipótesis el *transfert* tendría un alcance hasta mayor que el de la transcripción en los inmuebles.

Consideraciones peculiares se pueden invocar en lo que respecta a la localización de la transmisión, por ejemplo, en lo que se refiere a la competencia en su tributación.

título, nos lleva a excluir la autonomía de los titulares cuyo derecho no derive del título, sino de un acto distinto de transmisión.

En efecto, la doctrina en forma unánime excluye la autonomía de los llamados sucesores anómalos en los títulos de crédito.

Para el heredero o el cesionario, la titularidad del derecho cartular no deriva de la propiedad del título ⁸³², sino del hecho de que haya sucedido en las relaciones jurídicas del difunto o en el crédito del cedente ⁸³³.

Se comprende, pues, por qué no pueden tener una posición autónoma, sino un derecho derivado, que en consecuencia permanece expuesto a las excepciones derivadas de la falta de titularidad del antecesor y de los vicios de la transmisión.

La posición del cesionario se equipara, en sus efectos, a la posición del adquirente con endoso posterior al protesto de la cambial ⁸³⁴.

Recordamos (ver antes, n. 90) que esta falta de autonomía influye también sobre la oponibilidad de todas las excepciones que se refieren a la constitución del derecho cartular así como de las extra-cartulares, oponibles de acuerdo con las normas de la compensación ⁸³⁵.

227.—El hecho de que de este modo hayamos confirmado la incorporación ⁸³⁶ del derecho en el título, no carece de importancia en la interpretación de la voluntad de las partes.

El testador que deja como legado al pariente estimado "lo que se encuentra en la caja de seguridad" presuntivamente también incluye en su legado los títulos de crédito que se encuentran en la caja, pero no los derechos

⁸³² Siendo esta la consecuencia y no la premisa de la adquisición del derecho. También en esta hipótesis hay coincidencia entre propiedad del título y titularidad del derecho: esto confirma las consideraciones expuestas en el n. 174.

⁸³³ Cf. a *Valeri*, vol. I, pág. 147. En el derecho brasileño, cf. a *Pontes de Miranda, Títulos ao portador*, pág. 233. También en el derecho anglo-norte-americano, se distinguen los titulares autónomos de los no autónomos, cf. a *Daniel, ob. cit.*, § 882.

⁸³⁴ O de los plazos respectivos; art. 25 de la ley cambiaria. (En el derecho brasileño, el momento importante es el del vencimiento, art. 8 § 2 D. 2044). Sin embargo en la hipótesis de la *cambial* girada o emitida *no a la orden*, la transmisión sólo puede efectuarse con una cesión; no sólo con sus efectos, sino también de acuerdo con las formas del derecho común. Cf. a *Valeri*, vol. II, pág. 262, y más adelante, n. 298.

Por el contrario, a mi modo de ver, no es simple cesionario el que adquiere la cambial aún en blanco, pues la cambial, aunque incompleta, es susceptible de transmitir derechos autónomos cartulares. (Cf. a *Valeri*, II, 265, y antes, n. 20. En la doctrina brasileña, V. a *Whitaker*, pág. 103). Cf. antes n. 216 para el caso de la cambial con el nombre del tomador en blanco, y n. 20 sobre la excepción de abuso al llenar las formas.

⁸³⁵ V. antes n. 90.

⁸³⁶ Con los límites ya indicados.

cuyos documentos probatorios allí se encuentren guardados. El título de crédito realmente es una cosa, precisamente porque el derecho toma cuerpo, y que en consecuencia, se encuentra allí donde se halle el título. Por el contrario el documento probatorio.⁸³⁷ no tiene esa virtud, y sería imposible decir que el crédito esté en el lugar donde se encuentra el documento relativo. Esta regla⁸³⁸ de interpretación, corrientemente admitida, demuestra que las consideraciones que se hicieron sobre la incorporación del derecho en el título, también son importantes sobre la voluntad de las partes, pues asimismo en este aspecto el título se puede considerar como una cosa, que se vende, se dona, o se lega, transmitiéndose de este modo el derecho que en él se incorpora.

228.—En los títulos a la orden, el endoso puede asumir otra forma distinta de la (hasta ahora examinada) relativa a la calificación de la transmisión de la posesión.

Por esto, en los títulos cambiarios, el endosante asume con el endoso⁸³⁹ una obligación solidaria de regreso; obligación abstracta como cualquiera otra obligación cambiaria⁸⁴⁰ y cuya asunción se debe mantener separada de la tradición (causal y bilateral) del título. Precisamente sobre estos efectos se habla con acierto del endoso como negocio abstracto⁸⁴¹.

Este es un efecto del endoso, que por aceptación unánime de la doctrina

⁸³⁷ Es dudoso el caso de los títulos de legitimación, precisamente porque se encuentran casi en la frontera de los títulos de crédito.

