

1.358. En el juicio, iniciado en forma ejecutiva con el mandamiento judicial (*precetto*), se abre necesariamente, en virtud de la negativa del deudor, un amplio paréntesis procesal que tiene por objeto la comprobación de su firma y durante el cual la ejecución deberá suspenderse por el acreedor sin necesidad de orden judicial. Si, a pesar de la falta de reconocimiento el acreedor cometiese la imprudencia de insistir en la ejecución, el Juez, a petición del deudor, deberá decretar la suspensión condenándolo, cuando concurren los elementos de la culpa, al resarcimiento de los daños causados. Si, por el contrario, el acreedor rechazase la oposición sin ofrecer la prueba de la autenticidad de la firma, el Juez deberá admitir la oposición y anular el mandamiento.

El Juez puede suspender la ejecución sin observar los límites ni las prohibiciones impuestas por el Código de Comercio (1) y por el Código de procedimiento (2). No debe tener en cuenta las limitaciones que este último impone a la oposición del deudor, porque, impugnada aquella autenticidad que es la esencia misma del título ejecutivo, desaparece el motivo de tales limitaciones, que fueron escritas en el supuesto de que existiese un título auténtico, para reforzar los efectos ejecutivos. Y tampoco habrá de tener en cuenta los límites señalados por el Código de Comercio, porque también éste regula la hipótesis de que la firma sea verdadera, y precisamente por eso habla de un *deudor* cambiario (art. 324), que debe justificar sus excepciones con *documentos* (art. 323) o con pruebas escritas (art. 324) y negar la existencia de la deuda con las *excepciones formales y personales* (art. 324), todo lo cual presupone la autenticidad de la firma, porque sin ésta no hay ni deudor cambiario ni obligación para el demandado de presentar ningún documento para su defensa, ni de liberarse por medio de la prueba de alguna excepción: oponer documentos y excepciones para impugnar las obligaciones derivadas de una letra de cambio no reconocida, sería absurdo (3).

(1) Código de Comercio, arts. 323 y 324.

(2) Código de procedimiento civil, arts. 580 y 660.

(3) En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia dominantes: Casación Turín, 19 de Julio de 1888, 8 de Junio de 1891, 10 de Diciembre de 1892, 27 de Junio de 1903, 22 de Septiembre de 1909 (*Giurispr. torin.*, 1888, 517; *Foro*, 1891, 761; 1893, 256; 1903, 1.376; *Monif.*, 1910, 104); Casación Florencia, 8 de Junio de 1891, 23 de Noviembre de 1891, 10 de Mayo de 1897 y 13 de Enero de 1913 (*Temi ven.*, 1891, 356, 627; *Foro*, 1897, 753, y 1913, 552); Casación Roma, 18 de Julio de 1893 y 17 de Febrero de 1912 (*Corte Cass. Roma*, 1893, II, 238, y *Foro*, 1912, 332); Apelación Casale, 13 de Diciembre de 1904 (*Temi genov.*, 1905, 91); Apelación Perusa, 21 de Marzo de 1907 (*Foro*, 1.479); Apelación Brescia, 7 de Junio de 1911 (*Temi Lomb.*, 632); BONELLI, *Comm.*, núm. 310; NAVARRINI, *Istituzioni*, núm. 476; MATTIROLO, V, núm. 380; CESAREO-CONSOLO, I, págs. 75 y

El no reconocimiento de la firma debiera producir lógicamente, como resultado, que el propio alguacil tuviese que negar sus servicios para la ejecución del título, porque falta el fundamento legítimo para un procedimiento ejecutivo, comenzado sobre la base de un protesto en que el supuesto deudor ha destruído, con su negativa, la confianza que *prima facie* podía atribuirse a su firma. Si la doctrina no puede seguir las deducciones lógicas hasta este punto, no es ya porque conceda valor jurídico alguno al título no reconocido, sino porque, en atención a la disposición del Código que atribuye carácter ejecutivo a la letra de cambio auténtica, se debe dejar hacer la intimación para que pueda producir todos sus efectos de interrumpir la caducidad y la prescripción y de inmovilizar los frutos del inmueble sometido a ejecución (1), cuando la negativa de reconocimiento resulte infundada.

1.359. El título ejecutivo está constituido por aquel documento o documentos que son necesarios para probar el derecho que se ejercita, así en lo que se refiere a su existencia como a su contenido. Si la acción se promueve por una letra no domiciliada contra el deudor principal, es decir, contra el aceptante o el emisor y sus avalistas, basta que el mandamiento contenga la copia de la letra; si se entabla contra los obligados en regreso, es necesario también reproducir el protesto o la declaración registrada que pueda hacer sus veces, porque no es posible una acción de regreso sin esta constancia solemne de la falta de pago. El deudor, desde el primer momento en que se le invita a pagar bajo la amenaza de la ejecución, debe ser puesto en condiciones de apreciar si la acción es fundada, si deberá pagar y si, en caso de hacerlo, puede a su vez contar con la acción de regreso. Por tanto, la fórmula del art. 67 del Reglamento ejecutivo del Código es potestativa sólo en apariencia: en realidad, se trata de una fórmula imperativa, en el sentido de prescribir la notificación al deudor de todos aquellos actos que según el Derecho cambiario integran los documentos necesarios para el ejercicio de la acción (2).

siguientes; DE PALO, *Tit. ejecut.*, pág. 273. En contra: Casación Palermo, 25 de Agosto de 1892 (*Legge*, 1893, 266); Apelación Génova, 8 de Abril de 1904 (*Rivista di dir. comm.*, 250); Apelación Macerata, 18 de Febrero de 1904 (*Rivista cit.*, 432); Casación Palermo, 19 de Enero de 1905 (*Monit.*, 183); Apelación Trani, 1.º de Agosto de 1908 (*Foro Rep.*, voz *Effetto cambiario*, núm. 111); Apelación Cagliari, 4 de Mayo de 1911 (*Monit.*, 750); MARGHERI, *Trattato*, 3.ª edición, volumen VI, núms. 112 y siguientes.

(1) Código civil, arts. 2.085 y 2.125.

(2) Jurisprudencia actualmente unánime: Casación Roma, 7 de Diciembre de 1887 (*Foro*, 1.041); Casación Turín, 21 de Agosto de 1907 (*Monit.*, 1908, 131); BOLAFFIO, *Temí ven.*, 1885, 169. El mandamiento, sin la transcripción del pro-

En cuanto al contenido de la demanda, la letra de cambio es título ejecutivo por el capital y por los intereses devengados desde el día del vencimiento *ope legis* (núm. 1.257), por lo cual se puede ejercitar la acción cambiaria por el total, con la sola reproducción de la letra en el mandamiento, cuando no sea necesaria también la transcripción del protesto por la índole (regresiva) de la obligación (1). Si el acreedor pretende el reembolso de los gastos efectuados para levantar el protesto, también este requerimiento formará parte del título ejecutivo y debe reproducirse en el mandamiento juntamente con la letra de cambio. Habrá de contener la copia de la certificación expedida por el mediador oficial para atestiguar el curso del cambio, cuando haya que reembolsar el recambio, debiendo también contener la factura del banquero que descontó la resaca, cuando se pida el abono de este gasto (2). La sola reproducción de la cuenta de resaca, esto es, de la cuenta extendida por el poseedor de la letra o por los tenedores precedentes, no sería suficiente para justificar el crédito en cuenta a dichos suplementos, porque nadie puede crearse el título de su derecho, y no procediendo del Banco que descontó la resaca ni del mediador que puede certificar el curso del cambio, aquella cuenta no tendría ni podría tener ningún carácter auténtico. No se puede inferir de esto que, en defecto de oposición, la cuenta de resaca baste a justificar el importe de dichos accesorios o suplementos cuando el crédito cambiario se hace efectivo por medio de una letra de resaca (art. 311), porque la resaca crea solamente relaciones extrajudiciales y mercantiles con las que se atiende a liquidar en forma expeditiva, por mediación de un banquero, el negocio cambiario, pero se halla desprovista de valor ejecutivo respecto al deudor contra el cual se gira (núm. 1.340).

Si se deben solamente intereses, la cambial conserva su valor de título ejecutivo por los intereses y deberá transcribirse en el mandamiento para el pago de los mismos. Si solamente se deben

testo, notificado a un endosante, no impide tampoco la caducidad de la acción de regreso: Casación Roma, 17 de Octubre de 1888 (*Foro*, 1889, 4); Apelación Bolonia, 24 de Junio de 1889 (*Foro*, 1.316).

(1) Erróneamente, la Corte de Trani (9 de Febrero de 1889, *Foro, Rep.*, 1889 410 A) requiere que la acción de regreso se ejercite siempre con notificación de la cuenta de resaca.

(2) Con escasa precisión la Casación de Roma (7 de Diciembre de 1887, *Foro*, 1.041), dice que en el mandamiento judicial deben transcribirse las *resacas*, las *cuentas de resaca*, los *certificados de cotización* y semejantes. Es de suponer que, en lugar de la cuenta de resaca, que es la factura hecha por el mismo acreedor, deberán notificarse los documentos auténticos indicados en el texto, que le sirven de justificante.

los gastos del protesto, bastará copiar en el mandamiento dicha acta (art. 67 del Reglamento). Si el acreedor lo es ya sólo por los demás gastos accesorios, diferencia del cambio y gastos bancarios, tendrá que reproducirse en el mandamiento el protesto y los demás documentos que los justifican: éstos solos, sin la copia del protesto, no serían suficientes, porque la ley (art. 67 del Reglamento) exige que el mandamiento contenga siempre la copia del título principal, esto es, de la letra de cambio o del protesto.

La omisión de uno de estos documentos no anula el mandamiento, pero lo reduce al importe de los créditos probados con los documentos transcritos.

Si la letra se ha extraviado o destruído, deberá seguirse juicio ordinario para obtener sentencia contra el deudor, utilizando el procedimiento de anulación (núm. 1.324). Cuando la letra se encuentre en secuestro decretado por la autoridad judicial, podrá transcribirse en el mandamiento la copia autorizada por el Secretario judicial y proceder en forma ejecutiva (1).

1.360. La letra de cambio puede considerarse también como título ejecutivo cuando va firmada por un representante, aunque no se acompañe la prueba de la representación, como los contratos estipulados con intervención de un Notario (2). He demostrado ya que el acreedor puede hacerla valer en juicio como título ejecutivo contra el representado, aunque no presente el título probatorio de que el subscriptor podía firmár como representante (núm. 1.036) y no puede hacerme cambiar de opinión el art. 67 del Reglamento. Este dice que el mandamiento deberá contener la copia de la letra o del protesto y *de los demás documentos necesarios para justificar la cantidad debida*, y el mandato para firmar no puede considerarse ciertamente necesario para probar el importe de la cambial, de los gastos de protesto, bancarios o de cambio, que constituyen las únicas partidas por las cuales se puede proceder ejecutivamente (3).

Pero cuando el deudor formula oposición negando la existencia de la procura, la eficacia ejecutiva del título queda en suspenso, como si no hubiese reconocido su firma. En ambos casos la autenticidad de la obligación, que es el único fundamento de su valor ejecutivo, no existe ya jurídicamente en tanto que el demandante no haya proporcionado la prueba de su existen-

(1) Apelación Bolonia, 6 de Noviembre de 1896 (*Foro*, 1897, 163); Apelación Génova, 20 de Junio de 1893 (*Temt genov.*, 463).

(2) Ley sobre organización del notariado, 16 de Febrero de 1913, art. 51, núm. 3.º

(3) Código de Comercio, arts. 319, 311 y 312.

cia (núms. 1.354 y siguientes). En este caso también se abre dentro del juicio ejecutivo un nuevo juicio incidental, que suspende necesariamente la tramitación del primero, encaminado a probar la existencia de la representación. E igualmente aquí, repetiremos, que si el poseedor del título comete la imprudencia de continuar la ejecución, la autoridad judicial deberá decretar su inmediata suspensión. No podrá obligar al deudor a prestar ninguna clase de fianza, a pesar de lo dispuesto en el art. 323, porque la negación de la existencia del mandato priva temporalmente al título de aquella certeza en su autenticidad, que es condición esencial para la ejecución forzosa. Se trata de una excepción que pone en duda la existencia originaria de la deuda, y sería extraño que se impusiese al presunto deudor la prestación de fianza, cuando el acreedor no ha probado todavía que su crédito existe. Todo el rigor y la desconfianza de la ley recaen, como hemos visto, sobre el deudor que opone documentos (art. 323), excepciones dilatorias de lenta tramitación, desprovistas de prueba escrita. Pero la hipótesis en la cual el deudor no tiene nada que probar y la carga de la prueba recae sobre el presunto acreedor, tiene su lugar en el Derecho común, según el cual no puede darse ejecución sino cuando se halla probada la existencia del crédito. Esta doctrina puede debilitar la confianza en las firmas estampadas por poder, tanto más teniendo en cuenta que la ley Procesal no conmina al que niega la existencia del mandato con una pena pecuniaria como al que falsamente niega su firma (artículo 295, del Código de procedimiento civil); pero los inconvenientes de una ley, aun cuando superen los inconvenientes que la misma consigue prevenir, no pueden modificar su interpretación (1).

1.361. El acreedor, por medio de la cambial, puede entablar simultáneamente el juicio declarativo y el ejecutivo: el primero podrá servirle para obtener una sentencia condenatoria, que es el único medio adecuado para inscribir la hipoteca que pueda concederle un derecho de prelación (art. 1.970, del Código civil); el otro le abrirá el camino para conseguir el embargo y la venta. Ninguna norma legal le prohíbe esta acumulación de acciones;

(1) Acertadamente la Apelación de Génova (22 de Abril de 1898, *Foro*, 761), reconoció al que niega la existencia del mandato cambiario, oponiéndose a la ejecución, el derecho a obtener la suspensión de los actos ejecutivos; pero no procedió con lógica en las consecuencias cuando, al aplicar una disposición dictada por el art. 323, para impedir el abuso de la jurisdicción excepcional concedida al Pretor y al Presidente del Tribunal, obligó al supuesto deudor a prestar fianza. Conforme con el texto, DELLA CARLINA, *Monit.*, 1900, 944; BONELLI, *Comm.*, núm. 311, párrafo 2.º

por el contrario, el Código de Comercio se plantea explícitamente esta hipótesis al suponer, en el art. 324, párrafo 2.º, que se proceda a la ejecución cuando se halla pendiente el juicio declarativo, y, por otra parte, el acreedor debe encontrar en el sistema procesal el instrumento necesario para ejercitar todos sus derechos, no el obstáculo que lo priva de una parte de los mismos (1). Las reglas sobre la competencia por conexión de acciones servirán para evitar la incompatibilidad entre sentencias (art. 104, del Código de procedimiento civil), por lo cual si el juicio fué comenzado mediante citación, el deudor deberá pedir la suspensión de la ejecución al Magistrado que ya conozca del pleito. Si fué iniciado con la oposición del deudor a la ejecución, la autoridad judicial del lugar en que se efectúa la ejecución será competente también para el juicio declarativo (2).

1.362. Para decidir sobre los litigios en materia cambiaria es competente la autoridad judicial del lugar en que debe efectuarse el pago (art. 91, párrafo 2.º, del Código de procedimiento civil). Pero tanto la citación como la notificación del mandamiento deben hacerse personalmente al deudor o cuando no se le encuentre en su residencia (3). La designación hecha en la letra, de un lugar de pago distinto de la residencia del librado, o del emisor, aun cuando se indique la persona o oficina que deberá efectuarlo, no debe considerarse como un fuero contractual para la notificación de las diligencias judiciales. No puede atribuirse a la indicación de un domicilio ese significado anormal. El hombre de negocios que lo consigna tiene en cuenta la función mercantil y no la función judicial de la letra de cambio; no mira a prevenir el caso de la falta de pago, sino el curso normal del título, y con este objeto designa en él frecuentemente como lugar de pago

(1) Conforme, la jurisprudencia dominante: Casación Turín, 23 de Agosto de 1901 (*Temi genov.*, 647); Casación Florencia, 14 de Julio de 1902 (*Giurisprudenza italiana*, 833; Apelación Casale, 12 de Junio de 1888 (*Foro, Rep.*, 1888, voz *Effetto cambiario*, núm. 110); Apelación Nápoles, 9 de Noviembre de 1889 (*Dir. comm.*, VII, 238); Apelación Brescia, 15 de Abril de 1889 (*Giurisprudenza italiana*, 662); Apelación Roma, 19 de Abril de 1890 (*Temi rom.*, 114); Apelación Venecia, 11 de Abril de 1893 (*Temi ven.*, 277); Apelación Trani, 19 de Febrero de 1895 (*Foro, Rep.*, 1896, voz *Effetto cambiario*, núm. 99); Apelación Turín, 23 de Marzo de 1896 (*Giurispr. torin.*, 386); Apelación Messina, 6 de Febrero de 1897 (*Foro, Rep.*, voz *Effett. camb.*, núm. 137); Apelación Florencia, 15 de Junio de 1890 (*Foro*, 1900, 175, con nota conforme de CARDINALI); Apelación Venecia, 17 de Diciembre de 1901 (*Temi ven.*, 1902, 100); Apelación Génova, 25 de Julio de 1905 y 18 de Mayo de 1909 (*Temi gen.*, 1905, 533; 1909, 332).

(2) Conforme: Apelación Génova, 18 de Mayo de 1909 (*Temi gen.*, 332).

(3) Arts. 562, 368, 135 y siguientes del Código de procedimiento civil.

una plaza bancaria distinta de la residencia del aceptante y del emisor. Atribuirle la intención de prevenir el ejercicio de la acción judicial, en el momento en que crea una letra domiciliada, es decir, un título destinado a una amplia y tranquila circulación, es argumentar contra la naturaleza del acto. No se puede admitir que el deudor haya renunciado al derecho de ser citado o intimado personalmente para pagar; que haya querido correr el riesgo de ser condenado o de sufrir una ejecución antes de saberlo, y de perder la acción de regreso, que prescribe en el brevísimo plazo de pocos días a contar desde la fecha de la intimación o de la citación, antes de saber que ha comenzado a transcurrir el término para ejercitarla (1). El art. 91 del Código de procedimiento civil, que prorroga la jurisdicción territorial del Juez en las cuestiones mercantiles en beneficio del acreedor, ha puesto también un límite a los fáciles abusos por los que el deudor podría ser condenado sin defensa, ordenando que habrá de ser citado personalmente. Esta tutela del deudor es tanto más respetable cuanto más rápida y rigurosa es la fuerza ejecutiva del título cambiario (2).

1.363. La misma solución es aplicable al caso en que el domicilio sea indicado por un endosante al lado de su firma. Se dijo que, estando indicado en la letra el lugar del pago, tal indicación efectuada por el endosante no puede tener otro objeto que el de facilitar las diligencias ejecutivas, lo cual es inexacto (3). La indicación puesta por un endosante, puede tener por objeto prevenir las vicisitudes mercantiles de la cambial, o el de asegurarse el endosante la recepción del aviso de la falta de pago (art. 317), párrafo 4.º), pudiendo así acudir rápidamente con un pago por

(1) Código de Comercio, art. 322, párrafo 2.º

(2) En este sentido están de acuerdo actualmente casi toda la jurisprudencia y la doctrina: Casación Nápoles, 25 de Julio de 1901 (*Monit.*, 1902, 327); Casación Turín, 6 de Mayo de 1899 (*Temi genov.*, 289); Id., 4 de Enero de 1899 (*Temi genov.*, 131); Id., 30 de Diciembre de 1893 (*Temi genov.*, 1894, 66); Casación Roma, 10 de Julio de 1893 (*Giurispr. ital.*, 1894, 74); Id., 27 de Julio de 1889 (*Legge*, II, 457); Casación Nápoles, 23 de Febrero de 1892 (*Foro*, 1.066); Apelación Génova, 10 de Enero de 1911 (*Temi gen.*, 47); Apelación Catanzaro, 13 de Octubre de 1904 (*Foro, Rep.*, voz *Effetto cambtario*, núm. 37); Apelación Venecia, 15 de Julio de 1891 (*Foro*, 248); Apelación Bolonia, 22 y 26 de Marzo de 1889 (*Rivista Bolognese*, 1894, 119); Apelación Venecia, 29 de Noviembre de 1887 y 18 de Agosto de 1885 (*Temi ven.*, 1888, 71, y 1885, 456); SUPINO, núm. 151; MATTEOLO, 5.ª edición, II, pág. 129, nota; BOLAFFIO, en *Temi ven.*, 1885, 466, y en el *Annuario di giurispr. comm.*, 1887, pág. 156; BONELLI, *Comm.*, núm. 295.

(3) En el sentido combatido en el texto: Casación Nápoles, 15 de Abril de 1893 (*Foro*, 773).

intervención que evite la acumulación de gastos de regreso; y puede tener la finalidad, por último, de acrecentar el crédito de la letra, señalando al tenedor un obligado en regreso contra el cual puede girar la resaca sin temor de equivocarse la dirección.

1.364. Pero, en mi opinión, hay que ir más allá que la doctrina y la jurisprudencia dominantes, y negar también valor cambiario a la cláusula por la cual se efectúe explícitamente la elección de domicilio para las diligencias judiciales (art. 140 del Código de procedimiento civil).

Esta cláusula es contraria a la práctica de los negocios, porque no se suele poner en circulación una letra de cambio declarando expresamente la posibilidad de que no se pague y que sea preciso proceder judicialmente contra los obligados cambiarios. Pero aunque la hipótesis se realizase, convendría considerarla como no escrita por las siguientes razones:

a) El legislador, al conceder a la letra de cambio el valor de título ejecutivo, ha determinado el alcance de esta concesión y nadie puede aprovecharse de esa eficacia ejecutiva para ejercitar mayores derechos que los que la ley le atribuye. Esta limitación es tanto más indispensable, cuanto que dicha cláusula tendría por consecuencia agravar los efectos del título ejecutivo, al privar al deudor de la garantía de la previa notificación personal del mandamiento judicial o de la citación, pudiendo llegar a sufrir la expropiación sin haber sido realmente avisado.

b) Como todas las cláusulas cambiarias con las que el acreedor se atribuye mayores derechos que los permitidos por la ley, esta cláusula deberá considerarse como no escrita. La analogía proporciona un sólido punto de apoyo a esta doctrina, porque la ley considera como no escrita la cláusula que exime al tenedor de levantar el protesto, y la jurisprudencia ha extendido esta norma a otras cláusulas análogas (núm. 1.102); si el Código no la ha tenido en cuenta es porque se desconoce por completo en el comercio.

c) La ley fija los términos para el ejercicio de la acción cambiaria en razón de las distancias, determinadas por la residencia efectiva del deudor (1), queriendo con esto dejar tiempo al acreedor para notificarle la citación o el mandamiento de ejecución. Esta graduación de los términos, según las distancias, no tendría razón de ser si tales actos pudiesen notificarse a todos los obligados cambiarios en el domicilio común elegido.

d) Como el brevísimo plazo concedido para el ejercicio de la

(1) Código de Comercio, arts. 320 y 322.

acción de regreso comienza a correr desde el día del mandamiento o de la citación (art. 322), ocurriría que el deudor citado o intimado perdería el ejercicio de esta acción antes de tener conocimiento de su derecho a ejercitarla, y esto todas cuantas veces el domiciliado no se cuidase de enviarle aviso inmediato o que por las distancias no fuese posible enviárselo a tiempo (1).

Núm. 2.—*Excepciones cambiarias.*

Sumario.—1.365. Consideraciones generales.—1.366. Las excepciones deben considerarse respecto al acreedor. Distinción entre excepciones absolutas y relativas.—1.367. Crítica de la ley.—1.368. Estas excepciones pueden tener su fundamento tanto en el Derecho común como en el Derecho cambiario.—1.369. Excepciones consideradas con relación al deudor.—1.370. *Excepciones absolutas referentes a la constitución originaria de la obligación.*—1.371. *Excepciones absolutas referentes al ejercicio de la acción cambiaria.*—1.372. *Excepciones personales relativas a la constitución originaria de la obligación.*—1.373. *Excepciones personales concernientes al ejercicio de la acción cambiaria.*

1.365. Si el vínculo que por virtud de la ley liga al deudor cambiario con el tercer poseedor del título es un vínculo abstracto, regulado conforme a su contenido literal, en las relaciones inmediatas entre librador y aceptante, entre librador y tomador, entre endosante y endosatario, la relación jurídica material ejercita una influencia continua. Al exponer la doctrina general de los títulos de crédito y de la letra de cambio (núms. 965 y siguientes y 1.016), he demostrado ya lo incompletas que son las construcciones geométricas que definen la obligación cambiaria como una obligación abstracta y operan exclusivamente con este concepto. He reconocido también yo este carácter a la obligación cambiaria cuando se encuentran en frente un tenedor de buena fe y un deudor cambiario, entre los cuales no existen otras relaciones que la que surge del título. Pero cuando se encuentran en contacto en el ejercicio de la acción cambiaria aquellos que ya lo estuvieron al negociarla, el negocio jurídico que dió origen a la obligación cambiaria, o que la hizo pasar de una a otra mano, vuelve a regular en su conjunto su respectiva posición. La letra de cambio, salvo expresa voluntad contraria, no introduce novación alguna en aquellas relaciones, modificándolas solamente en el

(1) Contra: Casación Roma, 28 de Marzo de 1913 (*Foro*, 604).

sentido de que el poseedor del título es *prima facie*, acreedor, conforme al tenor del mismo.

1.366. Las excepciones oponibles en el procedimiento cambiario, consideradas en relación con la persona que ejercita el crédito, pueden dividirse en dos especies: en excepciones absolutas y objetivas (*rei cohaerentes, in rem*), y en excepciones relativas o personales a uno o varios acreedores (*personae cohaerentes, in personam*). Tanto unas como otras pueden referirse bien a la originaria constitución del crédito cambiario, bien a su ejercicio.

1.367. La fórmula con la cual la ley (art. 324) menciona las excepciones cambiarias, es censurable por incompleta y excesiva a la vez. Es incompleta, porque no comprende entre las excepciones absolutas las que se refieren a la existencia de la obligación cambiaria, como serían la falsedad de la firma, la incapacidad, la homonimia y la falta de mandato, las cuales no pueden, en rigor, clasificarse entre las excepciones concernientes a la forma del título, de que trata aquel artículo (1). Y peca por exceso, porque las excepciones relativas a la falta de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción cambiaria por hechos posteriores al vencimiento, como el protesto fuera de plazo, afectan a la obligación en su existencia, son oponibles a todos y pueden reunirse con las primeras en un grupo contrapuesto a las excepciones personales.

1.368. Las excepciones, sean absolutas o relativas, pueden tener su fundamento tanto en el Derecho común como en el Derecho cambiario. Existen, por ejemplo, excepciones absolutas, como la incapacidad, que se regulan por el Derecho común, y excepciones relativas o personales, como el pago, que se rigen por el Derecho cambiario.

1.369. Las excepciones consideradas con relación al deudor, pueden oponerse por uno solo de los deudores, como la inobservancia del término por él establecido como endosante para la

(1) La oponibilidad de estas excepciones a todos los poseedores de la letra fué reconocida también en los trabajos preparatorios: «Por mucho que sea el rigor que quiera emplearse para facilitar la rápida decisión de los litigios derivados de operaciones cambiarias, no es posible negar eficacia a las excepciones que afectan a la existencia legal de la obligación, o bien producen jurídicamente su extinción, como serían la incapacidad del obligado, la prescripción de la acción y otras que se consideran sobre entendidas: *Verbali della Commissione preliminare*, núm. 315. Véanse más adelante los núms. 1.370 y siguientes.

presentación de una letra a la vista (art. 261); pueden ser oponibles por todos los deudores, como la falta de un requisito esencial (art. 251), y pueden ser oponibles por varios deudores, como la falta de protesto, que puede alegarse por todos los obligados en vía de regreso. Pero esta distinción no tiene importancia, porque, como dijimos al definir y clasificar las excepciones cambiarias, la doctrina y la ley las han considerado con relación al acreedor que ejercita la acción.

1.370. Son *excepciones absolutas* referentes a la constitución originaria de la obligación: la falsedad (núms. 1.357 y siguientes y 1.372, letra a, nota 418), la incapacidad (núms. 114 y siguientes, 118 y siguientes y 1.035), la homonimia, la carencia de representación (núms. 1.038 y siguientes, 1.360), y la falta de formalidades cambiarias. El Código de Comercio, considera expresamente sólo este último grupo; las demás tienen su fundamento en el Derecho común, que opera como fuente subsidiaria e integrante del Código de Comercio (1).

1.371. Son *excepciones absolutas* concernientes al ejercicio de la acción cambiaria las que derivan de hechos o de omisiones ocurridos en el intervalo entre el vencimiento y el ejercicio de la acción. Tales son: la inobservancia de las formalidades o de los plazos establecidos por el Derecho cambiario (art. 325); el depósito de la cantidad cambiaria (art. 297), y la prescripción (art. 919, núm. 2.º).

Pueden incluirse también en este grupo, aun cuando no sean excepciones perentorias:

a) *La destrucción de la letra de cambio.*—Esta no extingue la obligación, pero es un obstáculo para su ejercicio definitivo en tanto la sentencia de anulación no substituye a la cambial (2).

b) *El recibo total o parcial dado al aceptante o al emisor por*

(1) No se puede ni se debe buscar en este título del Código de Comercio todo el Derecho cambiario, sino que deberá integrarse, conforme al art. 1.º, con el Derecho civil, que determina cuáles son los requisitos esenciales de las obligaciones. No se puede, sin tergiversar el sentido de las palabras, considerar a estas excepciones, que pueden cubrirse bajo una forma cambiariamente perfecta, entre las excepciones de forma. En este sentido, la jurisprudencia dominante: Casación Florencia, 10 de Mayo de 1897 (*Foro*, 753); Casación Roma, 10 de Julio de 1893 (*Giurispr. ital.*, 1894, 74); Casación Turín, 10 de Diciembre de 1892 (*Foro*, 1893, 255); Casación Florencia, 8 de Junio de 1891 (*Foro*, 762); Casación Nápoles, 9 de Enero de 1889 (*Foro*, 386); Casación Turín, 19 de Julio de 1888 (*Foro*, 810). Véanse los *Lavori preparatori*, citados en la nota 413.

(2) Art. 331 del Código de Comercio; Apelación Venecia, 30 de Agosto de 1887 (*Teml ven.*, 531).

uno de los tenedores de la letra y escrito sobre el título.—Esta no destruye la obligación cambiaria, pero la priva en los límites a que se contrae el recibo, de todo valor probatorio, porque impone al poseedor la prueba de que, no obstante aquella declaración, no ha recibido el pago. La prueba debe admitirse por una consideración de hecho: porque el poseedor puede haber extendido el recibo en previsión de un pago que luego no se efectuó. Debe admitirse también por una consideración de derecho: porque para la prueba de la realización del pago se precisan dos circunstancias concurrentes (art. 295), o sean, en el caso de pago total, el recibí en la letra y la devolución de la misma; en el caso de pago parcial, la anotación en la cambial y el recibo por separado, y de ambas condiciones, que sirven de testimonio contra el poseedor, no se ha verificado más que una: la indicación del pago en la letra (1).

1.372. *Las excepciones personales* son las que pueden oponerse al poseedor de la letra que requiere el pago de la misma, pudiendo referirse también tanto al origen de la obligación, como a su ejercicio.

Son *excepciones personales* concernientes al origen de la obligación cambiaria:

a) Todos los vicios de consentimiento que, según el Derecho común, el deudor puede oponer a aquél con quien ha contratado: tales son la *simulación*, el *error esencial*, el *dolo* y la *violencia*, por cuya virtud fué inducido a obligarse en forma cambiaria (2).

El tenedor de la letra que se dirige contra aquél que le dió la forma cambiaria, es un contratante y no puede exigir protección mayor que la que el Derecho común concede a todo contratante. Se comprende que el deudor cambiario no pueda oponer aquellas excepciones al poseedor de buena fe con quien no ha contratado, y que éste pueda y deba dar crédito a la firma del deudor, cuya voluntad ve debidamente manifestada en forma cambiaria. Pero el poseedor que contrató con aquél contra quien dirige la acción, tuvo medio de cerciorarse de si la voluntad estaba exenta de vicios, y deberá sujetarse como cualquier otro contratante al riesgo de que la voluntad interna de aquel con el cual contrató no coincidiese con la manifestada.

(1) Véase volumen IV, 4.ª edición, núm. 1.588; DERNBURG, § 281; STAUB, art. 36, § 29; Tribunal Supremo, *Entscheid.*, IX, 62; VII, 67; Tribunal Supremo de comercio, *Entscheid.*, XIV, 154.

(2) Véase núm. 1.016; Casación Turín, 11 de Mayo de 1903 (*Rivista di dir. comm.*, 200); DERNBURG, § 280, nota 13; REHBEIN, art. 82, nota 5.ª; STAUB, art. 82, §§ 9.º y 25; Tribunal Supremo del Imperio, *Entscheid.*, IV, pág. 392.

Sin embargo, la violencia puede constituir una excepción absoluta, susceptible de oponerse a todos, cuando faltó totalmente en el deudor la voluntad de obligarse y de estampar su firma, por ejemplo, si se le forzó a ponerla con violencia física, en cuyo caso obra como un instrumento de su agresor, que haciéndole firmar a la fuerza, le impone la propia voluntad suprimiendo la suya contraria (1).

b) Los vicios existentes en la causa de la obligación cambiaria. Estas excepciones son innumerables. Citaremos las siguientes:

1.^a La excepción de que la obligación tuvo causa ilícita, por ejemplo el juego, el premio por una acción delictiva, una comisión matrimonial, en el supuesto de que ésta sea también una causa ilícita de ganancias (2).

2.^a La excepción de que tuvo por causa un contrato inexistente (3), por ejemplo, una compraventa de inmuebles que no se hizo constar por escrito: la letra de cambio no puede subsanar aquel defecto esencial a no ser que de la misma resulte la compraventa con sus requisitos esenciales.

3.^a La excepción de que la prestación para cuyo pago se dió la cambial no se cumplió o no se cumplió debidamente: por ejemplo, las mercancías cuyo precio liquidaba la letra no fueron entregadas o fueron rechazadas lícitamente por vicios redhibitorios, o la cantidad prometida no fué entregada (4).

4.^a La excepción de no haberse cumplido la condición a que estaba subordinado el ejercicio de la acción cambiaria: por ejemplo, cuando el tenedor de una letra de cambio dada como caución no ha resultado acreedor, o cuando el tenedor de la letra entregada para gestionar su descuento no remitió el importe al endosante contra quien dirige la acción.

(1) Véase núm. 978.—GRUNBUT, I, págs. 315 y 316; REHBEIN, art. 82, nota 5.; STAUB, art. 82, § 68. Tratándose de una firma obtenida sólo mediante amenazas, puede aplicarse el principio: *etsi coactus voluit, tamen voluit*. El que presentando subrepticamente una letra de cambio entre distintos papeles que otra persona debe firmar, consigue así apoderarse de su firma, comete el delito de falsedad y no de estafa, porque falta en quien dió la firma la voluntad de firmar: Casación Roma, 26 de Febrero de 1897 (*Foro*, II, 214); pero no se puede admitir esta tesis en las relaciones civiles.

(2) Casación Roma, 15 de Marzo de 1898 (*Giurispr. ital.*, 448); Apelación Roma, 5 de Febrero de 1897 (*Giurispr. ital.*, 255); Apelación Roma, 11 de Diciembre de 1900 (*Tem. rom.*, 1901, 243); Apelación Brescia, 20 de Agosto de 1900 (*Foro, Rep.*, voz *Effetto cambiario*, núm. 51); Apelación Cagliari, 22 de Agosto de 1907 (*Monit.*, 1908, 72); Apelación Trani, 17 de Diciembre de 1910 (*Foro Puglie*, 1911, 193); Tribunal Alba, 10 de Febrero de 1892 (*Monit.*, 251).

(3) Apelación Florencia, 23 de Enero de 1912 (*Rivista di dir. comm.*, 508).

(4) Casación Turín, 3 de Julio de 1899 (*Monit.*, 701); Apelación Venecia, 16 de Septiembre de 1910 (*Rivista di dir. comm.*, 1911, 56).

5.^a La excepción de que la obligación cambiaria fué constituida *por favor*, y, por consiguiente, como indica la frase, sin intención de contraer obligación cambiaria respecto al que la recibió para aquel objeto. Si éste, a pesar del acuerdo utiliza la letra contra aquel que le hizo el favor, puede ver rechazada su acción en virtud del negocio fundamental.

Esta excepción actúa personalmente contra aquel que obtuvo la firma de favor, no contra los que descontaron la letra conociendo el carácter gratuito de la firma en su origen, precisamente porque el que firma por favor quiere que su firma sea atendida y facilite el descuento de la letra (1).

6.^a La excepción de que la letra fué endosada para el *cobro*. El tenedor que la dirige contra su endosante infringe la ley del mandato, vuelve dolosamente contra su mandante el título que se le dió para utilizarlo contra el deudor principal.

7.^a La excepción de uso indebido de la hoja en blanco destinada a la redacción de la letra de cambio (2).

1.373. Son *excepciones personales* derivadas de hechos posteriores al nacimiento del crédito cambiario, susceptibles de modificar o de impedir el ejercicio del mismo:

a) La *prórroga del término para el pago* (núm. 1.281), la *remisión total o parcial* (núm. 1.336), el *pago* (núm. 1.280), la *compensación* y la *novación*. Si a pesar de estos hechos, la letra de cambio, retenida en poder del acreedor es endosada antes del vencimiento o utilizada en vía regresiva, el nuevo poseedor de buena fe tiene derecho al pago conforme al texto de la letra (3).

b) La *anotación en cuenta corriente* de la letra no proporciona al deudor ninguna excepción, ni aun contra el cuentacorrentista que le abonó en cuenta la cantidad cambiaria, porque éste puede en cualquier momento anular el asiento verificado bajo

(1) Casación Nápoles, 30 de Abril de 1907 (*Corte d'App.*, 172); Tribunal Lecce, 31 de Julio de 1894 (*Foro, Rep.*, 1895, voz *Effetto cambiario*, núm. 96); Apelación Génova, 20 de Febrero de 1891 (*Temi genov.*, 263). Conforme STAUB, art. 82, § 22.

(2) Apelación Casale, 25 de Marzo de 1902 (*Giurispr. Ital.*, 434); Casación Turín, 17 de Diciembre de 1900 (*Temi genov.*, 1901, 200); Casación Florencia, 9 de Julio de 1900 (*Temi ven.*, 473).

(3) Equivocadamente la Casación de Turín, 30 de Diciembre de 1893 (*Monit.*, 1894, 327); Apelación Milán, 18 de Junio de 1895 (*Monit.*, 586), y 15 de Febrero de 1900 (*Id.*, 670), colocan la excepción de pago entre las concernientes a la falta de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción cambiaria, porque esta excepción no es especial a la acción cambiaria, sino que vale para todas las acciones judiciales. Con exactitud, Apelación Casale, 10 de Mayo de 1907 (*Monit.*, 512).

la condición tácita del «salvo ingreso en caja» y ejercitar la acción cambiaria (1).

c) La *excepción de dolo*, en sentido propio y especial al ejercicio de la acción cambiaria, puede oponerse a todo el que adquiriera la letra para privar al deudor de las excepciones que habría podido oponer al poseedor precedente. Es obvio que este adquirente no puede invocar en defensa propia la autonomía de los derechos cambiarios, porque este principio se introdujo en beneficio de la circulación honrada (2). Sin embargo, el adquirente de buena fe no pierde esta cualidad si después de su adquisición tuvo conocimiento de dichas excepciones. El adquirente está también a cubierto de las excepciones oponibles al poseedor anterior, aun cuando las conociese en el momento de la adquisición, si su endosante inmediato adquirió la letra ignorándolas, porque éste lo ampara con su buena fe (núms. 938 y siguientes).

Núm. 3.—*Suspensión de la sentencia o de la ejecución.*

Sumario.—1.374. Sistema del Código.—1.375. *Excepciones negativas.*—1.376. *Excepciones personales.*—1.377. Cuando pueden considerarse de pronta solución las excepciones.—1.378. *Excepciones absolutas.*—1.379. Resumen.

1.374. Para poner coto a las excepciones dilatorias del deudor, el Código prescribe la forma en que el Juez deberá proceder en la instrucción de los litigios cambiarios. Si bien dejando al deudor libertad de defensa ha querido impedir por medio de algunas medidas que esta libertad sirva de obstáculo a la rápida conversión de la letra de cambio en dinero: «Defiéndete libremente—dice el Código al deudor—, en el curso del juicio, con todas las excepciones que puedan decidir sobre la existencia de la deuda, pero provisionalmente estás obligado a pagar.» De aquí que el juicio puede desenvolverse en dos fases: la primera, provisional, en que se halla limitada la defensa del deudor; la segunda, abierta a todos los medios de defensa, que puede conducir a la revocación de la anterior sentencia condenatoria, y posiblemente a

(1) Véase vol. IV, 4.ª edición, núms. 1.739-1.742.

(2) Véase núm. 986; Apelación Venecia, 4 de Noviembre de 1898 (*Tem. ven.*, 607); 22 de Septiembre de 1898 (*Tem. ven.*, 605); Apelación Catania, 18 de Mayo de 1900 (*Monit.*, 1901, 55); Apelación Trani, 2 de Julio de 1910 (*Foro Pugile*, 433).



la resolución opuesta con la condena del poseedor de la cambial al abono de los gastos de todo el juicio y al resarcimiento de daños. El legislador ha aprendido de la experiencia que una vez pagada la letra de cambio el deudor renuncia a las excepciones, que, por lo regular, se alegan con el fin de obtener del acreedor amenazado un aplazamiento o una reducción del crédito.

1.375. Las excepciones que puede alegar el deudor cambiario, se pueden clasificar, en cuanto a su eficacia suspensiva, en tres categorías: excepciones negativas, excepciones personales y excepciones oponibles a todos los poseedores de la letra.

Las *excepciones negativas* implican la negación de la existencia del crédito reclamado, pero no probado, por el actor. No son excepciones propiamente dichas, porque no extienden el campo de la controversia a nuevos hechos, cuya prueba incumba al demandado: sólo producen el efecto de hacer necesario el complemento de la prueba ofrecida por el actor, que ha resultado incompleta o inexistente después de la negativa del demandado (1). Estas excepciones negativas suspenden necesariamente la sentencia y la ejecución, de lo cual hemos visto dos casos en la negativa de reconocimiento de la firma y del mandato (números 1.358 y sigs.). El acreedor, en cuyas manos queda inmovilizada la cambial, deberá completar la prueba de su derecho. A él corresponde cuidar de apresurarla para obtener la condena definitiva del deudor.

1.376. *Excepciones personales.*—Son tales las excepciones que corresponden al deudor contra el tenedor de la letra o contra todos aquellos cuyos derechos ejercita éste como sucesor, por ejemplo, en virtud de un endoso posterior al vencimiento, de herencia o de cesión. Estas excepciones no son susceptibles de enumeración (núms. 1.372 y sigs.) y constituyen la fuente inagotable a que los deudores insolventes acuden para obtener sus dilatorios medios defensivos. Contra el empleo abusivo de éstos el legislador opone límites rigurosos, sometiendo al deudor al duro régimen del *solve et repete*.

El Código (art. 324) no permite al Juez suspender la ejecución o retrasar la sentencia condenatoria, a no ser que las excepciones alegadas por el deudor *sean claras o de pronta solución y, en*

(1) *Negantis, naturali ratione, nulla est probatio. Ei incumbit qui dicit non qui negat. Actore non probante reus est absolvendus.* L. 2, D., de prob. et praesumpt. (22, 3); L. 23, C., de prob. (4, 19); L. 4, Cod. de adendo; MAYNZ: *Droit romain*, 3.ª edición, I, pág. 451; AUBRY y RAU, VII, § 749₁₈; MATTIROLO, 5.ª edición, I, núm. 42.

todo caso, fundadas en prueba documental. Si el deudor presenta estas pruebas de sus excepciones, y el acreedor no opone por su parte ningún hecho que las invalide, el Juez deberá rechazar la demanda, o admitir la oposición a la ejecución. Si el juicio continúa y el acreedor contesta proponiendo otros medios de prueba con objeto de privar de eficacia a las excepciones alegadas por el demandado, la suspensión se produce por sí misma, y es justo que así ocurra, porque el acreedor necesita tiempo para impugnar las pruebas propuestas por el deudor; es el propio acreedor quien implícitamente solicita la suspensión para completar la prueba de su derecho, y es él mismo el que puede evitar, con su diligencia, el retraso de la ejecución y de la condena (1).

1.377. Para que el Juez pueda suspender la sentencia condenatoria o la ejecución, es preciso que las excepciones personales sean de pronta solución y fundadas en prueba escrita en el momento en que se proponen (2). Bastaría también un principio de prueba por escrito, pues la ley no puede haber requerido la prueba completa por escrito, ya que en tal hipótesis no habría que suspender la condena del deudor, sino de rechazar sin más la demanda; entonces las excepciones no se presentarían ya como excepciones de pronta solución, sino como ya probadas (3). Sin embar-

(1) El primer período del párrafo 2.º del art. 324, fué acusado de contradicción por BOLAFFIO: *Rivista ital. di scienze giuridiche*, V, pág. 21, y nuevamente en *Temi ven.*, 1900, 371 y 472), razonando de este modo: «Si hay prueba escrita que demuestre el fundamento de la excepción, nada queda ya por resolver, y deberá pronunciarse sin más el fallo, de condena o de absolución. Interpretando así la ley, porque así lo requiere su texto, se pone de relieve la incorrección, o más bien la contradicción de la fórmula legislativa.» Según BOLAFFIO, este artículo es contradictorio porque supone que el Juez puede retrasar su decisión cuando el deudor ha probado sus excepciones. Pero la prueba de las excepciones no concluye el juicio, cuando el actor propone a su vez la demostración de que no son decisivas; por lo tanto, puede darse el caso de que no se pueda pronunciar la sentencia condenatoria aunque las excepciones sean de pronta solución.

(2) Se desprende de los trabajos preparatorios que se quiso poner un freno a la excesiva indulgencia de los Jueces, que bajo el imperio del Código de 1865, admitían demasiado fácilmente las pruebas testifical y por juramento. Verb., números 22, 89 y 315. Conforme al texto, Casación Florencia, 30 de Junio de 1905 (*Temi ven.*, 1906, 41); Apelación Cagliari, 22 de Agosto de 1907 (*Monit.*, 1908, 72); Apelación Florencia, 19 de Febrero de 1907 (*Foro, Rep.*, voz *Effetto cambiario*, núm. 102); Apelación Milán, 1.º de Abril de 1913 (*Rivista di dir. comm.*, 454); GIANNINI, 2.ª edición, núm. 131. En contra BOLAFFIO, *Rivista ital. di scienze giuridiche*, pág. 20, y *Foro ital.*, 1886, 85; PAGANI, *Monit.*, 1886, págs. 793 y siguientes; LESSONA, *Trattato delle prove*, I, núms. 479 y sigs. VIDARI, núm. 7.142.

(3) Conformes Casación Florencia, 30 de Junio de 1905 (*Temi ven.*, 1906, 41); Apelación Parma, 27 de Julio de 1909 (*Giurispr. tor.*, 1.110); MARGHERI, *Trattato*, 3.ª edición, vol. VI, pág. 209, nota 1.ª; SUPINO, 5.ª edición, núm. 560. En contra, C. F. BRUSA, en la *Rivista di dir. comm.*, 1907, I, 82.

go, las excepciones basadas en un principio de prueba escrita no se pueden considerar de pronta solución si para completarla se propusiese un interrogatorio, que, por lo regular, no resuelve nada y crea la necesidad de otras nuevas pruebas (1).

Tampoco podrá detener la sentencia o la ejecución el juramento decisorio pedido al actor, porque no constituye prueba escrita, ni prueba de pronta y segura solución. Las cuestiones que pueden surgir respecto a la fórmula del juramento, la facultad que el Código atribuye al deudor de revocarlo después que lo ha deferido (art. 1.372), las cuestiones que surgirán de nuevo después de prestado acerca de la importancia de las variantes introducidas en la fórmula por el que prestó el juramento, la probabilidad de que el acreedor confirme su crédito haciendo superflua la prueba o se vea obligado a añadir a la fórmula propuesta la frase evasiva «que yo recuerde» y haya que empezar de nuevo, después que el deudor habrá tenido tiempo para ocultar las garantías de su crédito, son todas razones que me inducen a sostener que esta prueba no puede suspender la condena o la ejecución ya comenzada (2).

No sería susceptible tampoco de detener la condena o la ejecución la excepción fundada en lo que resultase de los libros de comercio del actor, aun cuando el deudor declarase prestarles fe (art. 51). No sería prueba de pronta solución, porque daría origen a cuestiones acerca de las partidas que habrían de examinarse, de la regularidad de los libros, del valor de sus declaraciones. Y no podría decirse que el deudor funda su excepción en una prueba escrita, cuando, por el contrario, la funda simplemente en la petición de una prueba escrita, prueba que podrá resultar completamente opuesta a su objeto, y, por consiguiente, no constituir en absoluto prueba de su excepción (3).

(1) Jurisprudencia dominante: Apelación Catania, 15 de Mayo de 1909 (*Foro, Rep., voz Effetto cambiario*, núm. 115); Id., 4 de Noviembre de 1907 (*Foro, Rep., voz Effetto cambiario*, núm. 115); Apelación Venecia, 28 de Diciembre de 1905 (*Temi*, 1906, 55); Id., 11 de Septiembre de 1894 (*Temi ven.*, 576); Apelación Génova, 21 de Mayo de 1901, 31 de Marzo de 1894 y 15 de Septiembre de 1892 (*Temi genov.*, 1901, 332; 1894, 279, y 1892, 602); Casación Turín, 9 de Mayo de 1891 y 15 de Julio de 1888 (*Giurispr. tor.*, 1891, 571, y 1887, 658).