⁸³⁸ Recuérdese que en el derecho italiano la forma más frecuente del testamento, es la del testamento ológrafo. Este testamento es válido satisfaciendo tan sólo la puesta de la fecha, aparte del requisito indicado en el derecho brasileño para el testamento particular, en el n. I del art. 1645 del cod. civ. brasileño. Cf. *Allara, Il testamento*, Padua, 1936.

⁸³⁹ Oportunamente, o sea anterior al protesto (en el derecho brasileño, al vencimiento) o dentro de los plazos para levantar el protesto. En efecto, después del protesto, el endoso sólo tiene los efectos de la cesión, no pudiendo el endosante ser responsable de la *bonitas nominis*.

⁸⁴⁰ Y, además, obligación solidaria. Sobre la solidaridad en las obligaciones cambiarias, cf. a *Valeri*, vol. II, pág. 122. En el derecho brasileño, cf. a *Pontes de Miranda*, pág. 105 y siguientes.

⁸⁴¹ Es obvia la diferencia que se indica en el texto, entre las dos funciones del endoso, una vez que se recuerde que la función de garantía del endoso, no encuentra concordancia en la disciplina de la circulación de los títulos de crédito al portador o nominativos.

Además, a la vez que para la transmisión del título el endoso es indispensable tanto en las hipótesis de transmisiones conforme a las reglas del derecho común, cuanto en las hipótesis excepcionales examinadas en la n. 225, como en la responsabilidad de regreso, es obvio que la transmisión necesariamente se debe basar en un endoso oportuno.

no es peculiar de todos los títulos a la orden, sino solamente de aquellos para los cuales la ley lo admite ⁸⁴², pudiendo excluirse en la propia cambial, cuando el endosante incluye la cláusula "sin garantía" ⁸⁴³.

El endoso como fuente de obligación cambiaria, no puede tener una naturaleza distinta de aquella que es propia de los otros actos generadores de obligaciones cartulares. En este aspecto se podrán aplicar las conclusiones a que tendremos oportunidad de llegar, estudiando la constitución del derecho cartular en general ⁸⁴⁴.

⁸⁴² Cf. más adelante, n. 276; y antes n. 139. También sobre la distinta reglamentación de la responsabilidad del endosante en el derecho brasileño y en el italiano. Aunque falte la especial responsabilidad cambiaria de regreso, el endosante es responsable de la existencia del derecho cartular conforme a los principios del derecho común; cf. a *Valeri*, vol. II, p. 180.

Por otra parte, no se excluye con el endoso, que el endosante pueda imponer al endosatario en algunos títulos de crédito, determinadas cargas para exigir la prestación. Es lo que pasa con el certificado de crédito, del Banco de Nápoles, muy usado en todas las provincias meridionales. Sirve admirablemente para efectuar pagos y asegurar al mismo tiempo la ejecución de la contraprestación.

La posibilidad de un endoso condicionado, por el contrario, como ya se sabe, se excluye en los títulos cambiarios (art. 16 de la ley italiana) y en los propios títulos representativos (cf. en el Derecho brasileño el art. 5º del decreto 19473, sobre los títulos representativos). Sin embargo, en estos últimos, se puede condicionar (y ya vimos en qué sentido, v. n. 17) la obligación de entregar la mercancía. Esto a su vez refuerza lo que observamos (n. 138) sobre la abstracción de la obligación de regreso, en los títulos representativos, a pesar de la causalidad de la obligación de entrega de la mercancía. Sobre el derecho norte-americano, cf. respecto del endoso condicionado, sec. 39 N. I. L.

⁸⁴³ Art. 19 de la ley italiana. Distinta es la disciplina en el derecho brasileño: cf. art. 44 D. n. 2044. Ni en el derecho italiano, el *girador* se podría eximir de la responsabilidad de regreso en el pago del título, pudiendo excluirse la responsabilidad para su aceptante (art. 13 de la ley italiana). En el derecho brasileño, cf. art. 44 § 2, D. n. 2044.

En el derecho italiano (art. 15) el girador puede excluir que la cambial pueda circular, salvo con las formas y efectos de la cesión (cf. más adelante, n. 298). El endosante (art. 19) puede impedir en la cambial endosos posteriores, y entonces no es responsable frente a quienes sucesivamente les haya sido transmitida la cambial (pero es responsable frente al propio endosatario). Distinta es la disciplina en el derecho brasileño: cf. art. 44 D. n. 2044.