(2) Conforme Apelación Génova, 27 de Marzo de 1897 (*Temi gen.*, 207); Apelación Milán, 13 de Noviembre de 1903 (*Monit.*, 1904, 90).

(3) En tal sentido la doctrina y la jurisprudencia dominantes: SUPINO, 5.^a edición, núms. 559 y 586; VIDARI, núm. 7.142; LESSONA, I, núm. 112; Apelación Génova, 29 de Marzo de 1895 (*Temi genov.*, 233); Apelación Palermo, 31 de Enero de 1896 (*Foro, Rep., voz Effetto cambiario*, núm. 124); Apelación Casale, 15 de Septiembre de 1893 (*Giurispr. Torino*, 1894, 75); Apelación Catania, 6 de Febrero de 1893 (*Foro, Rep., voz Effetto cambiario*; núm. 174); Apelación Casale, 5 de Mayo de 1890 (*Foro, Rep., voz Effetto cambiario*, núm. 142 bis).

Sería exigir más que cuanto la ley exige si se requiriese siempre prueba escrita procedente del actor, porque pueden ser suficientes también los documentos provenientes de un tercero a quien la ley atribuye fe pública; por ejemplo, si el deudor alega la incapacidad del acreedor para cobrar, bastará que aporte la sentencia declaratoria de la incapacidad o de quiebra (1).

1.378. *Excepciones absolutas*, oponibles a todos los poseedores de la letra de cambio (núms. 1.370 y 1.371). Respecto a su virtualidad para suspender o no la sentencia o la ejecución el Código de Comercio no dice nada, por lo cual se aplicarán al caso las normas contenidas en el Código de procedimiento civil. En los juicios declarativos el Juez, antes de dictar sentencia, deberá aceptar todos los medios legales de prueba que son admisibles en materia mercantil (2), y en los juicios ejecutivos deberá suspender la ejecución en los casos en que el Código de procedimiento le faculta para ello (3), pues nada ha sido modificado por el Código de Comercio.

Y no cabe objetar con la fórmula enérgicamente expresiva del art. 323: «la oposición del deudor no suspenderá la ejecución», fórmula que debe ponerse en relación con la disposición que la sigue, y considerarse, por tanto, como una norma general de procedimiento que el Pretor o el Presidente del Tribunal deben tener presente en el ejercicio del poder excepcional que les fué conferido por aquel artículo. Esa norma no añade nada a las disposiciones del Código de procedimiento sobre la suspensión de la ejecución, porque no es más que la reproducción de lo ya dispuesto en aquel Código (art. 580).

Muchas de estas excepciones se podrán resolver a primera vista, como las relativas a los vicios de forma, y por tanto, el Juez podrá, sentenciando rápidamente, rechazar la citación y anular el mandamiento, o bien condenar al deudor cambiario y rechazar la oposición. Pero cuando la tramitación del pleito se complique con pruebas de lenta ejecución, por ejemplo, en el caso

(1) Esto se infiere también de la historia legislativa, pues el proyecto preliminar decía que el documento debería emanar del poseedor (*Verbali*, núm. 315); pero tal condición fué suprimida. Conforme Apelación Génova. 30 de Diciembre de 1889 (*Temí genov.*, 1890, 81); F. C. BRUSA, loc. cit. Contrarios al texto: BOLAFFIO, *Rivista ital. di scienze giur.*, cit. pág. 20; SUPINO, 5.^a edición, núm. 560; Apelación Turín, 30 de Julio de 1884 (*Dritto comm.*, 1885, 201). Es evidente que no se pueden considerar como pruebas escritas las declaraciones de terceros deducidas en juicio por escrito, que no son más que testimonios sin garantía de sinceridad ni de autenticidad.

(2) Véase vol. IV, índice alfabético, voz *prueba*.

(3) Código de procedimiento civil, arts. 580, 645 y 660.

de que la mujer casada deudora quiera probar su incapacidad al tiempo en que se ha obligado cambiariamente (1), o cuando el acreedor quiera probar la interrupción de la prescripción alegada por el deudor, el Juez deberá retrasar la sentencia definitiva y suspender la ejecución del modo y en los casos admitidos por el Código de procedimiento civil (2). Al conceder la suspensión el Juez no está obligado a imponer al deudor la prestación de la fianza que prescribe el art. 323. Esta obligación se impone al Juez que tiene que pronunciarse inmediatamente, sólo en presencia de los documentos presentados por el deudor, sin dar audiencia al acreedor, con objeto de prevenir los peligros inherentes a la naturaleza de su decisión. Pero la autoridad judicial que resuelve dentro de los límites de su jurisdicción ordinaria, con las garantías del juicio contradictorio, no puede sufrir una limitación de sus facultades normales en virtud de un argumento de analogía (3).

1.379. Resumiendo:

a) En los juicios ejecutivos el Pretor o el Presidente del Tribunal pueden suspender la ejecución, con tal que el deudor preste una caución que, para ser eficaz, deberá equivaler a la cantidad cambiaria y a sus accesorios (art. 323).

b) En todos los juicios en materia cambiaria, sean de ejecución o declarativos, la ejecución y la sentencia se suspenden de derecho cuando el deudor oponga excepciones negativas.

c) En todos los litigios cambiarios, sean de ejecución o declarativos, la autoridad judicial competente puede aplazar la sentencia y suspender la ejecución conforme a las normas del procedimiento ordinario, si se trata de excepciones oponibles a

(1) La excepción de incapacidad puede suspender la ejecución y probarse incluso con pruebas no reconocidas todavía y de larga ejecución: Casación Roma, 13 de Marzo de 1906 (*Foro*, 655); Casación Turín, 21 de Julio de 1892 (*Monit.*, 1892, 500); Casación Turín, 18 de Diciembre de 1894 (*Monit.*, 1895, 222); Apelación Florencia, 17 de Octubre de 1906 (*Foro, Rep.*, 1907, voz *Effetto camb.*, núm. 119). Contra, Apelación Génova, 27 de Mayo de 1893 (*Temi genov.*, 524); Apelación Catania, 4 de Noviembre de 1907 (*Foro, Rep.*, voz *Effetto cambiario*, 115).

(2) Por tanto, deberá suspenderse la ejecución cuando se trate de excepciones absolutas si el deudor entregó al actuario la cantidad debida (art. 580 del Código de procedimiento civil). Por el contrario, si se trata de excepciones personales, este depósito no puede detener la ejecución, porque el procedimiento ejecutivo debe seguir su curso normal hasta conseguir el pago. Conforme, Apelación Génova, 30 de Diciembre de 1889 (*Temi genov.*, 1890, 81); Casación Florencia 30 de Noviembre de 1896 (*Temi genov.*, 1897, 106).

(3) Contra, Apelación Génova, 22 de Abril de 1898 (*Foro*, 761).

todos los acreedores, o de excepciones personales de pronta solución y fundadas en prueba por escrito.

d) En todos los juicios de materia cambiaria la autoridad judicial debe dictar sentencia condenatoria y rechazar la oposición, cuando las excepciones personales alegadas por el deudor no sean de pronta solución y fundadas en documento escrito o en un principio de prueba por escrito (núm. 1.377); al mismo tiempo, el Juez deberá admitir las pruebas admisibles en materia mercantil, con objeto de que se puedan discernir sus resultados en el curso del mismo juicio (1).

§ 101.—LA ACCION DE ENRIQUECIMIENTO.

Sumario.—1.380. Objeto de la acción de enriquecimiento.—1.381. Esta acción no tiene naturaleza cambiaria.—1.382. Requisitos.—1.383. Efectos.

1.380. *Objeto de la acción de enriquecimiento.*—Para atenuar el daño que el tenedor de la letra de cambio experimenta con la pérdida de la acción cambiaria, la ley le concede el auxilio de la acción de enriquecimiento contra el librador y, cuando se trata de una letra domiciliada, también contra el aceptante o el emisor (art. 326 del Código de Comercio).

Si la ley no hubiese dado al poseedor este remedio, quedaría generalmente privado de todo recurso; no podría proceder contra aquéllos en virtud de la relación que dió lugar originariamente a la emisión de la letra, porque ningún contrato suele ligar al poseedor con dichos deudores cambiarios; no podría utilizar la acción ordinaria de enriquecimiento, porque el librador, el aceptante y el emisor podrían rechazarla objetando que no se enriquecieron por causa ilegítima, sino por culpa del poseedor, y podrían añadir que ninguna porción del patrimonio del poseedor ha entrado en el de ellos; condiciones ambas necesarias para el ejercicio de la acción ordinaria de enriquecimiento. En beneficio del tenedor decaído de la acción cambiaria, crea la ley un vínculo entre la pérdida sufrida por el tenedor de la letra y el beneficio obtenido por el librador, poniendo en relación dos hechos y dos personas que, de lo contrario, después de la extinción de la letra, quedarían como extraños entre sí.

La ley no permite al poseedor ejercitar la acción de enriquecimiento injusto contra los demás obligados cambiarios. No se le concede contra el aceptante de la letra no domiciliada, porque el

(1) Conforme, Casación Turín, 30 de Marzo de 1906 (*Giurispr. torin.*, 1.186).

tenedor conserva contra éste la acción cambiaria, no obstante la pérdida de la acción de regreso; tampoco contra los endosantes, porque si bien éstos cobraron el importe, tuvieron a su vez que pagarlo para adquirir la letra, ni se la concede contra el avalista, porque no suele obtener ningún provecho de la garantía que ha prestado. La ley no la otorga al librador contra el aceptante, partiendo de la hipótesis de que éste no pagó la cantidad cambiaria porque la acción derivada de su respectiva relación de mandato, de cuenta corriente, etc., le ofrece el medio de exigir igualmente su reembolso. No la concede, por último, al librador que hizo provisión de fondos, contra el librado que rehusó la aceptación o el pago, porque aquellas mismas relaciones contractuales le proporcionan el remedio (núm. 1.382).

La acción de enriquecimiento es, pues, un *extremum remedium iuris* concedido al poseedor del título perjudicado para librarlo del rigor cambiario, de modo que pueda resarcirse del daño experimentado procediendo contra el librador, el aceptante o el emisor en aquellos casos en que éstos obtendrían un provecho indebido.

1.381. Naturaleza (1).—La acción de enriquecimiento injusto no es una acción de naturaleza cambiaria, porque surge después que la *acción cambiaria ha caducado* (art. 326). Esta declaración demuestra que la ley, siguiendo el proceso lógico de la institución cambiaria, no concede a la acción de enriquecimiento naturaleza cambiaria. En efecto, no se halla determinada ésta, como cualquier otra acción derivada sólo de la letra, en cuanto al importe de la deuda, al lugar y a la fecha de su vencimiento, por el contenido literal del título, que por su esencia es un título completo y autónomo. Por el contrario, está subordinada en su ejercicio a la prueba del daño experimentado por el poseedor y a la prueba del indebido enriquecimiento obtenido por el librador, es decir, subordinada en su existencia y en su ejercicio a condiciones y limitaciones que no resultan del título y que, por tanto, no pueden considerarse de naturaleza cambiaria. En el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto la letra de cambio, por sí sola, no tiene importancia alguna, actuando solamente como un elemento de hecho, que, al unirse a otros dos elementos de hecho, el daño del poseedor y el enriquecimiento del librador, da lugar a una acción *sui generis*, la acción de enriquecimiento cambiario.

(1) Acerca de la naturaleza de la acción de enriquecimiento, véase el reciente estudio de C. Scuto, *L'azione di arricchimento nel diritto cambiario*, Perugia, 1912.

En el ejercicio de la acción cambiaria el tenedor puede servirse de la letra como de un título ejecutivo. En el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto la letra pierde toda eficacia de título ejecutivo y todo privilegio probatorio, tanto que sería absurdo negar al librador deudor la más amplia libertad de pruebas frente al poseedor, que deberá antes invocar para sí mismo igual libertad de prueba para justificar su derecho. La acción de enriquecimiento está sometida en su ejercicio a las normas aplicables a la prueba de las acciones ordinarias de crédito, lo cual demuestra también que no implica un verdadero derecho cambiario, a favor del cual, cuando no se niega la firma, hay una presunción de existencia, reforzada por las limitaciones impuestas al empleo de las excepciones cambiarias.

No pudiendo desconocer las diferencias esenciales que existen entre la acción cambiaria, que tiene por objeto un derecho literal, formal y derivado de un título auténtico, y la acción de enriquecimiento, cuyo objeto es un crédito incierto, indeterminado, sin sujeción a forma alguna, desprovisto de fuerza ejecutiva y de todo privilegio procesal, se introdujo la distinción entre acciones cambiarias en sentido estricto, o sean las que se ejercitan exclusivamente por medio de las letras de cambio, y acciones cambiarias en sentido amplio, comprendiendo en esta categoría más extensa, además de la acción cambiaria en sentido estricto, la acción de enriquecimiento injusto, lo cual produciría, como consecuencia, que también esta última se hallase sujeta a la prescripción de cinco años, aplicable a las acciones derivadas de la letra de cambio (art. 919, núm. 2.º). Pero para situarla en la categoría de las acciones cambiarias, la acción de enriquecimiento habría de tener todos los requisitos esenciales de aquellas, porque cualquier diferencia substancial cambia un derecho en otro derecho distinto, una acción en otra diferente. Por el contrario, la acción de enriquecimiento tiene sólo de común, con la acción cambiaria, que el actor debe estar en posesión de la cambial; por lo demás, como hemos visto, el derecho que constituye el objeto de la acción y le comunica su naturaleza jurídica, es esencialmente distinto.

Si el legislador hubiese querido atribuir a la acción de enriquecimiento naturaleza cambiaria, introduciendo de manera forzada en el sistema cambiario una acción de excepcional naturaleza cambiaria, el intérprete, aun censurándolo, tendría que rendirse y aceptarlo. Pero los argumentos exegéticos que se aducen para demostrar que el legislador atribuyó a la acción de enriquecimiento carácter cambiario no prueban en absoluto que tuviese una intención tan contradictoria con su sistema.

Se dijo: «si el legislador declaró que el librador *queda* obligado, esto significa que conserva la posición anterior de obligado cambiario». Pero la palabra *queda* se emplea en nuestro lenguaje no sólo para significar la conservación del estado anterior, sino en el sentido más amplio de adoptar de modo duradero una posición determinada; así se dice: «quedó atónito, queda indeciso»; del mismo modo, diciendo de nuestros contradictores que al leer esta sencilla observación quedarán disgustados, no se pretende afirmar que se encontrasen antes en tal condición. Acaso el vocablo *queda* le fué sugerido al legislador por la consideración de que la existencia del enriquecimiento y su naturaleza civil o mercantil quedan definitivamente determinadas desde el momento en que tuvo lugar la caducidad, aunque el enriquecimiento haya desaparecido posteriormente o aquel que era comerciante haya perdido esta cualidad cuando se ejercita la acción (1). El legislador ha empleado en otros lugares aquel vocablo, no para indicar la subsistencia de una obligación anterior, sino solamente el hecho de asumir de manera definitiva una obligación; así, dice del librado que acepta bajo condición o limitación que *queda* obligado dentro de los límites de su aceptación, aunque no estuviese obligado antes de la firma. Añádase, además, que ese *queda* puede referirse a la subsistencia genérica de una obligación, es decir, a aquel carácter común de *obligación* que tienen tanto la obligación cambiaria como la de enriquecimiento, y que dicho *queda* puede referirse a la identidad de la persona que queda obligada, y se reconocerá que en tal variedad de significaciones contradictorias no es posible asegurar que exista una voluntad legislativa encaminada a atribuir a la acción de enriquecimiento el carácter de acción cambiaria.

Se dijo que es acción cambiaria porque el legislador en el título X, reguló solamente las relaciones cambiarias guardando silencio completo respecto a las relaciones extrañas a la letra de cambio. Esto no es exacto. El legislador se refirió también a las

(1) Esto resulta de la dicción del art. 326, que tiene en cuenta el momento en que se produjo la caducidad. Conformes, Apelación Roma, 18 de Marzo de 1890 (*Legge*, I, 523); Apelación Venecia, 6 de Abril de 1886 (*Foro*, 379); Casación Nápoles, 23 de Septiembre de 1899 (*Foro*, 1.262). En este sentido, doctrina y jurisprudencia en Alemania: REHBEIN, *Allgemeine deutsche Wechselordnung*, 6.ª edición, 1904, art. 83, nota 1.ª; STAUB, *Kommentar z. allgemeinen deutschen Wechselordnung*, Berlín, 1895, art. 83, nota 1.ª; GRUNHUT, *Wechselrecht*, Leipzig, 1897, II, pág. 556₁₈; Tribunal Supremo del Imperio, *Entscheid.*, XIII, 4. En este punto difiere la acción de enriquecimiento cambiario de la ordinaria, que, por lo regular, se refiere al enriquecimiento existente en el patrimonio del que se ha enriquecido, en el momento en que se ejercita la acción; AUBRY et RAU, VI, pág. 579₁₂; GIORGI, 7.ª edición, vol. VI, núms. 12 y 13.

relaciones extrañas a la letra de cambio siempre que con su carácter negativo podían definir mejor los límites de la acción cambiaria (1), o siempre que la equidad lo impulsaba a atenuar los rigores de la caducidad cambiaria. Así, por ejemplo, con el artículo 254 evitó al tenedor de la letra la pérdida de todos los derechos por los defectos originarios de forma, como en el art. 326, con el mismo sentido de equidad, lo preservó de la pérdida por las faltas cometidas en el ejercicio de la acción de regreso.

Otro argumento equívoco se dedujo del art. 919, núm. 2.º, donde el legislador habla en plural de las acciones derivadas de las letras de cambio, y se pretendió argumentar que aquí se habla de la acción cambiaria ordinaria y de la acción de enriquecimiento. Pero el uso del plural se explica considerando que constituye el término correlativo de *letras de cambio*, que está también en plural. Puede explicarse también refiriendo aquel plural a la acción cambiaria directa y a la de regreso, a la ejercitada en juicio declarativo y la ejercitada por medio del ejecutivo. Carece, pues, aquel plural usado en el Código de sentido seguro y uniforme que atribuya a la acción de enriquecimiento el carácter de la acción cambiaria (2).

De modo sutil se argumentó, finalmente, con la última frase del art. 919, que para las letras giradas a un plazo desde la vista hace correr el término de prescripción desde el fin del año contado a partir de la fecha, razonando de esta manera: si el Código enumera entre las acciones cambiarias también la que corresponde al tenedor de la letra a un plazo de la vista, carente de vencimiento por falta de aceptación, ésta no puede ser más que la acción de enriquecimiento. En efecto, prosiguen, si el poseedor no tiene acción cambiaria contra el librado que no aceptó, y si no la tiene contra el librador porque perdió la acción de regreso por falta de presentación, la única acción que puede pertenecerle es la de enriquecimiento injusto; por consiguiente, si quiere darse algún contenido a la hipótesis legislativa de una acción cambiaria perteneciente al tenedor de la letra a un plazo de la vista, que quedó privada de vencimiento hay que enumerar entre las acciones cambiarias la acción de enriquecimiento.

Pero no es verdad que excluya esta acción de entre las acciones cambiarias carezca de aplicación la última norma del artículo 919. En primer lugar, puede aplicarse, en las letras de cambio

(1) Art. 251, último párrafo, 254, 259, párrafo 2.º, 260 y 266, párrafo 2.º

(2) Niegan, de acuerdo con el texto, que el art. 919, núm. 2.º, se refiere a la acción de enriquecimiento: la Casación de Florencia, 13 de Febrero de 1905 (*Annali*, 194), y la Casación de Roma, 6 de Febrero de 1907 (*Rass. Comm.*, 97).

propiamente dichas, a la acción cambiaria dirigida contra el aceptante, cuando éste haya omitido la fecha de su aceptación y el tenedor no haya subsanado la omisión con el protesto (artículo 263); en tal caso existe acción cambiaria contra el aceptante, y el año corre en perjuicio suyo desde el día de la fecha de la letra: de tal modo las letras giradas a un plazo de la vista pueden nutrir la norma del art. 919.

En segundo lugar, puede la misma aplicarse a los pagarés cambiarios, porque la acción dirigida contra el emisor no se perjudica en nada por la falta de protesto (art. 289). En tercer lugar, puede aplicarse a la acción de regreso cuando se haya evitado la caducidad por medio de citación o de mandamiento judicial (1). Así, pues, el art. 919 se aplica a las letras de cambio a un plazo desde la vista, como a los pagarés, aunque no se considere la acción de enriquecimiento entre las acciones cambiarias; porque puede darse fácilmente el caso, tanto en unas como en otros, que falte la fecha del vencimiento y que, sin embargo, subsista una acción cambiaria. Después de esto, queda demostrado que los argumentos exegéticos con los que se pretende combatir los principios fundamentales del Derecho cambiario pierden todo su valor, porque el texto de la ley puede conciliarse literalmente con la doctrina que niega carácter cambiario a la acción de enriquecimiento.

El profesor MANARA, que ha insistido con ingeniosa argumentación en varios escritos de indudable mérito acerca de la naturaleza cambiaria de la acción de enriquecimiento, ha creído encontrar un completo apoyo para su tesis en el Derecho alemán (2). Pero esta referencia descansa sobre un equívoco. Los autores alemanes que ha citado, repitiendo una frase de aquel Tribunal Supremo (3), convienen en afirmar que la acción de enriquecimiento es *un residuo de la acción cambiaria*. Y todos, adversarios y defensores de la doctrina sostenida por MANARA, incluyéndome yo, podemos aceptar aquella frase, porque sin una letra de cambio preexistente no es posible concebir la acción de enriquecimiento, que ocupa el lugar de la acción cambiaria. Los autores alemanes dicen igualmente que el derecho del tene-

(1) Casación de Turín, 27 de Abril de 1889 (*Giurispr. tor.*, 716).

(2) MANARA, en el *Foro ital.*, 1890, I, 1.177; *Monit. dei Tribunali*, 1890, 1.021; *Dir. comm.*, 1891, 305; *Foro ital.*, 1892, I, 433; *Monit. dei Tribunali*, 1892, 297; *Giurispr. ital.*, 1893, I, 1, 1.078, en nota a la sentencia de la Casación de Roma, 20 de Junio de 1893.

(3) Decisiones del Tribunal Supremo de comercio: *Entscheid.*, V, pág. 258; VIII, 239; XIII, 94; Decisión del Tribunal Supremo del Imperio de 24 de Junio de 1888, *Goldschmidt's Zeitschrift*, XXXI, 427.

dor de la letra perjudicada es un derecho cambiario en un sentido tan amplio e impreciso, que podría ser aceptable aquella frase, aun para mí, si no contuviese un peligroso juego de palabras. Dicen que es un derecho cambiario en amplio sentido, porque se regula por la Ordenanza del cambio, como yo podría decir que lo es en el Derecho italiano, porque se regula por el título del Código dedicado a la cambial. Pero, cuando se trata de determinar la esencia jurídica de aquella acción, afirman que la acción de enriquecimiento no es acción cambiaria, y de esta premisa dogmática obtienen una serie de consecuencias que coinciden lógicamente con la doctrina que defiendo (1). Bastaría el error en que ha incurrido el profesor MANARA, y en el cual podrían incidir otros siguiendo su ejemplo, para rechazar la ambigua fraseología empleada en Alemania, como lo hacía con su habitual sentido práctico STAUB (*Wechselordnung*, Berlín, 1895, art. 83, § 1.^o), expresándose de este modo: «A nuestro juicio, la acción de enriquecimiento contiene una fusión de elementos cambiarios y civiles. La acción cambiaria se ha *extinguido*, lo que significa que la letra ha perdido su valor cambiario, que su función como tal letra de cambio ha terminado (*Untergegangen*). La acción de enriquecimiento se presenta como una acción independiente, constituida por una fusión de elementos cambiarios y civiles: el elemento cambiario es la letra, que ha perdido su eficacia jurídica como cambial, careciendo, por sí sola, de valor; los elementos civiles son las circunstancias de hecho del enriquecimiento. De la conjunción de estos elementos con la letra perjudicada surge una acción independiente, *sui generis*, de menor fuerza jurídica que la precedente acción cambiaria. Es, por una parte, un *residuum* de la acción cambiaria; pero su contenido ulterior está formado por los elementos civiles del enriquecimiento injusto, y la fusión de ambos produce la acción de

(1) En este sentido, GRÜNHUT: *Wechselrecht*, Leipzig, 1897, vol. I, pág. 6; vol. II, pág. 560: «Todo derecho reconocido por la Ordenanza del cambio es un derecho cambiario, en sentido amplio; pero derecho cambiario en sentido restringido es solamente aquel que deriva de una letra de cambio válida, no extinguida por caducidad o por prescripción; y, mientras este derecho puede hacerse valer con la acción cambiaria en el proceso cambiario, aquél no puede ejercitarse ni con la acción cambiaria ni con el procedimiento cambiario.»—Conforme, REHBEIN, art. 83, notas 1 y 8; DERNBURG, § 282; DITSCHER, en la *Zeitschrift*, vol. LXV, págs. 352 y sigs.—Consiguientemente, la doctrina y la jurisprudencia alemana y austriaca citadas por GRÜNHUT, pág. 560, nota 7, y por STAUB, artículo 83, § 1.^o, sostienen que la acción de enriquecimiento debe ejercitarse por el procedimiento ordinario, ante el Juez civil, y consideran el cambio de la acción cambiaria en acción de enriquecimiento como cambio de acción.—En contra, ADLER: *Oesterr. Wechselrecht*, pág. 139.

enriquecimiento» (1). Pero aun cuando fuese, y no lo es ciertamente, la doctrina alemana contraria a la nuestra, ello no bastaría para destruirla, no obstante la gran influencia que la Ordenanza alemana tuvo en la génesis de este título del Código, pues cuando se promulgó la Ordenanza cambiaria, careciendo Alemania de un Derecho civil uniforme, y sujeta, por tanto, a las innumerables legislaciones de los diversos Estados en cuanto a la acción de enriquecimiento, se manifestó también en esta parte del Derecho privado la tendencia universalmente señalada a comprender el mayor número posible de relaciones jurídicas bajo el dominio de la ley general del comercio o del cambio, para acrecentar el campo uniforme del Derecho alemán. Entre nosotros, donde rige un Derecho civil uniforme, puede aceptarse, sin privar de uniformidad en sus efectos jurídicos a los negocios cambiarios, que las normas del Derecho común sobre la acción de enriquecimiento completen las contenidas en el art. 326. Por otra parte, las graves consecuencias atribuidas al ejercicio de la acción cambiaria contra el deudor por los arts. 323 y 324 de nuestro Código de Comercio, bastante más graves que las acogidas en el Derecho alemán, justifican la repugnancia de la doctrina italiana a considerar la acción de enriquecimiento como acción cambiaria. La opinión que combato ha sido justamente repudiada por la jurisprudencia más autorizada (2). Tal opi-

(1) STAUB, *Komm.*, art. 83, § 1.º. Esta opinión no aparece sustentada, sin embargo, en la 6.º ed., póstuma, del citado *Komm.* (Berlín, 1909).—Conformes WILMOWSKY u. LEVY, § 565, nota 1, C. P. O.: *Wenngleich ein Residuum des Wechselanspruchs, verfolgt sie keinen wechselfässigen Anspruch*; REHBEIN, art. 83, § 1.º.—No obstante la ambigüedad reprochada en el texto a la doctrina alemana, poco distinto es el concepto de GRÜNHUT (II, pág. 560), cuando dice que este derecho no puede hacerse valer con acción cambiaria en el procedimiento cambiario (*nicht mit Wechselklage in Wechselprozesse geltend gemacht werden kann*).

(2) Cito solamente las sentencias de los Tribunales Supremos: Casación de Roma, 6 de Febrero de 1907 (*Rass. Comm.*, 97); 23 de Marzo de 1900 (*Corte Supr.*, 185); 20 de Junio de 1893 (*Foro*, 817); 13 de Agosto de 1890 (*Id.*, 859); Casación de Nápoles, 23 de Septiembre de 1899 (*Foro*, 1.264); 10 de Octubre de 1903 (*Tem. genov.*, 651); Casación de Florencia, 17 de Marzo de 1839 (*Foro*, 1.177); Casación de Turín, 29 de Diciembre de 1888 (*Id.*, 1889, I, 147); 20 de Octubre de 1887 (*Id. Rep.*, 1887, voz *Effetto cambiario*, núm. 146).—En contra, Casación de Turín, 18 de Marzo de 1892 (*Foro*, 433); 25 de Junio de 1892 (*Id. Rep.*, 1892, voz *Effetto cambiario*, núm. 148).—Conforme al texto, MARGHERI, *Trattato*, 3.º edición, VI, núm. 116.—Es completamente inexacto que, como sostuvieron los comentaristas de *Giurisprudenza italiana*, la Casación de Roma haya cambiado de opinión en la sentencia de 1.º de Junio de 1898 (*Giurispr. ital.*, 1898, 763). Las dos cuestiones que en la misma fueron resueltas pueden resumirse así: 1.ª, la acción cambiaria del tenedor prescribe contra el aceptante a los cinco años, tanto si se ejercita por mandamiento como por citación; 2.ª, en las letras no domiciliadas no se da acción de enriquecimiento contra el aceptante.

nión debe considerarse como un residuo de la doctrina que atribuía carácter cambiario a las instituciones de la *valuta* y de la *provisión*. Despojándolas de ese carácter cambiario, la ley privó de él también implícitamente a la acción de enriquecimiento, enlazada con aquellas, porque presupone que el librador recibe la *valuta* sin efectuar la *provisión* (1).

1.382. Requisitos.—Aunque esta acción de enriquecimiento deriva del concepto jurídico general que prohíbe enriquecerse sin justa causa en perjuicio de otro, se regula, no obstante, de manera particular y constituye una institución especial en la materia cambiaria.

Las condiciones para su ejercicio son las siguientes:

1.º El actor debía hallarse en posesión legítima de la letra cuando ésta se perjudicó, bien en virtud de una cadena continua de endosos, como último tenedor, bien por haberla recobrado en vía de regreso. Por consiguiente, la acción de enriquecimiento puede ejercitarse tanto por quien la poseía cuando se perjudicó, por ejemplo, por la omisión del protesto (art. 325, núm. 2.º), como por aquel que adquirió la cambial debidamente protestada en virtud del pago de la resaca, pero dejó transcurrir los plazos para ejercitar la acción de regreso contra el librador (art. 325, núm. 3.º).

La acción de enriquecimiento puede ser también ejercitada por aquel que adquirió el derecho de utilizarla según el Derecho común (por cesión y sucesión) (2).

2.º La letra deberá contener una obligación cambiaria válida del librador. Este puede rechazar la acción de enriquecimiento probando la nulidad de su obligación, por ejemplo, a causa de su incapacidad al tiempo de firmarla o de los defectos de forma de la letra de cambio.

3.º El actor deberá justificar que ha experimentado un perjuicio. No se encuentra en esta situación si puede ejercitar to-

(1) En cuanto al valor de los trabajos preparatorios en esta materia, es insignificante, si se tiene en cuenta la incertidumbre de alguno de los miembros de la Comisión, que confundía la acción de enriquecimiento con la derivada de la relación originaria (*Verbali della Commissione preliminare*, núms. 373 y 864), como igualmente las radicales reformas introducidas, sin indicar los motivos, en el proyecto preliminar.—Acerca de la escasa autoridad de estas fuentes, véase el propio MANARA, en la *Giurispr. ital.*, 1894, col. 1.078.

(2) Véanse los núms. 1.161 y sigs.—Deberá considerarse también como poseedor al cesionario de aquel que poseía la letra en la época del vencimiento o el obligado en regreso que deja transcurrir los términos para ejercitar su derecho de resaca.—Compárese, Casación de Florencia, 30 de Diciembre de 1897 (*Foro ital.*, 1898, I, 451).

avía provechosamente la acción principal contra el aceptante solvente. Mientras disponga de este recurso no puede entablar la acción subsidiaria de enriquecimiento, esto es, acudir a este *ultimum refugium*, porque no ha sufrido todavía definitivamente el perjuicio y porque la índole excepcional de esta acción, que autoriza al actor a ingerirse en la hacienda ajena para indagar las relaciones a él extrañas, creadas entre el librador, el tomador y el aceptante, no permite acudir a la misma cuando sea posible evitarla (1).

Puede también rechazarse la acción del poseedor si puede utilizar contra el librador la acción derivada de la relación originaria. Esta acción, que tiene por lo regular, un contenido más amplio, que está sujeta a términos de prescripción más largos y que reduce la controversia a una relación jurídica ordinaria, cuyas pruebas obtendrá más fácilmente el actor, debe tener preferencia, porque la acción de enriquecimiento es un recurso excepcional, concedido por la ley en caso de absoluta carencia de otros, cuando el poseedor sea víctima de un perjuicio imposible de reparar de otra manera (2).

4.º El librador (3) deberá haber obtenido un provecho indebido con la emisión de la letra y el poseedor de la misma que ejercita la acción tendrá que suministrar la prueba. Deberá probar que el librador recibió la prestación sin efectuar ninguna contraprestación; que recibió la valuta (del tomador) sin hacer la provisión o sin hacerla enteramente (al librado), o que ha retirado la provisión después de haberla efectuado; la diferencia entre lo que cobró y lo que ha pagado constituye en tal caso el enriquecimiento. Es una prueba difícil; pero la dificultad está

(1) Conformes la doctrina y la jurisprudencia alemana y austríaca: GRÜN-
HUT, II, pág. 855, nota 15; STAUB, art. 83, §§ 3.º, 6.º, 7.º, 8.º y 30; ADLER, obra
cit., pág. 136; Corte suprema austríaca, 8 de Mayo de 1884 (*Zeitschrift*, XXXI,
435); Tribunal Supremo alemán de comercio, *Entscheid.*, XV, 321.

(2) Véanse los autores citados en la nota anterior y la sentencia de la
Casación de Nápoles, 23 de Septiembre de 1899 (*Foro*, 1.262).

(3) La acción de enriquecimiento no puede entablarla contra el avalista
del librador, porque la obligación del avalista está subordinada a la observancia
de todos los actos necesarios para conservar la acción cambiaria contra el ava-
lado (art. 273), y fuera de la obligación cambiaria no existe otra obligación para
el avalista: Apelación de Macerata, 12 de Septiembre de 1889 (*Monit.*, 1.331).
Compárese, Casación de Turín, 23 de Junio de 1891 (*Monit.*, 797); Apelación
de Trani, 18 de Noviembre de 1911 (*Foro Puglie*, 851); 18 de Noviembre de 1913
(*Foro*, 1913, 52).—En contra, Apelación de Brescia, 27 de Octubre de 1909
(*Diritto comm.*, XXVII, 916).—La jurisprudencia admite que se pueda ejercer
también esta acción contra aquel que aparentemente adoptó en la letra la
cualidad de endosante, cuando en realidad fué el verdadero librador, puesto
que cobró la valuta que dió lugar a la emisión (véase la nota 456).

justificada por la consideración de que el poseedor es víctima de su descuido. La condición del librador, que en términos de Derecho cambiario debería estar liberado de su obligación, no puede empeorarse con la carga de la prueba para favorecer al poseedor negligente (1).

Alguna vez ocurre que el librador presenta al descuento una letra aceptada a su favor por un librado insolvente. En mi opinión, el poseedor cuya acción de regreso ha caducado, puede utilizar la acción de enriquecimiento, porque, de lo contrario, experimentaría un perjuicio, con indebido provecho del librador, que habría cobrado la valuta por una hoja de papel sin valor (2).

1.383. Efectos.—De la doctrina que niega la naturaleza cambiaria de la acción de enriquecimiento, creo pueden inferirse estas principales consecuencias:

1.^a La acción de enriquecimiento tiene carácter civil o mercantil, según la naturaleza de la operación por la cual el demandado obtuvo el lucro indebido; pero si aquel es comerciante, la obligación de restituir el enriquecimiento se presume mercantil (art. 4.º) (3).

2.^a El plazo de prescripción de la misma no es el de cinco años, como para las acciones derivadas de la letra de cambio (art. 919, núm. 2.º), sino de diez o de treinta años, según que la obligación de restituir lo indebido tenga carácter mercantil o civil, computando el plazo, no desde el día del vencimiento, sino desde la fecha de la caducidad (4).

3.^a La sentencia firme que rechazó la acción cambiaria no

(1) Casación de Roma, 19 de Junio de 1908 (*Cass. unica civ.*, 535); Casación de Florencia, 1.º de Julio de 1901 (*Temí ven.*, 516), 15 de Abril de 1901 (*Temí ven.*, 291), 17 de Marzo de 1890 (*Foro*, 1.177); Casación de Roma, 10 de Agosto de 1888 (*Foro*, 706); Apelación de Génova, 30 de Junio de 1893 (*Legge*, II, 375).

(2) Conformes, REHBEIN, art. 83, nota 5.ª, y la jurisprudencia allí citada; GRÜNHUT, II, pág. 566, nota 17.—En contra: STAUB, art. 83, §§ 11 y 12; Apelación de Venecia, 15 de Junio de 1880 (*Temí ven.*, 270).

(3) Conformes, Casación de Roma, 6 de Febrero de 1907 (*Rass. Comm.*, 97); Apelación de Bolonia, 24 de Junio de 1907 (*Temí ven.*, 741); Apelación de Brescia, 15 de Junio de 1891 (*Annali*, 221); Apelación de Venecia, 7 de Marzo de 1890 (*Temí ven.*, 225).—Conformes la doctrina y la jurisprudencia alemana y austriaca, en STAUB, art. 83, §§ 22 y 23.—Compárese GRÜNHUT, pág. 560, nota 7.ª. En contra SCUTO, loc. cit., núms. 13 y 42.

(4) Véase además de las sentencias citadas en la nota 444, Apelación de Venecia, 8 de Julio de 1902 (*Temí ven.*, 644).—En contra, Apelación de Venecia, 15 de Marzo de 1900 (*Temí ven.*, 239); Casación de Florencia, 21 de Diciembre de 1896 (*Temí ven.*, 1900, 31, con nota de BOLAFFIO); Apelación de Génova, 17 de Julio de 1900 (*Temí genov.*, 439); SCUTO, loc. cit., núm. 42.

es obstáculo al ejercicio de la acción de enriquecimiento. La primera sentencia no puede tener autoridad de cosa juzgada en cuanto a la segunda demanda, porque ésta se funda en causa distinta (art. 1.351 del Código civil).

4.^a La acción de enriquecimiento no puede proponerse en apelación en el juicio promovido para el ejercicio de la acción cambiaria, pues se trataría de una demanda nueva (art. 490 del Código de procedimiento civil), que no puede considerarse virtualmente contenida en la primera, ya porque presupone que la acción cambiaria se ha extinguido, ya porque se apoya en hechos completamente extraños a la acción cambiaria, que se ejercita exclusivamente con el título. Si tal cambio de acción fuese legítimo, se privaría al demandado de la garantía del doble grado de jurisdicción en una cuestión que no fué ventilada en el primer juicio (1).

5.^a En el caso de existir varios coobligados, es decir, varios libradores, emisores o aceptantes, sujetos a la acción de enriquecimiento, cada uno de ellos responde por el enriquecimiento propio y no solidariamente, como ocurriría si fuesen obligados cambiarios (2).

6.^a Es admisible la prueba encaminada a demostrar que aquel que figura en la letra con apariencia de endosante, de tomador, de avalista, etc., es el verdadero librador, por haberse efectuado en beneficio suyo la emisión del título y el consiguiente pago de la valuta. Si la obligación tuviese, como obligación cambiaria, carácter formal, el tercer poseedor no podría realizar esta indagación material para descubrir bajo la forma del título la participación efectiva que los diferentes suscriptores tuvieron en su circulación (3).

(1) Compárese, Apelación de Turín, 20 de Marzo de 1890 (*Giurisp. Tor.*, 1891, 402); Apelación de Génova, 28 de Octubre de 1897 (*Giurista*, 404), 26 de Abril de 1901 (*Temi genov.*, 265), 22 de Diciembre de 1911 (*Giurisp. ital.*, 1912, 142).—En contra, Apelación de Nápoles, 28 de Diciembre de 1891 (*Giurisp. ital.*, 1893, 94); Casación de Turín, 18 de Marzo de 1892 (*Foro*, 433); Casación de Roma, 25 de Julio de 1910 (*Massimario*, núm. 305 a, de acuerdo con la propia doctrina, que atribuye carácter cambiario a la acción de enriquecimiento).—Concuerda con el texto la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán y de la Corte Suprema de justicia austríaca: GRÜNBUT: *Wechselrecht*, II, pág. 560, nota 7.ª; STAUB, *Wechselordnung*, art. 83, § 1.º (*Die Umwandlung der Wechselklage aus Art. 33 ist Klageänderung*).

(2) Compárese Apelación de Venecia, 2 de Agosto de 1892 (*Temi ven.*, 1893, 10).

(3) Jurisprudencia constante: Casación de Nápoles, 10 de Octubre de 1893 (*Temi genov.*, 651); Casación de Roma, 25 de Julio de 1910 (*Massimario*, número 305 b), 23 de Junio de 1896 (*Temi ven.*, 576), 25 de Febrero de 1891 (*Corte Suprema*, II, 57), 10 de Agosto de 1890 (*Foro*, 859); Apelación de Roma, 22 de

7.^a El Tribunal competente se determina conforme a las reglas generales de procedimiento y, por lo tanto, atendiendo al fuero del demandado y no al lugar de pago de la letra de cambio (1).

8.^a Las garantías ofrecidas para la acción cambiaria, como la prenda y la hipoteca, no se extienden, salvo la prueba de la intención contraria, a la acción de enriquecimiento (2).

Abril de 1897 (*Temi rom.*, 327), 12 de Diciembre de 1889 (*Temi rom.*, 1890, 470); Apelación de Génova, 11 de Febrero de 1888 (*Eco del Trib.*, 74), 25 de Enero de 1889 (*Foro*, 714); Apelación de Roma, 19 de Abril de 1889 (*Id.*, 828).—Véase núm. 1.381.

(1) Casación de Roma, 13 de Agosto de 1890 (*Foro*, 860); Apelación de Venecia, 7 de Marzo de 1890 (*Temi ven.*, 225).

(2) Casación de Roma, 23 de Marzo de 1900 (*Corte Suprema*, 185).—Compárese STAUB, art. 83, § 1.º; KREIS, *Lehrbuch des deutschen Wechselrechts*, Berlín, 1884, pág. 161.

es obstáculo al ejercicio de la acción de enriquecimiento. La primera sentencia no puede tener autoridad de cosa juzgada en cuanto a la segunda demanda, porque ésta se funda en causa distinta (art. 1.351 del Código civil).

4.^a La acción de enriquecimiento no puede proponerse en apelación en el juicio promovido para el ejercicio de la acción cambiaria, pues se trataría de una demanda nueva (art. 490 del Código de procedimiento civil), que no puede considerarse virtualmente contenida en la primera, ya porque presupone que la acción cambiaria se ha extinguido, ya porque se apoya en hechos completamente extraños a la acción cambiaria, que se ejercita exclusivamente con el título. Si tal cambio de acción fuese legítimo, se privaría al demandado de la garantía del doble grado de jurisdicción en una cuestión que no fué ventilada en el primer juicio (1).

5.^a En el caso de existir varios coobligados, es decir, varios libradores, emisores o aceptantes, sujetos a la acción de enriquecimiento, cada uno de ellos responde por el enriquecimiento propio y no solidariamente, como ocurriría si fuesen obligados cambiarios (2).

6.^a Es admisible la prueba encaminada a demostrar que aquel que figura en la letra con apariencia de endosante, de tomador, de avalista, etc., es el verdadero librador, por haberse efectuado en beneficio suyo la emisión del título y el consiguiente pago de la valuta. Si la obligación tuviese, como obligación cambiaria, carácter formal, el tercer poseedor no podría realizar esta indagación material para descubrir bajo la forma del título la participación efectiva que los diferentes suscriptores tuvieron en su circulación (3).

(1) Compárese, Apelación de Turín, 20 de Marzo de 1890 (*Giurispr. Tor.*, 1891, 402); Apelación de Génova, 28 de Octubre de 1897 (*Giurista*, 404), 26 de Abril de 1901 (*Temi genov.*, 265), 22 de Diciembre de 1911 (*Giurispr. ital.*, 1912, 142).—En contra, Apelación de Nápoles, 28 de Diciembre de 1891 (*Giurispr. ital.*, 1893, 94); Casación de Turín, 18 de Marzo de 1892 (*Foro*, 433); Casación de Roma, 25 de Julio de 1910 (*Massimario*, núm. 305 a, de acuerdo con la propia doctrina, que atribuye carácter cambiario a la acción de enriquecimiento).—Concuerda con el texto la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán y de la Corte Suprema de justicia austriaca: GRÖNNHUT: *Wechselrecht*, II, pág. 560, nota 7.ª; STAUB, *Wechselordnung*, art. 83, § 1.º (*Die Umwandlung der Wechselklage aus Art. 38 ist Klageänderung*).

(2) Compárese Apelación de Venecia, 2 de Agosto de 1892 (*Temi ven.*, 1893, 10).

(3) Jurisprudencia constante: Casación de Nápoles, 10 de Octubre de 1893 (*Temi genov.*, 651); Casación de Roma, 25 de Julio de 1910 (*Massimario*, número 305 b), 23 de Junio de 1896 (*Temi ven.*, 576), 25 de Febrero de 1891 (*Corte Suprema*, II, 57), 10 de Agosto de 1890 (*Foro*, 859); Apelación de Roma, 22 de

7.^a El Tribunal competente se determina conforme a las reglas generales de procedimiento y, por lo tanto, atendiendo al fuero del demandado y no al lugar de pago de la letra de cambio (1).

8.^a Las garantías ofrecidas para la acción cambiaria, como la prenda y la hipoteca, no se extienden, salvo la prueba de la intención contraria, a la acción de enriquecimiento (2).

Abril de 1897 (*Temi rom.*, 327), 12 de Diciembre de 1889 (*Temi rom.*, 1890, 470); Apelación de Génova, 11 de Febrero de 1888 (*Eco del Trib.*, 74), 25 de Enero de 1889 (*Foro*, 714); Apelación de Roma, 19 de Abril de 1889 (*Id.*, 828).—Véase núm. 1.381.

(1) Casación de Roma, 13 de Agosto de 1890 (*Foro*, 860); Apelación de Venecia, 7 de Marzo de 1890 (*Temi ven.*, 225).

(2) Casación de Roma, 23 de Marzo de 1900 (*Corte Suprema*, 185).—Compárese STAUB, art. 83, § 1.º; KREIS, *Lehrbuch des deutschen Wechselrechts*, Berlín, 1884, pág. 161.

CAPITULO IV

El cheque (1).

§ 102.—NOCIONES FUNDAMENTALES.

Sumario.—1.384. Función del cheque en la práctica mercantil.—1.385. Diferencia de función económica entre el cheque y la letra de cambio.—1.386. Diferencias jurídicas entre los mismos.—1.387. Condiciones para poder girar un cheque. Cantidades disponibles.—1.388. El librador no puede dividir la cantidad disponible si no está facultado para librar cheques.—1.389. Casos en que el librador pierde el derecho a girar cheques.—1.390. Construcción jurídica. Impugnación de la teoría de la cesión y del contrato a favor de tercero.—1.391. Prácticas bancarias.

1384. En la práctica mercantil el cheque es una orden de pago dada por un cliente al banquero que se ha obligado a prestarle el servicio de caja; y, aunque nadie está obligado a recibirlo en lugar de dinero, el uso de pagar mediante cheques girados contra el propio banquero se va difundiendo también cada vez más en nuestro país. El empleo del mismo pone de manifiesto

(1) Para la historia de esta institución, véanse: FRANCHI, *L'assegno bancario*, Milán, edit. Vallardi, 1892, pág. 1.º; AJELLO, en el *Filangieri*, VII, 1882, págs. 641-665, 713-755; CUSUMANO, *Storia dei Banchi della Sicilia*, I, págs. 273 y sigs.; COHN, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, vol. I, págs. 117-160, 424-489; III, págs. 69-143; XI, págs. 365-412, y XII, págs. 96-128; REHME, en *Ehrenberg's Handbuch*, I, Leipzig, 1913, págs. 221 y 264.—Para el Derecho vigente, véase la excelente monografía de FRANCHI, antes citada; LYON-CAEN y RENAULT, *Traité de droit comm.*, 4.ª ed., 1907, vol. IV, núms. 538 y sigs.; THALLER, *Traité élémentaire de droit comm.*, 3.ª ed., 1904, núms. 1.438-1.655; BARCLAY y DAINVILLE, *Les effets de commerce dans le droit anglais*, 1884; SHAW, *A practical Treatise on the Law of Bankers*, London; A. BYLES, *Treatise on the law of Bills of Exchange and Cheks*, 15 ed., 1891; DANIEL, *A treatise on law of negotiable instruments*, 5.ª ed., New-York, 1903; CANSTEIN, *Der Scheck*, Berlín, 1906 y en la *Zeitschrift*, LX (1907), págs. 164 y sigs.; PAVLICEE, *Der Scheck*, Wlen, 1898, y en la *Zeitschrift*, LXI (1907), págs. 127 y sigs.; RIESSER, *Bemerkungen zum Vorläufigen Entwurf eines deutschen Scheckgesetzes*, Berlín, 1908; CONRAD, *Handbuch des Scheckrechts*, Stuttgart, 1908; LANGEN, *Zum Scheckrecht*, Berlín, 1919.

La función de intermediario ejercitada por el banquero, que hace pasar el dinero recibido en depósito de su cliente al tercero, quien, al cobrar su crédito, da recibo del mismo al banquero. Este sistema de pago es útil al deudor, que, por una parte, evita la preocupación y los peligros que supone la custodia del dinero, y por otra, se beneficia con el interés que las cantidades depositadas le proporcionan hasta el día en que el banquero extingue su deuda. Es útil también al acreedor, el cual, transmitiendo a su vez el cheque a su respectivo banquero para que lo cobre, evita igualmente los cuidados y peligros de la custodia, del numerario, al tiempo que se aprovecha del interés que devenga desde el día en que tiene lugar el cobro.