⁸⁴⁴ En las transmisiones de derecho común, la seguridad del adquirente será tanto menor, cuanto más larga sea la cadena de los cesionarios precedentes, pues la multiplicidad de las transmisiones acarrea una multiplicación de las excepciones. En los títulos de crédito, por el contrario, no solamente el adquirente se encuentra en la posición de un tercero, invulnerable a las excepciones personales relativas a los portadores anteriores, de manera que en los títulos cambiarios, su posición es además tanto más segura cuanto más numerosas sean las transmisiones anteriores del título,

229.—Se caracteriza la responsabilidad de regreso, por el hecho de encontrarse subordinada ⁸⁴⁵ a la falta de pago de la obligación directa o a la falta de aceptación del que aceptando, sería el obligado directo ⁸⁴⁶.

Cada endosante es responsable en vía de regreso ⁸⁴⁷ frente a su endosatario ⁸⁴⁸ y frente a los posteriores; por tanto cada endosatario tiene el derecho de regreso frente al propio endosante y sus antecesores.

En consecuencia, se distinguen los obligados *directos* y los obligados de *regreso*, y entre éstos se debe tener en cuenta el *grado* de cada uno, y por un lado, cada uno resulta ser un obligado frente a los sucesores, portadores del título; y por otro lado, tiene el derecho de regreso contra los anteriores ⁸⁴⁹.

230.—La exposición que precede no estaría completa, sin evidenciar la hipótesis de la adquisición del título (y de un derecho cartular autónomo) en virtud de pago ⁸⁵⁰.

Esto pasa en los títulos ⁸⁵¹ que implican obligaciones de varios obligados en distinto grado: el obligado ⁸⁵² que pagando adquiere el título, adquiere

pues cada transmisión tiene un obligado más, responsable solidario del pago del título.

⁸⁴⁵ Cf. ns. 143 y 248, y sobre la disciplina peculiar de la responsabilidad de regreso, n. 360.

La gravedad de la obligación de regreso exige la observancia de determinadas formalidades para que se pueda invocar. En efecto, se debe conciliar la disciplina de la obligación de regreso con un procedimiento que haga posible una certeza peculiar sobre la verificación de la falta de pago o de aceptación a que está subordinada la responsabilidad de regreso. Justamente, ésta es la función del "protesto".

⁸⁴⁶ O a los hechos equiparados legalmente: cf. art. 43 de la Convención internacional (art. 50 de la ley italiana); en el derecho brasileño, cf. arts. 19 y 24 del D. n. 2044.

⁸⁴⁷ Dentro de los límites que resultan del número anterior.

⁸⁴⁸ O con más generalidad, para aquel a quien endosó el título, como si el endoso fuere en blanco.

⁸⁴⁹ Veremos que en los títulos que tienen la forma de orden (tal es el caso de la letra) el obligado de regreso también es el que dió la orden consignada en el título, a la vez que es obligado directo, el que aceptó la orden (cf. n. 248).

Vimos también que los demás obligados cartulares (avalista, interventores en la aceptación; cf. n. 143) asumen una obligación directa o de regreso, y en este último caso, en uno u otro grado, según las situaciones. Igualmente el interventor en el pago cambiario (cf. n. 143) adquiere o no el derecho de regreso, y el derecho de regreso es distinto, de acuerdo como se hubiere hecho la intervención.

⁸⁵⁰ Especialmente cf. a *Valeri*, vol. I, p. 205 y vol. II, p. 267.

⁸⁵¹ Títulos cambiarios; certificado.

⁸⁵² Endosante; avalista; interventor en la aceptación; girador. Principio análogo es aplicable a la intervención en el pago cambiario.

un derecho cartular autónomo, contra los obligados anteriores ⁸⁵³ y contra el eventual ⁸⁵⁴ obligado directo.

En estas hipótesis, se habla exactamente de pago *recuperativo* ⁸⁵⁵.

⁸⁵³ Es en este aspecto en el que el derecho brasileño se distingue del de la Convención internacional, tanto sobre la aceptación por intervención, (cf. n. 143) como sobre el aval (cf. n. 73), en el caso en que se siga la doctrina que niega que el avalista que paga la cambial tenga acción cambiaria contra el avalado. Cf. a *Luiz Machado Guimarães*, vol. IV, p. 116, de los *Comentários ao código de processo civil*, edición de la *Revista Forense*, Río de Janeiro, 1942.

⁸⁵⁴ En efecto, no puede haber obligado alguno directo: tal es el caso de la letra de cambio sin aceptación.

⁸⁵⁵ Cf. a *Valeri*, *ob. cit.* La hipótesis del pago recuperativo, me parece que vuelve a demostrar que es inexacta la afirmación de que sólo tiene un derecho autónomo el que haya adquirido el título conforme a la ley de su circulación, al menos cuando esta afirmación se refiere a los títulos a la orden sólo cuando haya adquisición por medio de endoso.

En las hipótesis de pago recuperativo, la legitimación del poseedor en los títulos a la orden no puede resultar del endoso; por el contrario, resulta del protesto, que, por tanto, acompañará a la circulación del título.