Al combinarse con las Cámaras de Compensación, el cheque evita el uso improductivo del dinero y acomoda continuamente los medios de pago a las necesidades del mercado, conteniendo las excesivas emisiones de papel e impidiendo la carestía de los precios. Un buen ordenamiento jurídico de este título tutela los intereses privados y sirve a la economía nacional, fomentando el ahorro y contribuyendo a mantener una prudente y ordenada circulación (1).

1.385. El cheque se distingue de la letra de cambio, con la cual tiene la más evidente analogía de forma, por la diversa función económica que cumple y por sus diferentes caracteres jurídicos (2).

El cheque es, esencialmente, un medio por el que se pagan las deudas: por el contrario, la letra es, de ordinario, un instrumento de crédito y de circulación. El cheque se expide al acreedor que en él adopta el carácter de tomador, en lugar de dinero y a título de pago; la letra de cambio se expide, por lo regular, al tomador para obtener de él un aplazamiento en el pago de una deuda, y éste, a su vez, poniéndola en circulación, recobra del endosatario el crédito que ha concedido al librador. El cheque pasa generalmente del tomador al banquero que lo extingue; la letra pasa por muchas manos como objeto de descuento y, circulando de esta manera, multiplica las operaciones de crédito.

(1) Acerca de la función económica del cheque y de sus relaciones con las Cámaras de Compensación, véanse FERRARIS, *Principi di scienza bancaria*, Milán, 1892, especialmente págs. 88 y sigs., 166 y sigs. y 366 y sigs.; ROTA, *Principi di scienza bancaria*, 3.ª ed., Milán, 1885, págs. 50 y sigs.; ARNONE, *La monnaie, le crédit et le change*, 3.ª ed., París, 1906; TESSIER, *Traité des chambres de compensation*, París, 1894, págs. 417 y sigs.; CANSTEIN, *Der Scheck*, Berlín, 1906, págs. 50 y sigs.; ROBYNS: *Chèques et virements postaux*.—Véase el núm. 1.021.

(2) Casación de Palermo, 27 de Julio de 1918 (*Circ. jurid.*, 180).

1.386. Sus diferencias jurídicas reflejan esta diversidad de función económica, porque el cheque debe presentarse al pago en plazo de pocos días, debe girarse contra un establecimiento de crédito o contra un comerciante y emitirse sobre la base de una provisión ya existente. Con la observancia de estas condiciones resultará muy probable que cumpla exactamente su función de pago, y la cumplirá, sin duda más fácilmente que la letra de cambio, la cual, pudiendo girarse contra personas extrañas al comercio, a largo vencimiento, o sin provisión, está expuesta con más frecuencia a ser rechazada o a la inesperada insolvencia del librado (1).

Esta última circunstancia ejerce una profunda influencia en la disciplina jurídica del cheque y constituye la causa productora de su constante diferenciación de la letra de cambio, haciendo a los dos títulos, que son análogos en la forma, profundamente diversos por el contenido. En efecto, mientras la letra circula como título de un derecho *abstracto*, tanto independiente de la causa de su emisión como de cualquier otro antecedente, el cheque circula a través de las pocas manos por las cuales pasa en su vida efímera, como título de un derecho enlazado al supuesto de una provisión equivalente a su importe, y si ésta falta en todo o en parte, el librador queda obligado por razón de aquel supuesto, aun cuando haya desaparecido la eficacia formal o cambiaria del título (núm. 1.409).

1.387. No puede librarse un cheque si no se tienen en poder del librado cantidades disponibles por valor, al menos, equivalente. Esta disponibilidad deriva, por lo regular, de una relación permanente de negocios, como una cuenta corriente, o una apertura de crédito; pero puede también derivar de un negocio aislado, como una venta, una comisión o un mandato. La naturaleza del contrato de donde proceden las cantidades disponibles es indiferente para la disciplina del cheque, con tal que dicho contrato produzca el resultado de ponerlas realmente a disposición del librador.

No basta que el librador sea acreedor por cantidad líquida y exigible, porque puede suceder que el deudor no tenga intención de pagarla; es preciso que la exigibilidad haya alcanzado

(1) Tampoco deben confundirse con los cheques los vales o pagarés cambiarios emitidos por las Instituciones de emisión para acreditar la disponibilidad de una cantidad a favor del tomador: éstos difieren esencialmente de los primeros en que tienen la forma de un pagaré cambiario y no de letras de cambio y porque tienen la duración de una letra a la vista, es decir, de un año a partir de su fecha.

un grado mayor de madurez, esto es, que el librado haya declarado hallarse *dispuesto a pagar*, haya puesto *a disposición* del librador la cantidad representada por el cheque, de modo que no exista ya ningún obstáculo jurídico ni material para el pago y pueda éste realizarse con la prontitud de una operación de caja. La prohibición de emitir cheques por cantidades no todavía disponibles no ha sido establecida en la ley en defensa del librado, que no la necesitaría en absoluto, porque el título, desprovisto de su firma, no tiene valor jurídico alguno contra él, sino para asegurar al título una mayor facilidad de cobro en interés particular del tomador y en el general de la circulación. Sin embargo, se iría demasiado lejos exigiendo que el librado hubiese dado la autorización específica para cobrar mediante cheque, puesto que la ley autoriza al librador para girarlo por las cantidades disponibles, sin necesidad de acuerdo específico (*podrán disponer de ellas*). Esta facultad se le concede implícitamente con la declaración del librado de estar dispuesto a pagar, de tener las cantidades a disposición del acreedor, ya porque el cheque no es más que un requerimiento de pago, ya porque esta forma de cobro, bien lejos de agravarla, reduce la actividad y la responsabilidad del que paga, si se tiene en cuenta que se halla liberado de la obligación de comprobar la autenticidad de las transmisiones que hicieron llegar el título hasta el último poseedor (art. 287) (r).

1.388. El acreedor no puede librar un cheque por cantidad inferior a la que se le debe, porque la posición del deudor no puede agravarse con la división del crédito (art. 1.204 del Có-

(1) Conformes Rocco, *Rivista di Dir. comm.*, 1909, II, 297; Casación de Turin, 9 de Julio de 1921 (*Giur. tor.*, 1.229); Apelación de Génova, 7 de Julio de 1916 (*Temi gen.*, 458); Casación de Florencia, 27 de Diciembre de 1909 (*Foro*, 754), 14 de Julio de 1910 (*Temi*, 717); Casación de Roma, 27 de Marzo de 1901 (*Temi ven.*, 469): «No es necesario que la disponibilidad de las cantidades deba resultar precisamente de la previa declaración del librado»; Casación de Roma, 12 de Julio de 1898 (*Monit.*, 1899, 9), 25 de Marzo de 1892 (*Foro*, 1893, II, 138); Casación de Florencia, 14 de Junio de 1897 (*Foro*, 1.293); Apelación de Lucca, 7 de Diciembre de 1897 (*Foro*, 1898, 286); Apelación de Génova, 13 de Junio de 1902 (*Temi genov.*, 365): «El cheque no constituye onerosidad para el librado, resolviéndose en una delegación de pago respecto al dinero propio del que gira»; Apelación de Génova, 20 de Julio de 1908 (*Temi gen.*, 551); Trib. Acqui, 11 de Febrero de 1899 (*Giurispr. Tor.*, 390).—No puedo, pues, estar de acuerdo con ERRERA, *Dir. comm.*, 1894, 653; con FRANCHI, *Assegno*, núm. 52; *Foro ital.*, 1893, II, 138; 1895, I, 140; con BOLAFFIO, *Temi ven.*, 1900, 472, ni con VIGHI, *Temi ven.*, 1901, 469, los cuales exigen un acuerdo especial para el cobro mediante cheque. El art. 339 explícitamente excluye esta condición, concediendo a *todo aquel* que tenga cantidades disponibles en poder de un comerciante, la facultad de disponer de ellas por medio de cheque.

digo civil). Pero va comprendida la facultad de dividirlo en la autorización para disponer del crédito mediante cheques y todavía mejor en la entrega de un talonario de cheques.

1.389. Si el librador pierde la disponibilidad, por ejemplo, porque el banquero ha declarado, aunque sea injustificadamente, que rechazará los cheques que gire sobre él, o porque los acreedores del librador hayan secuestrado, aunque indebidamente, los fondos disponibles en poder del banquero, perderá aquél también la facultad de girar cheques contra el último. Desde que lleguen a su conocimiento estos obstáculos no tiene ya fondos dispuestos y libres en poder del librado; no puede tener la convicción de que su orden será atendida y que bastará la presentación del tomador para obtener el pago, y, por lo tanto, no debe emitir un título falaz, que puede perturbar los intereses del tomador y de la circulación (1).

1.390. El librador contrae, respecto al poseedor, con la emisión del cheque, la obligación de hacerlo pagar, o, dicho en otros términos, le promete el hecho del librado, es decir, el pago que éste deberá efectuar conforme al tenor del título (2). En el acto de la emisión, como durante toda la vida del cheque, deudor principal es siempre el librador y, si el cheque es al portador, careciendo, por tanto, de endosantes, el librador es el deudor único, puesto que el librado no asume nunca obligación alguna ante el

(1) Casación de Roma, 25 de Marzo de 1892 (*Foro*, 1893, II, 138); Apelación de Bruselas, 2 de Junio de 1893 (*Annales*, 1896, 235).

(2) Se da aquí una aplicación de la hipótesis regulada en el art. 1.129 del Código civil, sin que contra esta aplicación tengan valor, en mi opinión, las dudas de Rocco (*Rivista di dir. comm.*, 1909, II, 303), el cual, partiendo del supuesto de que el librado representa al librador del cheque, estima incompatible esta posición con la prevista en el art. 1.129. La observación sería exacta si el librado fuese representante del librador, porque, si aquel cuyo hecho se promete es representante del promitente, se sale de la esfera de los contratos a cargo de tercero para entrar en la de la representación. Pero es que el librado que paga, aun cuando lo efectúa por encargo del librador, no realiza un acto de representación, porque paga en nombre propio, sin perjuicio de liquidar los efectos del pago con su cliente o mandante (véase este mismo número al final); el instituto de la representación no tiene cabida en la construcción jurídica del cheque, tal como resulta del Derecho objetivo (art. 1.127 del Código civil).— En una extraña sentencia de la Corte de Apelación de Génova, 3 de Julio de 1906 (*Rivista di dir. comm.*, 1907, 61), justamente censurada por BONNELLI (*ivi*), se afirma que el librador está obligado solamente a garantizar la disponibilidad de los fondos en poder del librado y no la regularidad del pago, olvidando totalmente los arts. 341 y 343 del Código de Comercio, que aplican al librador del cheque las normas de responsabilidad dictadas para el librador de la letra de cambio.

tenedor del título. Para mantener el crédito de aquella promesa, para equipararla todo lo posible en la práctica de los negocios a una prestación inmediata de dinero, la ley refuerza la obligación contraída por el librador ordenándole, con sanciones civiles y penales, asegurarse el concurso del librado antes de la emisión e imponiéndole, cuando tal concurso no llegue a realizarse, el rigor cambiario de la acción de regreso. Todo el peso de la ley cae sobre el librador, pues sería inútil buscar un punto de apoyo para fundamentar en ella una acción del poseedor del cheque contra el librado que no puso en él su firma (1).

El crédito del librador contra el librado no se transmite al tomador del cheque y a los tenedores sucesivos del mismo, ni aun dentro de los límites de su importe, como no se transmite al tomador y a los endosantes de la letra de cambio la acción que corresponde al librador contra el librado en virtud de la operación que dió origen a la emisión (núm. 1.122). Si el librado no paga, el portador del título deberá retroceder y dirigirse contra los endosantes y contra el librador, en especial contra este último, al cual la ley lo remite con enérgicas sanciones civiles y penales.

Se ha sostenido, en contrario, que, negociando el cheque, el librador cede al tomador, éste a su endosatario y así sucesivamente, el derecho que corresponde al primero contra el librado, para justificar de este modo que el último poseedor tiene un derecho de crédito contra el librado. Pero, en realidad, no existe en el cheque palabra alguna que pueda servir de apoyo a tal cesión imaginaria ni hay tampoco en él referencia a la relación fundamental, origen del crédito del librador, por lo cual el poseedor no sabría en qué título fundarse para ejercitar la acción correspondiente al librador. No existe en la ley punto alguno de apoyo para afirmar que con el cheque el legislador haya querido transmitir al tomador el crédito del librador; antes bien, se encuentran en aquella varios de sentido contrario, puesto que la ley admite que el librador pueda disponer de la provisión aun después de emitido el cheque (2), y la doctrina casi unánime enseña que la quiebra del librador rompe en manos del tenedor

[1] Ofrece ejemplo de cheques aceptados por el banquero librado, antes de la emisión, una práctica muy difundida en los Estados Unidos (*certified Checks*), consistente en poner en ellos la palabra *good*, que equivale a una aceptación previa (*acceptance*).—Véanse GALLAVRESI, pág. 39; DANIEL, *On negotiable instruments*, II, núms. 1.601 a 1.612; COEN, en *End. Handb.*, III, pág. 1.157, nota 133.

(2) Argumento inferido del art. 343, el cual supone que la disponibilidad de los fondos puede faltar por hecho del librador, y argumento obtenido del artículo 344, que no castiga la retirada de la provisión.

el instrumento que para cobrar se le había entregado (núm. 1.421), términos todos ellos incompatibles con la institución de la cesión, que transfiere irrevocablemente el crédito cedido.

Se ha pretendido también considerar al tenedor como un tercero respecto al cual quiso obligarse el banquero directamente (art. 1.128 del Código civil). Pero tomando en consideración las verdaderas intenciones de los contratantes, nada autoriza a pensar que el banquero, al entregar al cliente un talonario de cheques, haya querido obligarse con los desconocidos e inciertos tenedores de cada uno de los cheques. Para el banquero el dueño del negocio es el cliente, esto es, el librador que posee el talonario de cheques, a quien presta el servicio de caja: de él cree recibir las órdenes y con él solamente quiere liquidar sus cuentas. Para el banquero, la obligación asumida de pagar al legítimo poseedor del cheque no es más que la prestación de un servicio aceptado en interés exclusivo del librador, en el cual reconoce a su acreedor (núm. 1.411). En efecto, ¿cómo puede creerse que haya querido reconocer al incógnito portador del cheque derechos propios, distintos de los del librador, si el portador puede ser el mismo librador o un dependiente suyo (1), ni cómo pretender que haya querido empeorar su posición de deudor hasta el punto de contender con todos los portadores de cheques, entre los cuales puede dividirse en múltiples fracciones la unidad de su deuda? Ello supondría avenirse a dar a conocer a todos las razones delicadas y secretas por las cuales rehusa ejecutar las órdenes de su cliente. Si esta doctrina prosperase, si se autorizase esta intromisión de terceros en las relaciones de los Bancos con sus clientes, aquellos harían pagar a los clientes tan caro el uso de los cheques, que resultaría vana la solicitud del legislador por divulgar la utilización de los mismos en beneficio de la economía nacional (2).

(1) Art. 339: «podrá disponerse mediante cheque de las cantidades disponibles en su propio favor o en el de un tercero».

(2) Véanse núms. 1.411 y 1.425.—Conforme al texto: Casación de Florencia, 27 de Diciembre de 1909 (*Foro*, 1910, 754); Apelación de Lucca, 26 de Agosto de 1910 (*Temi*, 945); ROCCO, en una interesante nota en la *Rivista di dir. comm.*, 1909, II, 297; BOLAFFIO, *Temi ven.*, 1900, 472; BONELLI, *Rivista di dir. comm.*, 1907, II, 61.—Es de notar que la doctrina de Inglaterra y de los Estados Unidos, es decir, de los países donde la institución del cheque surgió y se desenvolvió más intensamente, niega al poseedor del cheque toda acción contra el banquero librado: véanse BIRNBAUM, *Über Checks*, en la *Goldschmidt's Zeitschrift*, XXX, págs. 17 y sigs.; WALKER DOUGLAS, *A Treatise on Banking Law*, pág. 71: «There is no privity between the banker on whom a check is drawn and the payee or holder of a check; therefore the lawful holder of a check, if the banker refuse to pay it, cannot sue the banker on the check unless the latter have ac-

En mi opinión, la doctrina acogida por nuestro Derecho positivo debe resumirse así: con la emisión del cheque, el librador promete al poseedor del título el pago por el librado, sin que éste contraiga ninguna obligación directa hacia el poseedor del título; la ley estima suficientes para garantizar el pago puntual las graves sanciones civiles y penales con que conmina al librador que ha prometido aquel pago y no ha conseguido se llegase a efectuar. Estas graves sanciones aseguran que, una vez emitido el título, no lo privará de la provisión. La orden de pago dada por el librador al librado a favor del tomador o de los endosatarios por medio del título, produce todos los efectos deseados por la ley y los cumple sin acudir al recurso de la cesión o de la representación (núm. 1.417). Cada uno de ellos interviene en la operación en nombre propio, salvo los casos de representación constituída voluntariamente: el librador emite el cheque, el poseedor legítimo lo cobra y el librado lo paga en nombre propio, cada cual en virtud de una relación jurídica que queda al margen de la circulación del título, y que puede ser un mandato, una cuenta corriente, una venta, un depósito irregular, sin que ejercite ningún influjo en la disciplina del cheque.

1.391. Nuestros Bancos, ligado a sus clientes por relaciones de negocios (depósito en cuenta corriente, apertura de crédito, etcétera), siguiendo una práctica universal, suelen expedirles un cuaderno o talonario de cheques (generalmente, diez o veinte), timbrados y numerados correlativamente, que se desprenden fácilmente de sus matrices, las cuales quedan unidas al cuaderno.

Estas matrices conservan los datos principales de los cheques: fecha, cantidad, vencimiento y nombre del tomador a favor del cual se expidieron. Sumando el importe de los cheques emitidos, el cliente puede, con ayuda de las matrices, saber cuál es la cantidad restante de que puede disponer y compulsar la exactitud de la cuenta principal, que le será comunicada por el banquero en sus liquidaciones periódicas.

Por lo regular, en la libreta de cuenta corriente, que es la

cepted it a practice not usual but legal; SHAW, ob. cit., pág. 71.—En igual sentido, las leyes especiales relativas a la institución: Ley austríaca de 3 de Abril de 1906, § 15; Ley alemana, § 15; Ley húngara, § 16; Código argentino, art. 805.—La doctrina, según la cual la emisión o la transmisión de un cheque implica la cesión del crédito correspondiente al librador, tuvo entre nosotros autorizados defensores: véanse FRANCI, págs. 9, 86 y sigs., 94 y sigs. y 101 y sigs.; GALLAVRESI, págs. 275 y sigs.; ERRERA, *Dir. comm.*, 1894, págs. 657 y sigs.; Apelación de Florencia, 13 de Marzo de 1909 (*Tem.*, 1910, 12); Apelación de Génova, 31 de Julio de 1908 (*Rivista di dir. comm.*, 1909, 29).

prueba del contrato principal al que se liga la emisión y el pago de los cheques, se indican las normas para estas operaciones y para la custodia de los cheques. Estas normas son ley para los contratantes, puesto que se entienden implícitamente aceptadas por todo el que hace uso de aquéllos.

§ 103.—REQUISITOS FORMALES.

Sumario.—1.392. El cheque es un título de crédito formal, autónomo, que no da derecho a contraprestación.—1.392 *bis*. Cheques para la entrega de títulos depositados en un Establecimiento de emisión.—1.393. Forma del cheque. Imperfección de la ley. Criterios para determinar los *requisitos de forma esenciales* al cheque.—1.394. Denominación.—1.395. El cheque no está sujeto a las normas dictadas por el art. 1.325 del Código civil.—1.396. La firma del librador.—1.397. Cantidad a pagar.—1.398. El nombre del librado. Cheques contra sí mismo y contra las sucursales.—1.399. La fecha.—1.400. El tomador. Ley de circulación del título.—1.401. *Requisitos de forma potestativos*. El vencimiento.—1.402. Cheque a la vista o a un plazo de la vista.—1.403. Cuando no se indica el vencimiento se entiende pagadero a la vista.—1.404. Cheques con vencimiento fijo.—1.405. Lugar del pago.

1.392. El cheque es un título *formal*, en el sentido de que deriva su existencia de la forma. La voluntad de los contratantes no puede atribuir la naturaleza y los efectos del cheque a una hoja de papel que carezca de sus requisitos formales; y, por el contrario, la falta de una voluntad que se proponga asumir las obligaciones propias del cheque no basta a eximir al que puso su firma voluntariamente en un cheque de las obligaciones que lleva consigo en la circulación.

El cheque, como todo título de crédito, es el documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo indicado en el mismo. El librador está obligado a conseguir el pago por el librado o a efectuarlo él mismo, conforme a los términos precisos del título. Sus relaciones con el tomador con quien ha contratado continúan siempre regidas en su conjunto por las normas del negocio jurídico que dió lugar a la emisión (venta, mandato, rendición de cuentas); pero sus relaciones con el tercer poseedor del cheque se regulan según el tenor del título, independientemente del contrato originario, cuya eficacia se limita a los contratantes (núm. 1.016).

El derecho que se adquiere mediante el cheque es el derecho a cobrar una cantidad de dinero en lugar determinado y al ven-

cimiento que se determina por el tenedor del título dentro de los términos legales. *El derecho a ese pago no puede subordinarse a ninguna condición o contraprestación.* Si la cantidad debe estar a disposición del tenedor, es evidente que su pago no puede subordinarse a otros hechos, excepto el de la presentación del título. El cheque girado por la cantidad que resulte de la liquidación de una cuenta, el cheque sujeto a la condición de que el tenedor entregue mercancías o títulos, por ejemplo, la documentación de un cargamento, o de que deposite como garantía títulos de crédito, no son cheques y no producen efecto de tales.

1.392 bis. El Derecho italiano reconoce también el *cheque para la entrega de títulos depositados en un Establecimiento de emisión.* Fué introducido para facilitar la ejecución de las operaciones de Bolsa, por el art. 43 del Reglamento de 4 de Agosto de 1913 de ejecución de la ley de Bolsas de 20 de Marzo de 1913. Se extendieron a estos títulos todas las disposiciones de forma, valederas para los cheques que contienen la obligación de pagar una cantidad de dinero: todas aquellas que se refieren a la existencia de la provisión, que deberá existir en poder del Establecimiento de emisión contra el cual se gira el cheque, en el momento de la emisión, y libre de condiciones, como hemos dicho. No obstante tal identidad de forma y de sanciones encierra un contenido esencialmente distinto, que hace pasar estos títulos de la categoría general de los títulos de crédito a la especial de los títulos de crédito representativos de cosas determinadas, capaces de transmitir la propiedad y la posesión de las mismas, como son los resguardos de depósito, los conocimientos de embarque y las cartas de porte (núm. 988). La entrega del cheque equivale a la entrega de los títulos depositados en el Instituto de emisión, por lo cual, precisamente, da al vendedor que entrega el cheque, por conducto del Establecimiento, el derecho de retirar el precio depositado previamente por el comprador de los títulos (artículo 35 del Reglamento). Para que produzcan este efecto traslativo de un derecho real de propiedad, de prenda o de garantía, a favor del tenedor, es preciso que el Establecimiento emisor declare, en el título mismo (lo que favorecerá indudablemente la circulación del cheque), o a todos los sucesivos poseedores del mismo, que tiene los títulos a su disposición.

1.393. Aunque el cheque es un título formal, la ley no le ha impuesto una forma típica y completa, notándose la falta de un buen modelo legislativo, como se había encontrado para la legislación cambiaria en la Ordenanza alemana.

La ley es imperfecta en dos sentidos: en cuanto no indica todos los requisitos formales del cheque, y en que, aun para aquellos que indica, como por ejemplo, la fecha, no dice cómo han de establecerse. De esto derivan graves dudas, que el intérprete deberá resolver teniendo presente los principios generales del Derecho y la naturaleza formal del título.

Se incurriría en error si, para superar estas dudas, se aplicasen por analogía al cheque las sanciones de nulidad escritas en el Código para la letra de cambio, no sólo porque estas sanciones no pueden extenderse de una institución a otra (art. 4.º de las disposiciones preliminares), sino también porque el cheque no es una letra de cambio, como las órdenes en frutos (art. 333), sino un título distinto, provisto de denominación diferente (título X: *De la letra de cambio y del cheque*), regulado en capítulo distinto (cap. II: *Del cheque*), y que la ley sometió a muchas disposiciones del Derecho cambiario (art. 341), pero no a las relativas a los requisitos esenciales y formales, demostrando así no querer aplicarlas a los cheques (1). La actual insuficiencia del Código tiene, no obstante, la ventaja de dejar el camino abierto para la determinación de una forma del cheque específicamente conforme con su función.

Requisitos esenciales de forma.—Para determinar los requisitos formales necesarios para la existencia del cheque, debemos atender a dos criterios de carácter general:

a) Son virtualmente necesarios para la existencia de un acto todos aquellos elementos sin los cuales no puede cumplir la función a que está destinado por la práctica o por la ley.

b) Todos los requisitos de forma indicados por el legislador deben reputarse esenciales, porque deben tener, considerados separadamente, el mismo carácter esencial de la forma que es la resultante de los mismos; si no fuese así, el intérprete podría alterar y suprimir la forma, alterando y suprimiendo los elementos singulares que la integran. Se encuentra confirmado este criterio en las leyes fiscales, que privan del carácter de cheques a aquellos títulos que no se hallan en conformidad con el Código de Comercio (2).

(1) Contra la opinión expuesta en el texto, aplican por analogía las normas del Derecho cambiario también a la forma del cheque: GALLAVRESI, página 157; VIDARI, VIII, núm. 7.326 c; SUPINO, 5.º ed., núms. 564 y sigs.—Conforme con el texto, con certeras observaciones, FRANCHI, núms. 57 y sigs.—Cfr., BOLAFFIO, *Temi ven.*, 1885, 312; *Giurispr. ital.*, 1911, I, 791; Casación de Turín, 14 de Diciembre de 1894 (*La Legge*, 1895, 295); Apelación de Venecia, 30 de Abril de 1886 (*Foro*, 566).

(2) Texto único de la ley sobre impuesto del Timbre, de 6 de Enero de 1918, núm. 135, apartado A), art. 30 de la Tarifa.—Según ella están sujetos

Aplicando estos dos criterios considero como esenciales al cheque no sólo los requisitos indicados por la ley, esto es, la cantidad, la fecha y la firma del librador (art. 340), sino también aquellos que le son necesarios para realizar la función que le atribuye el Código en el art. 339, o sea, una forma capaz de demostrar que el librador quiso emitir un cheque, la expresión del librado y la del tomador.

1.394. El título deberá tener *una forma* capaz de demostrar la intención del librador de obligarse con las consecuencias que la emisión de un cheque lleva consigo. Esta intención es evidente cuando suscribe un título con la denominación de *cheque*, porque con el empleo de esta palabra característica, el librador demuestra querer todos los efectos jurídicos que implica la emisión de un cheque. Pero el legislador no convirtió tal denominación en requisito formal, tal vez porque no había llegado a constituir práctica constante o por no impedir la circulación en el Reino, con efectos cambiarios, de los cheques emitidos en el extranjero bajo otros nombres (1). Sin embargo, como la intención del emisor debe adquirir *forma* en el cheque y constituye un elemento esencial del mismo, deberá tenerse en cuenta que el Juez, cuando decide si la forma del título controvertido es suficiente para que constituya un cheque, resuelve una cuestión de derecho que es susceptible de revisión por la Corte Suprema.

El uso de la palabra *cheque*, va siendo cada vez más constante, pero no podrá nunca, bajo el imperio del Código vigente,

al timbre de 20 céntimos los cheques emitidos de conformidad con el Código de Comercio, mientras que se someten a la misma tarifa que la letra de cambio (art. 26) los cheques que no se hayan emitido de acuerdo con el Código de Comercio.

(1) La Corte de Venecia, 30 de Abril de 1886 (*Foro*, 566), consideró como cheque este título:

**CONGREGACION DE CARIDAD
DE TREVISO**

Cuenta corriente núm.

Por liras it.

Treviso, a de de 188...

El Banco Crédito Unido de Treviso pagará a, la cantidad de liras italianas, a adeudar en la cuenta corriente de esta Congregación, considerando el presente como recibo a favor del Banco Crédito Unido.

Treviso, a de de 188....

Por la Congregación de Caridad,
EL PRESIDENTE,

Se demostró en el núm. 1.393 que la denominación de mandato o cheque no es necesaria.

convertirse en elemento esencial, porque el uso no puede derogar a la ley mercantil, que no lo incluye entre los requisitos esenciales.

Si hubiese de reformarse la ley, debería hacerse obligatoria tal denominación, que protegería la existencia del título contra la incertidumbre de la apreciación judicial; significaría una defensa contra las sorpresas de mala fe, para el emisor, que hoy puede quedar obligado mediante cheque sin clara conciencia de que se obliga con el rigor cambiario, y, por último, daría al título una forma típica, y, por consiguiente, una circulación más segura y rápida (1). Más aún, considero necesaria esa reforma, desde el momento que se ha dado a la letra de cambio una denominación típica, porque el que cree escapar al rigor cambiario evitando tal denominación, puede actualmente incurrir en él sin saberlo, firmando o endosando un cheque.

1.395. El cheque no está sujeto a las formalidades especiales prescritas por el Código civil para las obligaciones unilaterales (art. 1.325), y, por tanto, no es necesario que sea escrito de mano del librador, aunque provenga de causa civil entre personas no comerciantes (art. 6.º del Código de Comercio), porque el que utiliza un título regulado por una ley especial, como es el Código de Comercio, el que toma de la práctica mercantil una institución con forma propia, la adopta tal como la ley y la práctica la han establecido, pues la ley especial deroga a la ley general. Tal es también el sistema del Código en materia de cuenta corriente: las partidas de los cuentacorrentistas devengan intereses conforme al uso mercantil, aunque el contrato se establezca entre personas no comerciantes y por causa civil (art. 345, núm. 3.º).

1.396. *La firma del librador.*—Como la ley no prescribe sus elementos, deberá considerarse suficiente incluso una firma abreviada. La validez de la misma no está subordinada, como en las firmas cambiarias, al uso del nombre y apellido completos. Esto aparece como evidente si se tiene en cuenta que la ley extiende

(1) Se requiere la denominación por el Código suizo, art. 380, núm. 1.º; Ley noruega, de 1.º de Enero de 1898, § 1.º; Ley danesa de 1.º de Enero de 1898, § 1.º; Ley sueca de 1.º de Enero de 1898, § 1.º, cuya traducción se encuentra en la *Goldschmidt's Zeitschrift*, XLVII, págs. 492 y sigs.; Ley austriaca de 3 de Abril de 1906, § 2.º; Ley alemana de 11 de Marzo de 1908, § 1.º; Ley brasileña de 7 de Agosto de 1912, art. 2.º.—Se la considera necesaria por la doctrina: FRANCHI, núm. 69; RIESSER, pág. 269; COHN, *Zeitschrift f. vergleich. Rechtswiss.*, X, nota 112; véase CANSTEIN, *Check, Wechsel und deren Deckung*, pág. 176; COHN, *Zeitschrift*, LXI (1907), pág. 14.

a los cheques las reglas sobre firmas de personas incapaces y sobre firmas falsas o falsificadas (art. 341) y no las que se refieren a las firmas ordinarias (núms. 1.031 y sigs.).

Podrá darse la firma por medio de representante; esta relación de representación deberá figurar en el título, pues, de lo contrario, aquel que firmó con su propio nombre queda obligado personalmente, respecto al que haya adquirido el título ignorando su intención de obligarse como representante. Para la validez de la obligación no hace falta mandato especial: esta norma de Derecho singular no fué extendida a los cheques (núms. 1.037 y sigs.).

1.397. La *cantidad que deba pagarse* puede ser expresada en cifras o en letras, y si existe diferencia entre ellas, valdrá por la cantidad menor en virtud del art. 291, que se extiende a los cheques por referencia expresa del Código. El Reglamento de Bolsas admite también los cheques contra títulos depositados en los Institutos de emisión (núm. 1.392 bis).

1.398. *Nombre del librado.*—Este nombre aparece generalmente, impreso o en litografía en cada una de las hojas de que se compone el talonario de cheques que el Banco suele entregar al cliente. Si, por excepción, no pudiese obtenerse del título la indicación del librado, ese título no sería un cheque. En efecto, la orden de pago, para que pueda ser cumplida debe dirigirse a persona determinada, y siendo dudoso el librado, no cumpliría el título la función, que debe realizar con prontitud, de medio instrumental en los pagos; no se sabría dónde levantar el protesto para poner a salvo la acción cambiaria de regreso ni se podría comprobar si se observó la disposición del Código conforme a la cual el librado ha de ser un establecimiento de crédito o un comerciante.

No puede designarse uno a sí mismo como librado, porque, de lo contrario, el título perdería su forma esencial de orden de pago dada a un tercero (1). Pero una casa comercial podrá girar un cheque contra sus sucursales en otras plazas, o viceversa. Como el cheque desempeña en este caso su función de facilitar al librador su servicio de caja y de banca, y puesto que la ley reconoce también bajo otros aspectos a las sucursales autonomía en la gestión de los negocios pertenecientes al territorio comprendido en su esfera de acción, así considero que esta práctica es legítima y tiene su influencia jurídica en la determinación

(1) Arts. 339, 342, 343 y 344.

del lugar de pago, del domicilio cambiario, del protesto, de la competencia y de la representación judicial, sin crear dos deudores frente al tenedor del cheque o relaciones jurídicas entre las dos oficinas (I).

1.399. La fecha.—La fecha (lugar y tiempo) tiene en el cheque una importancia esencial, porque determina el lugar de emisión y, por lo tanto, la ley que debe regularlo, el término máximo para presentarlo al librado y para formular el protesto (artículo 342), la capacidad de los contratantes y la existencia de la provisión en el momento de la emisión (art. 344).

La fecha deberá expresar el lugar y, en cifras o en palabras, el tiempo de la emisión (art. 55), tanto si el cheque es pagadero en el mismo lugar donde se emite o en otro distinto. Pero, como la ley no concede a los elementos constitutivos de la fecha un valor formal, el Juez decidirá con su libre criterio si el lugar y el tiempo se encuentran suficientemente determinados. La indicación de este requisito no podrá suplirse, naturalmente, con pruebas extrañas al cheque, que debe llevar consigo la fecha, como un requisito formal.

No se puede poner al cheque una fecha convencional distinta de la verdadera ni se puede tampoco dejarla en blanco para que el tenedor la ponga según su necesidad de dinero (art. 344). La ley castiga esta irregularidad como un abuso encaminado a procurar al cheque una vida más larga que la que su naturaleza consiente, bien con el objeto de defraudar al fisco el impuesto fijado para las letras de cambio, o bien para subsanar la falta de provisión en el momento de la emisión.

1.400. El tomador.—El cheque puede ser a la orden de una persona determinada o al portador; en el primer caso se transmite con las formalidades del endoso (art. 341), y, en el segundo, con las de los títulos al portador. Si lleva el nombre del tomador, se transmitirá exactamente como la letra de cambio, por endoso, porque el cheque a la orden es el cheque regulado por la ley como cheque normal. Esto se deduce con seguridad del hecho de que

(1) Argumento inferido de los arts. 376 y 872.—Conforme, Apelación de Génova, 16 de Febrero de 1895 (*Foro*, 628, con nota aprobatoria de FRANCHI), 3 de Julio de 1906 (*Rivista di dir. comm.*, 1907, 61); Tribunal de Génova, 18 de Octubre de 1894 (*Il Giurista*, 569).—Acerca de la eficacia jurídica de estas relaciones entre el establecimiento principal y sus sucursales, véanse las certeras observaciones de BONELLI, en la *Rivista cit.*, 1907, II, 61.—También COEN encuentra útil esta tolerancia del empleo del cheque entre las distintas oficinas de una casa comercial: *Zeitschrift f. Vergleich. Rechtswiss.*, XI, 1, notas 154 y sigs.

aparece regulado en el tít. X del Código, juntamente con la letra de cambio, que es título endosable por excelencia; de que el Código le aplica sin más las normas del endoso (arts. 341 y 343, sobre la acción de regreso contra los endosantes) y que para hacer de él un título al portador debe declararlo el emisor (art. 340); en suma, que si el cheque no determina otra ley de circulación por medio de la cláusula al portador, se transmite, *ope legis*, como título a la orden (1).

Nuestro Código no ha concedido al emisor ni al poseedor del cheque la facultad de detener su circulación con la cláusula *no transferible*, cláusula que habría puesto a cubierto al que la estampase contra el peligro del hurto y de la falsificación, pues sólo podría cobrarlo la persona indicada antes de la cláusula: ésta se experimenta actualmente por primera vez en el cheque circular (núms. 1.432 *ter* y 1.432 *quater*).

La ley de circulación del título se fija por el librador en el momento de su emisión. El tenedor, tomador o endosatorio no pueden modificarla, transmitiendo, por ejemplo, por la entrega manual un cheque librado a su nombre; en tal hipótesis la cadena de endosos no sería continua y el último poseedor carecería de personalidad legítima para cobrarlo. Si fuese posible modificar la ley de circulación del cheque a la orden a voluntad de su poseedor, no se podría aplicar ya a los endosos y al pago de los cheques a la orden las disposiciones cambiarias, como, no obstante, prescribe el art. 341, porque habría que pagar aun a aquel que no justifica su propiedad por una serie continua de endosos (2).

Si el cheque lleva un espacio en blanco por completo, en donde debiera constar el nombre del tomador o la cláusula al portador, carece de un requisito esencial, y no producirá los efectos

(1) La emisión de cheques bajo las tres formas *nominativa*, *a la orden* o *al portador*, se admite explícitamente por la ley austriaca de 3 de Abril de 1906, 1 y 3; Código suizo, art. 832; Ley francesa, art. 1.º; Ley belga, art. 2.º; Código español, art. 535; argentino, art. 800, núm. 5.º; mejicano, arts. 552 y 556; Ley brasileña de 7 de Agosto de 1912, arts. 3.º, 5.º, etc.—Véanse también CANSTEIN, en la *Zeitschrift*, LXI, 1907, pág. 18; COHN: *Zeitschrift f. vergl. Rechtswiss.*, XI, pág. 42, nota 156, y en *Endemann's Handbuch*, pág. 1.152, nota 99; BONELLI, *Rivista di dir. comm.*, 1911, 1, 429.

(2) Argumento inferido del art. 287.—Véase núm. 986.—En contra, FRANCI, núm. 67. Una errónea sentencia de la Corte de apelación de Roma, 22 de Julio de 1904, censurada por VIDARI (*Rivista di dir. comm.*, 1905, II, 84), sostiene que el cheque puede ser simultáneamente a la orden y al portador. El error teórico es tanto más censurable cuanto que la Corte podía alcanzar las mismas conclusiones a que ha llegado considerando al cheque provisto del nombre del tomador y de la cláusula al portador, como un título al portador (véase el texto, más adelante).

del cheque. En efecto, carecería de un requisito esencial, como título endosable, cual es el nombre del tomador, y, como título al portador, carecería de la declaración de voluntad del emisor, de obligarse con los efectos propios de la cláusula al portador. Tal espacio en blanco no puede interpretarse como signo de esta intención, porque, cuando un título tiene dos formas de circulación, una legal y otra voluntaria, es necesario que el emisor adopte expresamente esta última, si quiere prescindir de la forma legal. Podía el librador indicar el nombre del tomador, haciendo apto el título para la circulación por endoso; no queriendo designar el tomador, podía valerse de la facultad de hacerlo pagadero al portador (art. 340, párrafo 2.º), y si no lo ha hecho, su silencio debe llevarnos a la conclusión, menos grave para él, de que el título es un esbozo de cheque, no un título completo al portador (1).

El título puede llevar el nombre del tomador y contener la cláusula al portador (2). En tal supuesto es un título al portador, porque no hay ninguna incompatibilidad entre la designación del tomador y la autorización dada al mismo de transmitirlo bajo la forma de los títulos al portador. La coexistencia de aquellos dos requisitos significa que el emisor no quiso usar por sí mismo de la facultad de transmitirlo al portador, pero quiso asegurar el uso de aquella a los futuros tenedores del título. La cláusula es tan compatible con la designación del tomador, que existe en la práctica el uso de las libretas pagaderas al portador, en las Cajas de Ahorro (3).

1.401. REQUISITOS DE FORMA POTESTATIVOS.—*El vencimiento.*—Suele decirse que el vencimiento debe tener lugar en un pla-

(1) Véase el núm. 1.440.—Conforme GALLAVRESI, pág. 181.—En contra SUPINO, núm. 657; FRANCHI, núm. 67; CANSTEIN, en la *Zeitschrift*, LXI (1907), pág. 18.—Nada significa el argumento aducido por FRANCHI de que el portador debe presumirse investido del derecho, porque la posesión del título es necesaria para ejercitar el derecho. Todo el que acepta esta regla, como yo la acepto, no pretende afirmar que la posesión material sea siempre suficiente para ejercitar el crédito: si esto basta para los títulos al portador, para los títulos a la orden debe ser calificada por el endoso, por lo cual queda siempre en pie la cuestión de si el librador ha querido esta o aquella posesión.—Algunas leyes extranjeras disponen expresamente que, a falta de indicación del nombre, el cheque deberá considerarse al portador: véase ley alemana, § 4.º; húngara, § 3.º; austríaca, § 3.º; Código suizo, art. 382.

(2) Véase un caso en la sentencia antes citada y criticada de la Corte de apelación de Roma (nota 18).—Véase también el núm. 1.440.—Explicitamente, en el sentido del texto, las leyes alemana de 11 de Marzo de 1908, § 4.º, y austríaca de 3 de Abril de 1906, § 3.º

(3) Ley de 15 de Julio de 1888, sobre las Cajas de ahorro, art. 7.º.—Véanse los núms. 1.486, 1.487 bis y 1.488.

zo brevísimo, a fin de que el cheque no usurpe, en perjuicio del fisco, la función de la letra de cambio, que está sujeta a un impuesto mayor, sin añadir nada más.

Pero la brevedad del término se funda también en razones inherentes a la naturaleza y a la función del cheque, el cual se destina a las liquidaciones y a los pagos, y, por consiguiente, conviene que cumpla ésta su función con prontitud para liberar al librador y a los endosantes de su responsabilidad. La brevedad del término contribuye también a devolver al librador la disponibilidad de la suma que le adeuda el librado, y sirve igualmente para impedir que los Bancos librados sean requeridos al mismo tiempo, por ejemplo, en un momento de crisis, para el pago de todos los cheques a la vista girados contra ellos por un largo plazo.

1.402. El cheque es, por lo regular, un título exigible, dentro de los términos legales, a voluntad del poseedor, el cual puede cobrarlo cuando quiera, porque el dinero debe estar a su disposición desde el momento de la emisión. No obstante, la ley reconoce también los cheques a un plazo desde la vista, adaptándose a la práctica de los Bancos, que suelen protegerse contra el peligro de una grande e imprevista retirada de depósitos, obligando a los clientes a darles aviso previo y regulando ordinariamente el término para el aviso según el importe del desembolso. El banquero al cual se presenta el cheque, en que el plazo para el visado habrá sido regulado por el librador conforme a su contrato de depósito, pone en él su *visto* y apronta los fondos para el día del vencimiento.

El término máximo para presentar el cheque no deberá exceder de ocho días, si es pagadero en el mismo lugar en que fué librado, y de quince días, si ha de pagarse en lugar distinto (artículo 342). Si el cheque es pagadero a un plazo de la vista, el plazo para presentarlo al pago no podrá exceder de los diez días (art. 340, párrafo 3.º), por lo cual, si el cheque a un plazo de la vista es pagadero en el lugar donde se libró, no podrá tener un período de circulación superior a dieciocho días, y de veinticinco días, si es pagadero en lugar diverso. Por consiguiente, el cheque, bien sea a la vista o a uno o varios días vista, ha de ser presentado en el término máximo uniforme de ocho o de quince días. Pero el uno difiere del otro en el término para el pago, porque en el cheque a la vista, éste coincide con el término de presentación, y en el cheque a un plazo de la vista puede efectuarse en los diez días siguientes. No se computa en el término el día.

de la fecha ni el del visto, que constituye el último día hábil para la presentación (1).

1.403. Cuando el cheque no indica el vencimiento, se entiende pagadero a la vista, según las reglas generales de Derecho (art. 1.173). No se aplica en este caso el rigor cambiario, que exige se indique en la letra de cambio la forma del vencimiento, aunque sea a la vista (núm. 1.609), porque falta en la disciplina del cheque la sanción de nulidad correspondiente a la del art. 294 (núm. 1.393). El tenedor tiene derecho a cobrarlo a la vista, cuando no esté expresamente librado a uno o más días vista. El contrato existente entre librador y librado, en virtud del cual este último tiene derecho a rechazar el cheque girado contra él sin el oportuno aviso, permanece extraño al tenedor, que lo ignora. Este adquiere un derecho conforme al tenor literal del título autónomo que tiene en sus manos, y puede y debe atenerse al texto del título, considerándolo como un cheque a la vista y levantando inmediatamente el protesto (2).

1.404. El cheque es, por su naturaleza, un título exigible *ad nutum* por el tenedor, puesto que la cantidad debe estar a su disposición desde el día de la emisión, y en esta facultad de cobrarlo existe una sanción contra el abuso de los cheques girados en descubierto.

La ley hizo una concesión a las exigencias bancarias admitiendo también los cheques a un plazo de la vista, con exclusión de las demás formas de vencimiento mencionadas en el art. 252, núms. 3.º a 5.º, entre las cuales figura el vencimiento a día fijo, es decir, en un día que no puede ser anticipado ni retrasado por el tenedor.

En efecto, dice la ley imperativamente que podrá ser a la vista o a un plazo de la vista (art. 340). Y lo dice de manera imperativa, esto es, con la intención de excluir cualquier otra forma de vencimiento, porque si hubiese querido reconocer todas las formas de vencimiento válidas para la letra de cambio, nada hubiera añadido a la referencia genérica hecha en el art. 341 de las normas cambiarias sobre el vencimiento. La ley no pierde su carácter imperativo por emplear el verbo *podrá*: este verbo es potestativo en el limitado sentido de que deja al librador la fa-

(1) Acerca de los términos brevísimos adoptados por las leyes extranjeras, véase BONELLI, *Rivista di dir. comm.*, 1911, 437.

(2) La indicación impresa en el talonario de cheques no tendría valor alguno para el poseedor del cheque (*assegno*), si en éste no se reproduce el pacto del aviso previo.

cultad de escoger entre el cheque a la vista y el cheque a un plazo de la vista; pero la elección de una o de la otra forma de vencimiento es imperativa. Y no puede objetarse que con la referencia a las reglas sobre el vencimiento cambiario la ley las extendió por completo al cheque, pues tal referencia está limitada por la norma especial que reconoce dos únicas formas de vencimiento, a las cuales son aplicables las reglas generales del vencimiento cambiario (arts. 283 y sigs.). Si se aceptase la opinión que he combatido, surgiría la duda insuperable de si el término legal para el vencimiento fijo máximo deberá ser el de ocho y quince días concedido para los cheques a la vista, o el de dieciocho y veinticinco días concedido para los cheques a un plazo de la vista, y, probablemente, de tolerancia en tolerancia se aceptaría el término más largo, haciendo usurpar al cheque las funciones de la letra de cambio, y obligando poco a poco al legislador a imponerle, en defensa del erario, gravámenes fiscales que impedirían su difusión, tan necesaria al progreso de la economía nacional (1).

La indicación de un día fijo, comprendido en los plazos breves exigidos por la ley, puede ser, por excepción, consignada en el cheque a la vista. Cuando esa indicación de día fijo pueda interpretarse como un término máximo *dentro* del cual, por acuerdo de las partes, el cheque deberá presentarse al pago, la indicación puede reputarse compatible con la ley. Puede considerarse legítima en el aspecto formal, porque con esta tolerancia no se añade una nueva forma de vencimiento a las dos mencio-

(1) Mi opinión aparece también reforzada por los trabajos preparatorios, porque nuestro legislador no había admitido primeramente más que el vencimiento único a la vista, siguiendo el ejemplo de la ley francesa; después, cediendo a las observaciones de las Cámaras de Comercio, aceptó también el vencimiento a un plazo de la vista. Véase, en efecto, en *Verbali della Commissione preliminare*, número 736: «Al objeto de que el cheque no degenera de su verdadera esencia por la cual la cantidad expresada en el mismo deberá existir depositada en poder del banquero contra quien se dirige, acepta también la idea de que habrá de ser pagadero en el momento en que se presenta. De lo contrario, el cheque podría, con mucha frecuencia, substituir en su función a la letra de cambio, y es de vital importancia que entre ambos títulos se conserve una línea de demarcación bien clara, a fin de que los intereses de la Hacienda no hagan imposible la concesión de aquellas facilidades en materia de impuestos, que son indispensables para que el nuevo título adquiera aquella vasta difusión, que por tal modo le fué atribuida en otros países y sin la cual no puede producir los beneficiosos efectos que se esperan de él.» Conformes, FRANCHI, núm. 65; PAGANI, en *Dir. comm.*, 1891, pág. 174; SUPINO, *Commento*, 5.ª ed., núm. 659; GALLAVRESI, pág. 197, nota 60; X, en el *Monit.*, 1895, 502; Tribunal de Florencia, 15 de Julio de 1910 (*Foro*, 1911, 751); Circular del Ministerio de Hacienda, 2 de Noviembre de 1891 (*Bollettino del Ministero delle Finanze*, 1891, serie II, vol. XX, pág. 536). En contra, VIDARI, VIII, núm. 7.326; Casación de Florencia, 8 de Abril de 1895 (*Foro*, 717).

nadas en la ley, si se tiene en cuenta que el día fijo no determina el día del vencimiento, sino el día dentro del cual deberá hacerse la presentación, esto es, el límite máximo hasta el cual podrá dilatarse el vencimiento. Materialmente, es lícita, porque restringe la duración de la vida del cheque, favoreciendo su función de título extintivo de las obligaciones. Esta designación sirve, en efecto, para abreviar el término de presentación concedido por la ley al tenedor en los cheques a la vista, porque se puede traducir así: deberás presentarlo, no en el término legal de ocho días, sino en el de siete, seis... días (1).

1.405. *El lugar de pago.*—No es necesaria su indicación expresa, porque vale como lugar de pago la residencia indicada con el nombre del librado (2). El cheque puede ser domiciliado, esto es, pagadero en lugar distinto de la residencia del librado y por otra persona, porque le son aplicables todas las reglas establecidas para el pago de la letra de cambio (art. 341), y es indudable que las disposiciones dictadas por la ley para regular el pago de las letras domiciliadas (arts. 264 y 316), aun cuando colocadas en título distinto del que regula el pago, son inherentes a esta institución (arts. 288 y 304, núm. 1.º) (3). El cheque puede tener varios lugares de pago; por ejemplo, todas las sucursales o los corresponsales de un Banco, y esta pluralidad de lugares podrá servir a todo el que quiera viajar sin llevar el dinero consigo. El protesto se levantará, en tal caso, en el lugar elegido por el tenedor para el cobro.

No cabe oponer el art. 1.178 del Código civil, que, en las obligaciones alternativas atribuye la elección al deudor; de ser así, si el librado pudiese elegir el lugar para el pago del cheque; si por ello la acción de regreso estuviese subordinada a la presentación del cheque en todos los lugares designados en el mismo para el pago, esta forma de cheque resultaría imposible, porque serían necesarios varios protestos, cuando la ley requiere

(1) Casación de Florencia, 11 de Mayo de 1911 (*Foro*, 751), con nota favorable de A. SCIALOJA: «Merced a esta designación no se prohíbe al tomador presentarse para el pago aun antes, según la naturaleza del título pagadero a la vista, estándole vedado siempre presentarse después del vencimiento del término fijado, el cual puede acortar, no prolongar el legal.»

(2) La validez de la residencia del librado como lugar de pago no se deduce solamente por analogía del art. 253 del Código de Comercio y del art. 1.249 del Código civil, sino del texto literal del art. 304, núm. 1.º, aplicable a los cheques (art. 341), que ordena efectuar el protesto en la residencia del librado, y el protesto debe formularse en donde deba exigirse el pago.

(3) Casación de Turín, 15 de Mayo de 1906 (*Riv. di dir. comm.*, 1907, 29); Apelación de Trento, 5 de Mayo de 1922 (*Foro, Nuove province*, 1922, 239).

uno solo, y, por lo común, no se podrían formular todos en el plazo legal (núm. 1.090). Pero de la finalidad de estos cheques, introducidos en beneficio del tenedor, como de la obligación que tiene el librador de hacer la provisión para su pago en todos los lugares en que pueden ser presentados (art. 344), emerge con evidencia que la elección se entiende concedida al acreedor.

§ 104.—REQUISITOS MATERIALES.

Sumario.—1.406. No es necesaria la provisión para la existencia del cheque, sino para su regularidad.—1.407. Debe preceder a la emisión.—1.408. El librador puede disponer de la provisión para otro objeto.—1.409. Posición jurídica del tenedor cuya acción de regreso ha caducado.

1.406. *La provisión.*—El cheque contiene la promesa del librador de hacer pagar una cierta cantidad por el librado. Para hacer esta promesa, en lo posible, equivalente a un pago, la ley la refuerza con el rigor de la forma cambiaria y con la amenaza de sanciones penales contra el librador que no hizo antes de la emisión provisión suficiente al librado. La persona en quien se apoya todo el crédito del cheque es el librador: en él desembocan todas las obligaciones y las sanciones que garantizan la regularidad de la emisión y del pago.

La provisión no es requisito necesario para la existencia del cheque, sino solamente para su regularidad. La falta de la misma da lugar a sanciones especiales contra el librador culpable (números 1.387 y sigs.), pero no lo exime de las obligaciones que habría contraído si el cheque hubiese sido regular.

1.407. La cantidad disponible debe hallarse a las órdenes del librador antes de la emisión, porque la ley quiso asegurar que por negligencia del librador, o por fuerza mayor, o por divergencias entre librador y librado no surjan obstáculos para el pago del cheque. La ley sigue explícitamente esta dirección (arts. 339 y 344) y, por tanto, no la cumple el que efectúa la remesa simultáneamente a la emisión del cheque (1).

(1) Casación de Florencia, 14 de Junio de 1897 (*Foro*, 1.203); Apelación de Lucca, 7 de Diciembre de 1897 (*Foro*, 1898, 286); Casación de Turín, 14 de Diciembre de 1894 (*Giurispr. Tor.*, 1895, 63); FRANCHI, *Foro Ital.*, 1897, 1.203; ERREBA, *Dir. comm.*, 1897, 646.—Un uso distinto no podría prevalecer, por ser contrario al Código de Comercio.—En contra, Apelación de Venecia, 25 de Ju.

La única concesión que puede hacerse a la práctica bancaria es estimar legítima la emisión de un cheque a un plazo de la vista, en correspondencia con un crédito cierto y existente en poder del librado desde el momento de la emisión, pero disponible sólo pasado cierto término desde la vista. Esta solución es consecuencia legítima del reconocimiento de los cheques a un plazo de la vista. Si la ley los admitió para plegarse a la práctica bancaria de los depósitos con aviso previo, ello significa que consideró provisión suficiente una cantidad disponible después del término para el previo aviso.

Todo el que libra un cheque a la vista contra un banquero por cantidad por la cual debía dar el aviso previo, dispone de su depósito de modo ilegítimo, expone al tomador a una negativa, perturba la confianza en ese título y está sujeto a la sanción penal del art. 344.

1.408. El librador no incurre en esta sanción penal si dispone de la provisión antes de que el cheque sea presentado: el legislador ha creído que el interés general de la circulación se halla suficientemente protegido cuando el cheque fué emitido de manera regular (1). Aquella retirada puede haber infringido los derechos del tenedor, pero puede también haber tutelado lícitamente los derechos del librador; la cuestión es de interés privado y se resolverá por el Derecho común.

1.409. Si falta la provisión y, por consiguiente, el pago, el poseedor del título, levantado el protesto, puede dirigir la acción contra los endosantes y contra el librador y proceder contra ellos con el rigor cambiario en los breves plazos asignados a la acción de regreso. Cuando estos plazos o las demás condiciones necesarias para su ejercicio no fueron observados, pierde el poseedor las ventajas que habría podido obtener del Derecho cambiario (2).

No obstante, conserva contra el librador la acción ordinaria derivada de la promesa no cumplida de hacer pagar el cheque;

lio de 1896 (*Temi ven.*, 579), según la cual basta que la provisión subsista al vencimiento.—Según la opinión de RIESSER (*Goldschmidt's Zeitschrift*, vol. XLI, 1893, pág. 598), entre las dos opiniones extremas, respondería mejor al interés y al punto de vista de los comerciantes una opinión intermedia, que podría expresarse así: el emisor del cheque, en el acto de la emisión, debe procurar que el crédito necesario para cubrirlo exista en poder del librado en el momento de la presentación.

(1) SUPINO, núm. 703; FRANCHI, núm. 54.—Así también, en Francia: LYON-CAEN y RENAULT, IV, núm. 575.—En contra, VIDARI, VIII, núm. 7.330.

(2) Apelación de Milán, 19 de Octubre de 1910 (*Temi Genov.*, 728); Tribunal de Venecia, 22 de Junio de 1910 (*Diritto Comm.*, XXX, 98).—Véase la nota 2 de la página siguiente.

la obligación del librador, antes cubierta por la forma cambiaria, queda reducida a una obligación de derecho común, a la obligación de hacer el pago que no efectuó el librado (1). Sería inútil que el librador pretendiese eludir esta obligación alegando la caducidad cambiaria del poseedor. La pérdida de la acción cambiaria no implica la pérdida de la acción ordinaria, sea civil o mercantil, porque la caducidad de la acción cambiaria no puede extenderse a una acción esencialmente diversa, fundada en el Derecho común. Sería hacer del rigor cambiario un uso contrario al pretendido por la ley, utilizarlo en beneficio del librador, cuando fué aplicado al cheque para robustecer su promesa de hacer pagar por un tercero. La probidad no consiente que pueda valerse de su culpa, de su incumplimiento, como es la falta o la retirada de la provisión, para mejorar su posición. Además, el ejercicio del regreso cambiario es un derecho, no una obligación del tenedor del cheque, y si no utiliza este derecho no puede ser condenado a perder también el derecho derivado de la promesa originaria de hacer pagar; de lo contrario, el derecho a proceder por vía de regreso se trocaría en la obligación de hacerlo.

El tenedor deberá probar que el librado no le ha pagado, pudiendo verificarlo de cualquier forma, porque no ejercita una acción cambiaria. Una vez proporcionada esta prueba, podrá exigir el pago del librador, porque éste no ha cumplido su promesa inicial de hacerlo pagar. El librador, que, para liberarse, quiera atribuir la falta de pago a la falta o a la tardía presentación del cheque, deberá probarlo, lo cual le resultará fácil, dadas sus relaciones con el librado.

Sería un error atribuir al tenedor negligente una acción cambiaria contra el librador, porque son condiciones esenciales para la acción de regreso, el levantamiento del protesto y la observancia de los plazos, que el deudor ha dejado transcurrir: el mismo sistema de formalidades y de términos es ineludible y valedero para el cheque como para la letra de cambio (2).

(1) De esta suerte la teoría del cheque se construye sobre la figura jurídica de la promesa del hecho de un tercero: art. 1.129 del Código civil; véase número 1.390. Compárese AUBRY y RAU, IV, § 343 *ter*; LAURENT, XV, núm. 539 y sigs.; GIORGI, III, núms. 303.—Se podría fundar también la acción del poseedor decaído, en el art. 1.237 del Código civil, considerando que el librador, al entregar el cheque a título de pago, se reconoció deudor de su importe.

(2) Véanse los arts. 341, 307 y sigs., y el 325, núms. 2.º y 3.º.—No ha faltado, sin embargo, quien, inducido por la redacción desdichada del art. 343, creyese que la acción del tenedor del cheque perjudicado contra el librador tenga carácter cambiario, aun cuando esta interpretación sea inconciliable con el sistema adoptado por el Código para la acción de regreso.—Así, Casación de Turín, 31 de Diciembre de 1897 (*Monit.*, 1898, 123), muy ambigua; ERRERA,

Igualmente erróneo sería restringir la acción del poseedor en los límites angostos de la acción de enriquecimiento (1). Esta acción no sería suficiente para amparar al poseedor en aquellos casos en que el librador hubiera hecho provisión al librado y éste diese en quiebra antes del término fijado para la presentación del cheque; y, sin embargo, aun en este caso tiene derecho el tenedor al pago por el librador. El ejercicio de esa acción no podría procurar tampoco al poseedor el resarcimiento de los perjuicios que, sin embargo, puede haber sufrido, aparte del valor del cheque. Por último, si el tenedor tuviese que ejercitar la acción de enriquecimiento, la carga de la prueba recaería sobre él; habría de probar que el tomador pagó el valor al librador y que éste, por su parte, dejó de efectuar la provisión al librado, prueba difícil por tratarse de relaciones internas para él desconocidas. Reconociendo, por el contrario, al poseedor una acción de Derecho común contra el librador, derivada de su promesa de hacer pagar, podrá aquél reclamar el importe del cheque y la indemnización por los perjuicios experimentados, durante el término de la prescripción mercantil o civil, de diez o de treinta años (2).

§ 105.—RELACIONES DEL LIBRADOR CON EL LIBRADO.

Sumario.—1.410. Relación anterior a la emisión.—1.411. El librador es dueño de la provisión, y lo es aunque el librado haya puesto *el visto* en el cheque.—1.412. El librador puede revocar el orden de pago.—1.413. Cheques robados o falsificados. Obligaciones del cliente respecto a su banquero.—1.414. Obligaciones del banquero.—1.415. Sobre quién recae el daño cuando no existe culpa.—1.416. Cláusulas que hacen soportar a los clientes el daño de los cheques falsificados.—1.417. Son aplicables las mismas reglas a los cheques cuyo contenido haya sido falsificado.—1.418. Condición pro-

Temi ven., 1896, pág. 579; NAVARRINI, en la *Giurispr. ital.*, 1898, pág. 279; RODINO, en *Temi ven.*, 1897, pág. 361; GALLAVRESI, pág. 304; BONELLI, *Rivista di dir. comm.*, 1903, I, pág. 23; SCUTO, *Riv. dir. comm.*, 1914, I.—Conforme al texto: Casación de Florencia, 14 de Junio de 1897, y FRANCHI, en nota a la misma: *Foro*, 1.203; Casación de Turín, 4 de Marzo de 1896 (*Foro*, 614); BOGGIO, en nota a la sentencia anterior; Apelación de Venecia, 25 de Julio de 1896 (*Temi ven.*, pág. 579); Apelación de Milano, 19 de Octubre de 1910 (*Temi genov.*, 728); BOLAFFIO, *Riv. dir. comm.*, 1903, I, pág. 87.

(1) Así, FRANCHI, en el *Foro*, 1897, 1.203; Casación de Turín, 4 de Marzo de 1896 (*Foro*, 614); Apelación de Génova, 27 de Diciembre de 1920 (*Foro*, 1921, I, 466).

(2) Casación de Turín, 14 de Diciembre de 1894 (*Giurispr. tor.*, 1895, 63); 31 de Diciembre de 1897 (*Monit.*, 1898, 123); Apelación de Turín, 10 de Febrero de 1897 (*Giurispr. tor.*, 1897, 637).

cesal del librador y del librado. Carga de la prueba.—1.419. Limitaciones a la responsabilidad del librador culpable.—1.420. Pagos por error.

1.410. El que estudia el cheque no debe preocuparse lo más mínimo del negocio preexistente que produce una cantidad disponible en poder del librado como crédito del librador. Este negocio preliminar, que será, por lo regular, un depósito en cuenta corriente, determinará las condiciones con las cuales el banquero acepta los depósitos de su cliente y se obliga a devolverlos haciendo por su cuenta el servicio de caja; establecerá el punto de partida y la medida de los intereses, las reglas para la emisión y la custodia de los cheques, y así sucesivamente.

1.411. El librador continúa siendo dueño del crédito disponible en poder del librado, aun después de la emisión del cheque y hasta el pago. El librado está obligado a observar las instrucciones del librador que quiera recobrar la provisión, que le prohíba pagar al tenedor del cheque en circulación o que le ordene anteponer un cheque emitido posteriormente. El librado que no da cumplimiento a estas órdenes incurre en responsabilidad frente al librador que es dueño de dictarlas en defensa de sus intereses. A este derecho absoluto del librador frente al librado no es obstáculo el art. 298 del Código de Comercio, que prohíbe hacer oposición al pago, porque la prohibición se refiere a los obligados cambiarios y el librado no lo es (núm. 1.390).

El dominio del librador sobre la cantidad disponible no cesa tampoco cuando el tenedor del cheque a un plazo de la vista haya obtenido el visto. Esta declaración tiene por único objeto fijar el momento en que comienza a transcurrir el término después del cual el cheque es pagadero, y se verifica para ejecutar las instrucciones del librador, no para reconocer al tenedor del cheque un derecho definitivo de crédito. Se infiere de esto que, aun después del visto, el librado debe observar las órdenes del librador, pagar los cheques que se le presenten al pago, aunque tenga que agotar la provisión, y, por añadidura, tiene el derecho de rehusar el pago, si por créditos adquiridos contra el librador, hubiese extinguido la provisión mediante compensación (1).

Sería equivocado atribuir al poseedor del cheque la posición jurídica de un tercero que, al presentar el cheque *para el visto*, declara su voluntad de aceptar la estipulación hecha en su fa-

(1) Véase núm. 1.175.—GALLAVRESI, págs. 282-285; FRANCHI, núm. 90 (con algunas limitaciones); VIDARI, VIII, núm. 7.348.

vor (art. 1.128 del Código civil). Para que exista un contrato a favor de tercero es necesario que la voluntad de los dos contratantes se dirija a favorecer a un tercero, a atribuirle un derecho. Ahora bien; el contrato por el cual el librado se obliga a prestar un servicio de caja al librador, con el pago de sus cheques, tiene en cuenta solamente el interés de éste, y tal interés predominante obliga a subordinar la posición del poseedor a la del librador que es *dominus negotii*. No sería oportuno hablar de contrato estipulado a favor de tercero, desde el momento en que el tercero puede ser el propio librador (art. 339) o una persona totalmente indiferente a ambos contratantes. El portador del cheque debe considerarse como titular de un crédito que cobra en nombre propio y expide recibo en nombre propio, si el librado está dispuesto a pagarlo (núms. 1.390 y 1.425). Entre el poseedor del título y el librado no existe ninguna relación jurídica, puesto que la obligación eventual del librado de pagarlo depende de la voluntad del librador. Sólo el hecho del pago puede dar lugar al nacimiento de relaciones de carácter jurídico entre el librado y el poseedor, relaciones que deben regularse conforme al Derecho común (1).

1.412. La ley, en mi opinión, prevé y, al preverlo, reconoce el derecho de revocación del librador, cuando formula la hipótesis de que la disponibilidad de la provisión puede haber faltado, tanto por hecho del librador como por el hecho del librado (art. 343) y deja sin penalidad la retirada de la provisión efectuada por el librador (art. 344). No hay razón alguna para negar al librador aquella facultad que en materia cambiaria se le reconoce universalmente, de ordenar al librado que no acepte o no pague la letra de cambio, facultad que puede resultarle utilísima en caso de pérdida del título o de quiebra del tomador, para oponerle sus excepciones personales al ejercitar la acción de regreso.

El derecho del poseedor del cheque se halla suficientemente tutelado con la responsabilidad cambiaria y extracambiaria del librador que, abusando de su poder, haya revocado al librado aquella orden de pago que le había dado con el cheque. El librador encuentra en esta rigurosa responsabilidad un freno a su derecho de disponer de la provisión, derecho subsistente hasta el pago (2).

(1) Por tanto, el que cobra el cheque provisto de una firma falsificada por el librador, debe restituir al librado la cantidad cobrada: Trib. Nápoles, 8 de Marzo de 1911 (*Diritto e Giur.*, XXVI, 491).

(2) La posibilidad de que el librador retire la provisión fué prevista también en los trabajos preparatorios, al discutirse el art. 143, en *Verb.*, núm. 737:

1.418. La facilidad con que se ha abusado de cheques a la vista falsos o enmendados, ha dado lugar a sutiles investigaciones para determinar la responsabilidad del banquero y la de su cliente. Si bien el uso de los talonarios evita el peligro de que se emplee un papel cualquiera para cometer la falsificación, por otra parte aumenta el peligro de que se abuse de los cheques imitados por medio de la imprenta o de la litografía, porque su presentación encuentra al banquero dispuesto a pagarlos con mayor prontitud.

En principio, la posición del cliente es esta: deberá custodiar con diligencia el talonario de los cheques y comunicar sin demora al banquero el hurto o la pérdida del mismo. Esto se conviene expresamente, por lo regular, entre ambos contratantes y se lee en el talonario de cheques; pero sería aplicable la misma regla aun en caso de silencio del contrato, porque todo contratante debe atender también al interés de la otra parte, cuando pueda hacerlo sin perjuicio del propio.

«La acción contra el banquero al que el cheque se dirige se regula conforme a las normas establecidas para la letra de cambio. Pero si el depósito de dinero llega a faltar por hecho del expedidor o de los endosantes, la acción extinguida en las relaciones del banquero (librado) revive contra ellos, no siendo justo que puedan enriquecerse en perjuicio de otro.» El derecho del librador a disponer de la provisión, sea prohibiendo el pago, sea empleándola de otro modo, es reconocido por VIDARI, VIII, núms. 7.367 y 7.368; por FRANCHI, núms. 11 y 86, si bien este último introduzca limitaciones al mismo, que no tienen razón de ser más que en las exigencias lógicas de su construcción jurídica, fundada en la cesión de la provisión, rechazada por mí y por la mayor parte de los autores (núm. 1.390). La legislación y la práctica inglesa y americana siguen la dirección del texto: *Bills of Exchange*, Act. 1882, sect. 75; CHALMERS, *Bills of Exchange*, Act. 1882, pág. 55; KARP, *Der Check*, en *Goldschmidt's Zeitschrift*, 1885, XXX, pág. 380, notas 194 y sigs.; Código argentino, art. 808: «Los Bancos rehusarán el pago... siempre que el librador advierta por escrito al banquero que no pague, y este aviso le llegue antes de la presentación»; Código mejicano, art. 560.—En contra, GALLAVRESI, pág. 290; SUPINO, 2.^a ed., núm. 723.—Pero, en realidad, la seguridad que este autor procura al tenedor negando al librador el derecho de revocación de la orden de pago es bien escasa, lo que aparecerá evidente si se considera que le reconoce al librado el derecho de no pagar, cuando la provisión se haya agotado por compensación operada después de la emisión, por pago de otros cheques, incluso de fecha posterior, y cuando el librador haya muerto o dado en quiebra; núms. 717 y sigs. No comprendo tampoco cómo este autor puede conciliar tal prohibición del derecho de revocación con la doctrina, justamente aceptada por él, que no reconoce al poseedor del cheque ningún derecho sobre la provisión: núms. 718, 726 y sigs.—Ninguna autoridad pueden tener para nosotros los tratadistas franceses, que aplican al cheque una legislación cambiaria que reconoce al poseedor un derecho propio sobre la provisión: véase LYON-CAEN y RENAULT, IV, núm. 576.—Las leyes alemana (§ 12), austriaca (§ 13) y húngara (§ 14), optando por una solución intermedia, declaran que la revocación del cheque por parte del emisor es eficaz respecto al librado sólo después de transcurrido el término para la presentación.

A estas cláusulas suelen añadirse en los talonarios otras de contenido diverso, sin que haya llegado a formarse una verdadera costumbre a este propósito. Se consigna en ellas, con frecuencia, la obligación del cliente de escribir en letras la cantidad a pagar; de taladrar en la serie de los números impresos en un lado del cheque, el inmediatamente superior a la cantidad que importa, para impedir su alteración; la de dar aviso de la emisión inmediatamente; de llenar los espacios en blanco, etc. La infracción de estas obligaciones contractuales produce, naturalmente, la responsabilidad del cliente.

1.414. Las obligaciones del banquero son las siguientes: deberá cerciorarse de la autenticidad de la firma de su cliente, o de sus clientes, si deben firmar conjuntamente, confrontándola con la que suele tener como modelo en sus registros (1), y rechazar los cheques que no fueron emitidos de acuerdo con las cláusulas contractuales, porque tal inobservancia hace sospechosa la emisión. Deberá rechazar totalmente los que fueron emitidos por cantidad más elevada que la disponible y no pagarlos por el importe de la misma; si lo hace, resultará cómplice del delito previsto en el art. 344, y ayudará al fraude de aquel falsificador que, ignorando la cantidad disponible, gira por cantidad superior.

1.415. Si no existe culpa imputable ni a uno ni a otro para el reembolso del cheque con firma del librador falsa, el daño recaerá sobre el banquero que ha pagado. Y en verdad el fraude iba dirigido contra el banquero, el cual no puede substraerse al daño experimentado con relación a su cliente, porque el servicio de los pagos está a cargo suyo y debe soportar los riesgos del mismo. No podrá, pues, adeudarle la cantidad pagada, porque el pago es válido sólo cuando se hace a la persona autorizada para recibirlo (art. 1.241 del Código civil). Si él ha asumido el servicio de caja para su cliente y por ello gana una comisión, es justo que soporte los riesgos inherentes a aquel servicio. No se debe olvidar, por último, que es fácil al banquero cubrirse contra este riesgo profesional merced a un aumento de su comisión, ya que el gran volumen de estas operaciones y las ganancias que reportan pueden compensarle de una pérdida que para el cliente sería irreparable. Por otra parte, autorizando al banquero a cobrarse del crédito del cliente lo que pagó por el cheque falsificado,

(1) Apelación de Palermo, 6 de Marzo de 1908 (Foro, 1.150); Casación de Turín, 21 de Enero de 1916. (*Giurispr. it.*, 314).

se daría fuerza obligatoria a la firma falsa del librador, cuando en materia cambiaria la firma falsa no produce obligación alguna (art. 327), y esta regla es aplicable también para los cheques (art. 341).

1.416. No faltan, sin embargo, banqueros que imponen el riesgo de los cheques falsos a los clientes, y aun cuando es de desear que éstos rechacen una cláusula que priva de gran parte de sus ventajas al servicio de caja asumido por el banquero, debemos reconocer su validez a tenor del Derecho vigente. No obstante, dicha cláusula no exime al banquero de la obligación de obrar con diligencia, no pudiendo atribuir a la falsedad del cheque el daño experimentado, cuando el pago pudo haberse evitado con el empleo de una diligencia ordinaria; en tal hipótesis es su culpa lo que ha determinado la pérdida y debe soportar sus consecuencias (1).

1.417. Estas normas son valederas tanto en el caso de un cheque que lleve la firma falsa del librador como en el caso de que el contenido, en especial la cantidad cambiaria, sea alterado. Esta aplicación de las mismas reglas al caso en que la falsificación afecte al contenido podría impugnarse con el precepto de Derecho común que obliga al mandante a indemnizar al mandatario de las pérdidas que experimenta con ocasión de los asuntos de que estaba encargado, cuando no se le pueda imputar ninguna culpa (art. 1.754 del Código civil). Aplicándolo a nuestro caso, podría decirse que el banquero que sufre un perjuicio al ejecutar el mandato que le fué conferido mediante el cheque firmado por el cliente, deberá ser indemnizado. Pero el banquero que se obliga a pagar los cheques librados por su cliente en virtud de un contrato de depósito, de apertura de crédito o de cuenta corriente, no obra como mandatario, sino que obra en nombre propio por virtud de una relación jurídica que contrapone su

(1) FRANCHI, núm. 89; Apelación de Génova, 18 de Enero de 1916 (*Riv. dir. comm.*, 543); COHN, en *Endemann's Handbuch*, III, pág. 1.165; LYON-CAEN y RENAULT, IV, núm. 589, Trib. civ. del Sena, 21 de Diciembre de 1895 y 18 de Abril de 1896 (*Dalloz*, II, 401, con nota de THALLER); Apelación de París, 4 de Junio de 1897; Casación francesa, 26 de Octubre de 1898 (*Dalloz*, 1897, II, 263; 1898, I, 560 y las demás sentencias allí citadas); Trib. de Lucerna, 23 de Junio de 1883 (*Goldschmidt's Zeitschrift*, XXXIII, 200).—La ley austriaca de 3 de Abril de 1906, § 20, establece, según la opinión dominante, que los daños recaen sobre el librador sólo en el caso de que haya incurrido en alguna culpa y declara desprovisto de efectos jurídicos a cualquier pacto en contrario. En el mismo sentido la ley húngara, § 23; MELLI, en *Holdheim's Monatschrift*, 1898, pág. 209; CANSTEIN, *Zeitschrift*, cit., LXI (1907), págs. 114 y sigs.

interés al del librador, y no ya por aquel vínculo de sujeción, de subordinación, que justifica la responsabilidad del mandante por los perjuicios experimentados por el mandatario; el librado, al asumir el servicio de caja ante el librador, realiza una especulación propia, y, por tanto, no se encuentra en la posición del mandatario que presta un servicio al principal, quien, por ello, debe resarcirle de los daños inherentes al asunto de cuyos beneficios disfruta. Por otra parte, si bien la ley extiende al cheque las normas vigentes sobre el pago de las letras de cambio, no se puede prescindir de la regla fundamental de Derecho cambiario, por la cual los suscriptores de la letra de cambio responden solamente por lo que en ella está escrito en el momento de estampar su firma.

1.418. Cuando el librador se opone al adeudo de la cantidad representada por el cheque aduciendo la falsedad de su firma, corresponde al banquero, sea actor o demandado, la prueba de la autenticidad del cheque por él recogido y pagado, porque un documento privado, como es el cheque, no hace fe en juicio si no es reconocido o comprobado.

Quando la falsedad es cierta, corresponderá al banquero probar la culpa de su cliente y, en especial, la infracción de las obligaciones que hubiese asumido por contrato; por ejemplo, la negligencia en la custodia del talonario, el retraso en el aviso del hurto o del extravío del mismo, etc. (1). Por el contrario, si el cliente contrajo la obligación de reembolsar incluso los cheques falsificados, tendrá que probar, para eximirse de ella, la culpa del banquero; dicho pacto, como hemos visto, no puede producir el efecto de liberar al banquero de las consecuencias de la culpa en que pueda haber incurrido (núm. 1.416).

1.419. Probada la culpabilidad del cliente, el banquero podrá obtener el resarcimiento del daño, que ordinariamente equivaldrá al importe del cheque falsificado. Pero puede suceder, y ha sucedido, que el falsificador, para hacer más provechoso su delito, engrose primeramente el crédito del cliente mediante letras de cambio u otros títulos falsificados y después gire un cheque por la cantidad artificialmente acrecentada de ese modo. En tal hipótesis, ¿tendrá que reembolsar el cliente culpable el total importe del cheque, o sólo la cantidad que constituía su verdadero crédito? La regla que limita la obligación del resar-

(1) Apelación de París, 4 de Junio de 1897 (*Dalloz*, II, 263); Trib. de Lucerna, 22 de Junio de 1896 (*Goldschmidt's Zeitschrift*, XXXII, 200).

cimiento a los daños previsibles al tiempo del contrato (art. 1.228 del Código civil), nos ofrece un remedio para aliviar su situación. Las previsiones del cliente cuando adquiría el derecho de disponer por medio de cheques de las cantidades que le acreditase su banquero debían referirse necesariamente al peligro de perder su crédito en total, pero nada más, y no deberá responder por las pérdidas que excedan de aquél, porque no podía prever la pérdida de lo que no poseía (1).

1.420. Las Instituciones de crédito acostumbran a hacer presentar el cheque, como todos los demás títulos de crédito, en una ventanilla en la cual un empleado lo recoge; comprobada su exigibilidad, éste entrega al portador un volante numerado para que se presente al cajero. Por la rapidez de estas operaciones puede ocurrir que se cambien los títulos correspondientes a cada volante y que el llegado en segundo lugar encuentre ya pagado su crédito a un portador que se evadió presuroso, muy satisfecho por haber cobrado una cantidad mayor que la que le correspondía. El Banco ¿tendrá que pagar de nuevo aquella suma al segundo portador, o deberá contentarse éste con lo que se le debía al que ocupó su puesto? El Establecimiento intentará oponerse a la pretensión del portador defraudado en su expectativa diciendo que nada le debe en virtud del cheque presentado por él, porque lo ha recogido ya. Pero el deudor no queda liberado si no paga al acreedor legítimo (art. 1.241 del Código civil). El Banco debía pagar al portador o al último endosatario del título, y lo hizo, por el contrario, al portador de un volante, que no era el equivalente del título; no pagó al legítimo acreedor, y, por lo tanto, tendrá que pagar por segunda vez. Si para facilitar sus propios servicios de contabilidad y de caja el Banco creó, bien fuese por pocos momentos, una situación capaz de producir equívocos peligrosos, deberá soportar los riesgos inherentes a la misma. Por tanto el portador que ofrece la prueba del equívoco producido en aquellas operaciones, que se cumplen sin ninguna intervención por su parte, tendrá derecho al pago que todavía no le fué verificado (2).

(1) Conforme Trib. federal suizo, 23 de Septiembre de 1898 (*Monit. Trib.*, 1899, 374; *Holdheim's Monatschrift*, 1899, 23).

(2) Así resolvió la Corte Anseática de Hamburgo, en 31 de Marzo de 1894, por sentencia confirmada por el Tribunal Supremo del Imperio de 3 de Noviembre de 1895 (*Norddeutsche Bank zu Hamburg contra K. BISKAMP*), en *Holdheim's Monatschrift*, 1895, pág. 50.

§ 106.—RELACIONES ENTRE LIBRADOR Y POSEEDOR.

Sumario.—1.421. El librador está obligado, normalmente, a garantizar el pago del cheque.—1.422. Pruebas que deberá aducir para liberarse de aquella obligación.—1.423. Cheque defectuoso.—1.424. La emisión del cheque no produce novación.

1.421. El librador, con la emisión del cheque, promete al poseedor el pago del librado, reforzando esta garantía con el auxilio del rigor cambiario. Si éste desaparece por la inobservancia de las formalidades y de los términos requeridos por la ley para el ejercicio de la acción de regreso, el librador queda obligado en razón de aquella promesa, por todo el plazo de la prescripción ordinaria, sea civil o mercantil (núm. 1.409). Cualquiera que sea el motivo por el cual el librado se niega al pago, bien sea legítimo o no, imputable al librador, al librado o debido a caso fortuito, el librador tiene que reembolsar al poseedor, porque le ha prometido, sin ninguna condición, el pago por parte del librado, compensando su libertad absoluta de disponer de la provisión, de emplearla de otro modo o de renovarla si se ha agotado después de la emisión, con la obligación de pagar al poseedor del cheque lo que esperaba del librado. Sólo en un caso, taxativamente previsto por la ley, queda liberado el librador: cuando su crédito frente al librado se haya perdido por demora del portador del cheque en exigirlo (art. 343), y, especialmente, en el caso de que el librado al que se hizo provisión haya quebrado después del vencimiento del cheque. Si el librado da en quiebra antes del término fijado por la ley para la presentación del cheque, el librador no puede imputar al poseedor el daño experimentado, quedando obligado a pagar el cheque (1).

1.422. El librador que quiera eximirse del pago deberá probar que la provisión existía al tiempo de la quiebra del librado y que el poseedor del cheque no lo presentó dentro de los términos legales, puesto que tiene que probar las circunstancias en las cuales apoya su liberación. A él le será fácil la prueba, porque la obtendrá de su contabilidad y registros, en tanto que el poseedor del cheque estaría desprovisto de todo documento apto para

(1) Casación de Florencia, 8 de Abril de 1895 (*Foro*, 717); Tribunal de Florencia, 10 de Marzo de 1892 (*Dir. comm.*, 915); GALLAVRESI, pág. 303; ERRE-RA, *Tem. ven.*, 1896, pág. 579; SUPINO, núm. 695.

probar la falta de la provisión. Probadas las circunstancias de las que resulta la caducidad del poseedor, éste podrá ejercitar en la quiebra del librado la acción del librador por cuantía equivalente al importe del cheque.

1.423. Si el cheque no pudo presentarse por defecto de Timbre, el poseedor no incurre en caducidad, pues el librador está obligado por la promesa de hacer pagar, que existe independientemente de la obligación cambiaria.

1.424. La emisión del cheque no produce ordinariamente ninguna modificación en el crédito fundamental, que continúa subsistiendo en estado de temporal inacción (núm. 1.119). Si el cheque se paga, el pago extingue el crédito fundamental en el mismo acto en que extingue el cheque. Si no se paga, falta la condición con la cual había sido aceptado por el tomador; el crédito fundamental recobra su eficacia y el poseedor del cheque puede utilizarlo si le conviene, por ejemplo, para reclamar intereses más crecidos, o garantías reales afectas al mismo.

§ 107.—RELACIONES ENTRE POSEEDOR DEL CHEQUE Y LIBRADO.

Sumario.—1.425. El librado no tiene ninguna obligación directa respecto al poseedor del cheque.—1.426. Quiebra del librador. 1.427. Muerte del librador.—1.428. Aceptación por el librado. 1.429. Presentación posterior al vencimiento.—1.430. El librador no está obligado frente al poseedor a mantener la provisión después del vencimiento.—1.431. Orden en el cual deberán pagarse los cheques.

1.425. La emisión del cheque no da lugar más que a dos relaciones jurídicas, que se apoyan ambas en el librador: la del librador con el librado y la del librador con el tomador. De la primera deriva principalmente la obligación del librado de pagar el cheque; de la segunda, la obligación del librador de garantizar dicho pago. La posición jurídica de estas dos personas, el tomador o el poseedor sucesivo del cheque y el librado, que deberán encontrarse en frente sin haber contratado nunca entre ellas, se regulará por el librador de manera que el derecho del poseedor coincida con la obligación del librado, de tal suerte que su encuentro produzca el resultado pretendido por él, o sea la extinción de su débito. Durante todo el proceso de emisión y de circulación del cheque, ningún vínculo jurídico liga al librado

con el poseedor; solamente el pago los pone en contacto y puede dar lugar a relaciones jurídicas entre ellos (núm. 1.411).

Todo el que adquiere un cheque debe confiar exclusivamente en el librador, porque sólo éste está obligado bajo graves sanciones civiles y penales a procurarle el pago. El título no ofrece ningún fundamento a una acción cambiaria del poseedor contra el librado, porque el cheque carece de su firma, ni a una acción ordinaria, porque el librado no ha querido contraer ninguna obligación ante el desconocido tenedor del título (núm. 1.390). Si el cheque no se paga, éste deberá acudir a aquel en quien depositó su confianza, esto es, al librador, y no podrá decir con verdad que ha contado con la solvencia del librado, porque ignora cuáles puedan ser sus relaciones de negocios con el librador, si ha recibido provisión suficiente y si podrá conservarla hasta el momento del vencimiento: aun el librado de mayor solvencia y seriedad puede rechazar un cheque cuando no ha asumido la obligación de pagarlo. El poseedor no puede proceder contra el librado, sino ejercitando el derecho del librador, como mandatario, como cesionario o como subrogado (art. 1.234 del Código civil); y resultará una acción de muy dudosa eficacia si el librador no la apoya ofreciéndole las pruebas de su crédito, porque el deber de probar la existencia de la provisión en poder del librado corresponde al poseedor del cheque (1).

1.426. Si el librador quiebra antes de la presentación del cheque, el librado que lo haya sabido deberá rehusar el pago del mismo, pues la quiebra del librador suspende todos los actos que puedan perjudicar su patrimonio, formando con él una masa cerrada en garantía de todos los acreedores. De los bienes de este patrimonio forma parte también la cantidad disponible en poder del librado, la cual deberá contribuir a integrar la masa. Un derecho de prelación o de separación sobre dicha provisión a favor del poseedor del cheque no se halla escrito en ninguna ley y, por lo tanto, deberá correr la suerte de todos los acreedores del librador. Para atribuir al poseedor un derecho propio sobre la provisión, sería necesario suponer que hubiese obtenido

(1) Véase el núm. 1.390.—No puede decirse contraria a esta doctrina la sentencia de la Corte de Venecia de 9 de Junio de 1893 (*Temí ven.*, 379), porque, si bien reconoció al poseedor de un cheque la acción contra el librado, esta acción podía muy bien ser la acción subrogatoria, puesto que la masa de los acreedores del librador quebrado había asentido al ejercicio de la misma. Conforme, Apelación de Génova, 4 de Junio de 1920 (*Temí gen.*, 190); Apelación de Genova, 11 de Enero de 1916 (*Temí gen.*, 73); Casación de Turín, 5 de Mayo de 1916 (*Riv. dir. comm.*, 674).

su cesión antes de la quiebra; pero ya hemos demostrado en otro lugar que esta doctrina es inconciliable con la disciplina del cheque, que reconoce al librador el derecho de disponer de la provisión hasta el momento del pago (1).

1.427. El librado puede pagar el cheque sin incurrir en responsabilidad alguna, aun después de la muerte del librador, porque sus herederos deben dar cumplimiento a sus obligaciones (2).

1.428. La aceptación consignada por el librado en el cheque no produce obligación cambiaria. La ley estableció cuáles son las firmas que, puestas en el cheque, engendran obligación cambiaria; tales son las del librador, de los endosantes y de los avalistas, no la del aceptante (art. 341). La institución de la aceptación es extraña a la función económica del cheque, instrumento de pagos y no de circulación, sirviendo sólo aquella para acreditar que el cheque no fué pagado a la presentación, como debía serlo, y, por tanto, puede solamente dar paso a la acción de regreso, como una negativa de pago. No se pueden poner en un cheque, con eficacia cambiaria, más que aquellas firmas que son compatibles con su capacidad fiscal; cuando se extiende en el cheque una aceptación, se stampa una firma por la cual no se pagaron los derechos fiscales y, por consiguiente, aquella firma

(1) Véanse los núms. 1.390 y 1.411.—SUPINO, 5.º ed., núm. 682; FRANCHI, núm. 99. GALLAVRESI (pág. 279) sostiene la opinión contraria, invocando el art. 298 del Código de Comercio, aplicable también al cheque, por el cual se prohíbe la oposición al pago, excepto en los casos de extravío del título o de quiebra del poseedor. Pero esta regla se refiere a los obligados cambiarios, no al librado que no contrajo ninguna obligación.—En la doctrina y en la legislación extranjera la cuestión es discutida. Reconocen al librado la obligación de no pagar cuando el librador se halla en quiebra, el Derecho inglés: KAPP, en *Goldschmidt's Zeitschrift*, XXX, pág. 380, nota 193; CHALMERS: *Digest.*, pág. 211; la ley austriaca de 3 de Abril de 1906, § 12; la ley alemana de 11 de Marzo de 1908, § 8.º; CONRAD, *Deutsches Scheckrecht*, Stuttgart, 1908, págs. 195 y 196; CANSTEIN, *Der Scheck*, Berlín, 1906, pág. 144; COHN, en *Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft*, XII, nota 200, y en *Endemann's Handbuch*, III, pág. 1.157; BIRNBAUM, *Goldschmidt's Zeitschrift*, XXX, págs. 17-21; RIESSEB, *Zur Revision*, II, pág. 279; K. LEBMANN, *Lehrbuch*, § 187, núm. 6.º.—Admite que el poseedor haya adquirido un derecho irrevocable a la provisión la doctrina francesa: véase LYON-CAEN y RENAULT, IV, núm. 576; pero lo hace procediendo por analogía con las reglas establecidas por aquel Código sobre la provisión cambiaria.

(2) Conformes, FRANCHI, núm. 98; GALLAVRESI, pág. 289; Ley austriaca de 2 de Abril de 1906, § 12; COHN, *loc. cit.*, nota 196; CANSTEIN, en la *Zeitschrift*, LXI (1907), pág. 84 y *Der Scheck*, Berlín, 1906, pág. 146; CONRAD, *Deutsches Scheckrecht*, Stuttgart, 1908, pág. 195.—En contra, los autores y las leyes que construyen la teoría del cheque sobre la del mandato: véase SUPINO, 5.º ed., núm. 684; el Derecho inglés, en KAPP, *Zeitschrift*, XXX, pág. 389, nota 194; CHALMERS, *Digest.*, pág. 211.

no es susceptible de producir efectos cambiarios (1). Finalmente, si la aceptación tuviese valor cambiario, el cheque usurparía fácilmente el lugar de la letra de cambio, consiguiendo una circulación amplia, con grave detrimento del fisco y de su función específica (2).

Sin embargo, la aceptación no destruye la eficacia cambiaria de las demás firmas puestas en el cheque, porque los actos posteriores a un acto válido no destruyen la originaria validez del mismo (3). Servirá como prueba de una obligación cambiaria, que da al aceptante la facultad de defenderse con todas las excepciones que permite el Derecho común contra cualquier poseedor del cheque.

1.429. El poseedor del cheque puede presentarlo en cualquier día, dentro del término legal de ocho o quince días (artículo 342), y si el librado se niega al pago, acaso por no haber recibido el aviso, puede volver a presentarlo, siempre que no deje transcurrir aquellos plazos sin levantar el protesto. El poseedor da a la presentación el significado de un requerimiento definitivo de pago; pero, si prefiere dar a la primera presentación el significado de un aviso, de una notificación amistosa, y quiere repetir más tarde la prueba, con ello se beneficiarán todos los in-

(1) Texto único de 9 de Enero de 1918, núm. 135, Tarifa, Anexo A, art. 30, que sujeta al timbre de 20 céntimos los cheques bancarios emitidos de conformidad con el Código de Comercio.

(2) Compárese FRANCHI, núm. 75; BONELLI, *Rivista di dir. comm.*, 1911, 436 (apartado núm. 14); Apelación de Génova, 13 de Junio de 1902 (*Temì genov.*, 375). En el mismo sentido, todas las leyes más recientes; la aceptación se halla expresamente excluida por el Código suizo, art. 834: «No tienen lugar para el cheque la presentación para la aceptación ni la aceptación»; Código mejicano, art. 557: «Los cheques no son susceptibles de aceptación»; Código argentino, art. 840; Ley austríaca de 3 de Abril de 1906, § 7.º; Ley alemana de 11 de Marzo de 1908, § 10 (tanto para la ley austríaca como para la alemana la aceptación se tiene por no escrita); Ley húngara de 28 de Diciembre de 1908, § 7.º; Ley noruega de 3 de Agosto de 1897, § 8.º; Ley danesa de 23 de Abril de 1897, § 8.º; Ley sueca de 24 de Marzo de 1898, § 8.º.—Atribuyen fuerza cambiaria a la aceptación: Apelación de Génova, 23 de Marzo de 1910 (*Monitore*, 507); GALLAVRESI, página 213; VIDARI, VIII, núm. 7.338; SUPINO, núm. 708; COHN, en *Endemann's Handbuch*, III, pág. 1.157, notas 130 y sigs.; LEHMANN, *Lehrbuch*, § 187, núm. 5.º; CANTSTEIN: *Goldschmidt's Zeitschrift*, LXI (1907), pág. 51; CHALMERS, *Digest.*, pág. 207; WALKER, pág. 71; KAPP, en *Goldschmidt's Zeitschrift*, XXX, pág. 396, nota 241; según el Derecho Inglés la aceptación puesta en el cheque es válida como obligación cambiaria irrevocable (*Negotiable instruments law*, § 323).

(3) Argumento inferido del art. 58 del Código de procedimiento civil.—Compárese Casación de Roma, 8 de Noviembre de 1890 (*Foro*, 1891, II, 166); «La aceptación del librado no evita al librador la sanción del art. 344 y no constituye presunción a favor de la existencia de la provisión»; Tribunal de Catania, 19 de Noviembre de 1889 (*La Legge*, 1890, I, 569).

teresados, que evitarán los gastos y las molestias de un protesto (1).

El requerimiento de pago puede hacerse por el poseedor del cheque aun después de pasados los plazos fijados por la ley para formular el protesto, y el librado que tenga todavía en su poder cantidades disponibles por cuenta del librador, deberá pagarlo, si no quiere incurrir en responsabilidad frente al librador, que puede resultar perjudicado por la negativa y por el ejercicio de la acción de garantía (2). Si el librado tiene derecho a pagar el cheque aun después de levantado el protesto (art. 302), es evidente que el poseedor podrá facilitarle el ejercicio de ese derecho requiriéndole al pago. Esta doctrina acrece la utilidad de los cheques, porque mantiene al poseedor la posibilidad de exigir la cantidad en el lugar indicado por el cheque aun después del vencimiento y procura al librador el beneficio de disfrutar por mayor plazo los intereses de la provisión depositada en poder del librado y el crédito que la misma le proporciona (3).

1.430. El librador no está obligado, frente al poseedor del cheque, a dejar la provisión en manos del librado después de los plazos legales, porque, hallándose expuesto a la acción de garantía ejercitada por el propio poseedor o por un cesionario, debe estarle permitido retirar los fondos necesarios para el pago; de lo contrario, tendría que estar preparado para pagar una cantidad doble de la representada por el cheque.

Por eso no puede decirse que contravenga a la ley el librador que emite nuevo cheque contra la provisión que hubiese sido agotada por un cheque anterior, si ha transcurrido inútilmente el término en que este último debía ser presentado. Recobra así la facultad de disponer de aquella provisión con nuevos cheques, a medida que pasan los términos dentro de los cuales debía estar afecta al pago de los cheques ya emitidos. Mediante la emisión de estos nuevos cheques, podrá procurarse los fondos necesarios para pagar a los poseedores de los cheques anteriores, que procedan contra él por vía de regreso o de garantía.

(1) Conforme Apelación de Casale, 1.º de Abril de 1896 (*Giurispr. ital.*, 376).

(2) Puede suceder, no obstante, que, por acuerdos celebrados entre librador y librado, éste no deba atender los cheques presentados después de los plazos legales, con objeto de que el librador pueda recobrar, después de los mismos, la libertad de disponer de la provisión con nuevos cheques.

(3) Conformes, FRANCHI, núm. 104; SUPINO, 5.ª ed., núm. 699. — Sin embargo, esta doctrina tiene el inconveniente de que el librador, ignorando el pago del cheque verificado después del vencimiento de los términos, corre el riesgo de emitir nuevos cheques sin provisión.

1.431. Los cheques pueden y deben pagarse, salvo que existan otras instrucciones del librador, según el orden con que se presentan, aun cuando el librado haya recibido el aviso por cheques emitidos anteriormente o haya puesto ya el visto en otros cheques, porque el visto no le obliga al pago. Los que lleguen cuando la provisión se haya extinguido serán devueltos sin ninguna responsabilidad para el librado (1).

Si se presentan simultáneamente varios cheques de fecha distinta, el librado deberá preferir el que tenga la fecha más atrasada, porque el que fué emitido cuando la provisión no se hallaba ya disponible no es cheque regular (2). Si llevan la misma fecha, deberá preferir, por la misma razón, el que tenga el número inferior.

(1) Conformes, FRANCHI, núm. 105; GALLAVRESI, pág. 287; COHN, en *Endemann's Handbuch*, III, pág. 1.156; LYON-CAEN y RENAULT, IV, núm. 576.

(2) A la misma solución llegan los autores que, como FRANCHI (núm. 106) y GALLAVRESI (pág. 287), atribuyen al cheque la virtud de transferir la provisión, considerando que no se puede ceder por segunda vez lo que ha sido ya cedido.