

LOS TITULOS DE TRADICION EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO

POR

ALFREDO ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR

CAPITULO I

INTRODUCCION

1. El concepto de título de tradición.
2. La función económica de los títulos de tradición.
 - a) La inmovilización física de las mercaderías y su movilización económica.
 - b) Las operaciones sobre mercadería en transporte y depositadas.

EL CONCEPTO DE TITULO DE TRADICION

A continuación damos el resultado de una elaboración ulterior. Hemos considerado interesante consignarlo a modo de guía, y como punto de partida de toda la investigación que le sigue.

«Son títulos valores, aquellos cuya posesión con arreglo a la ley de circulación del título atribuye el derecho a exigir la entrega de

las mercaderías, confiriendo la posesión de éstas y el derecho de disponer de las mismas a través de los actos de disposición sobre el título».

LA FUNCION ECONOMICA DE LOS TITULOS DE TRADICION

Si nos preguntamos la razón de existir de los títulos de tradición tendremos que acudir al contenido económico del derecho. El transporte aparece como el acto complementario de la compra-venta, que facilita la movilización de las mercaderías. Esta movilización se hace cada día más exigente. El tráfico moderno de enormes cantidades de materias primas y productos elaborados, impone como una exigencia práctica la articulación de medios jurídicos que permitan hacer efectivo ese valor económico, mientras se halla físicamente inmovilizado. El trigo embarcado o depositado al final del viaje en unos almacenes generales, no representa ya una mercancía que durante cierto tiempo está excluída del tráfico; es en todo momento un valor patrimonial efectivo realizable.

Las nuevas perspectivas del tráfico internacional, el desarrollo que en cierto sentido podemos esperar de la trabazón de la economía mundial, nos inducen a plantear una investigación sobre el concepto, la naturaleza y las funciones que cumplen los títulos de tradición.

Los títulos de tradición no suponen únicamente la posibilidad de hacer efectivo un crédito, sino que además, confieren el derecho a disponer de las mercaderías a través de los actos de disposición sobre el título. Representan un grado más de evolución en la marcha constante hacia la objetivización de las obligaciones. La obligación, entendida como relación entre dos personas determinadas, ha sufrido una radical transformación en el derecho moderno por influencia de las exigencias del tráfico. Toda sustitución en los elementos constitutivos significaba anteriormente, una novación. Hoy, sin embargo, los títulos de crédito, incorporando esa obligación a una cosa del mundo físico,—a un trozo de papel—

cargan la nota sobre el lado económico; ya no interesa tanto la persona del deudor, como la efectividad de la prestación.

De los tres elementos clásicos que se estudian en la obligación: los sujetos, activo y pasivo; el vínculo; y la prestación, al derecho mercantil le interesa fundamentalmente el último. No creemos, sin embargo, que sea preciso llegar a configurar la obligación según años atrás se quiso, como relación entre dos patrimonios, porque a obligación ha sido siempre y seguirá siendo, la relación de derecho entre dos personas. Hoy una presión económica incontenible, respetando su esencia, modifica la concepción primitiva en el sentido de transformarla en elemento jurídico-económico circulante.

El carácter apersonal del Derecho mercantil configura muy pronto la obligación como una mercancía. Al comerciante le interesa disponer para su negocio de aquel elemento patrimonial, sin pararse a discutir posibles sutilezas jurídicas sobre el concepto y esencia de la obligación; de aquí que se haya pronunciado abiertamente por la transmisibilidad de las obligaciones. El elemento humano personal apenas le importa. A un deudor del que solo interesa conocer su solvencia económica, corresponde un acreedor también desdibujado. Solo en el momento económicamente interesante, el del pago, se concretan las dos personas, acreedor que exige y deudor obligado, para inmediatamente desaparecer. Mientras tanto la obligación ha circulado siendo objeto de infinidad de negocios que representan la enorme movilidad del crédito y tráfico moderno en materia de títulos valores. La obligación en cierto sentido sufre un proceso de cristalización y rígidamente articulada en un título valor emitido a la orden o al portador, se hace especialmente apta para la circulación. El elemento dinámico del Derecho mercantil encuentra en los títulos de crédito su exacta dimensión.

Pero faltaba avanzar en este camino. No interesa tanto un crédito dirigido a la entrega de una suma de dinero, sino incidir sobre la construcción clásica de los derechos reales, modificando y

superando los obstáculos de un derecho pensado para estadios de cultura infinitamente más primitivos. Los títulos de tradición incorporan ya un poder de disposición real sobre las mercaderías almacenadas o en transporte, sin que vaya aparejada la movilización física de las mismas. La venta y los negocios de crédito van a tomar un notable incremento. Es posible, aprovechando las circunstancias del mercado, disponer de unas cosas para obtener el reingreso del capital, o bien obtener el dinero necesario utilizando el crédito (1).

En definitiva los títulos de tradición tienen la siguiente significación económica:

a) Son el medio técnico-jurídico para la movilización y transmisión de las mercaderías.

El Derecho mercantil ha encontrado en los títulos de tradición el instrumento más apto para el ejercicio de los poderes reales de disposición sobre las mercaderías depositadas o en transporte. Representan un avance sobre las viejas exigencias en materia de constitución y transmisión de derechos reales, como expresivas de una organización económica menos dinámica. En tanto que los documentos confieren la posesión de las mercaderías se hace posible por medio de los mismos la constitución de derechos reales sustituyéndose las cosas por el título.

b) Son el medio más apto para la constitución de prenda y sirven así de instrumento del crédito. Alta significación tienen los títulos de tradición como instrumento del crédito. La configuración de los títulos como títulos valores, la incorporación del derecho al título, permiten, a través de los requisitos generales de entrega del mismo y aposición de la cláusula apropiada, la constitución en prenda de las mercaderías, sin necesidad de cambio material alguno en su situación física. El crédito real posibilita una prenda rápida en cuanto tiene la garantía segura de las mercaderías depositadas.

(1) Una forma especialmente apta es el *crédito documentado*. Cf. Polo en Rv. Der. Privado, S. 5 enero de 1942.

Títulos de tradición y prenda sin desplazamiento se complementan. La prenda sin desplazamiento permite conciliar los intereses de la producción con las exigencias de la garantía. Así los títulos de tradición hacen posible la utilización del crédito sin mengua de la circulación efectiva de las mercaderías, la prenda sin desplazamiento permite en aras a los intereses de la producción nacional que el usuario de los bienes pueda acudir en un momento determinado a las ventajas del crédito.

CAPITULO II

LOS TITULOS DE TRADICION COMO TITULOS VALORES

1. Delimitación del concepto de título valor.
2. Los títulos de tradición como «species» dentro de la categoría general de títulos valores.
3. Posibilidad de construir una doctrina unitaria sobre títulos de tradición en derecho español.

DELIMITACION DEL CONCEPTO DE TITULO VALOR

Para nosotros la mejor definición es la del profesor Garrigues, a la que añadimos tan solo una determinación económica: «Título valor—será pues—un documento sobre un derecho privado, de contenido económico, cuyo ejercicio está condicionado jurídicamente a la posesión regular del documento».

Los principios fundamentales de la materia son los siguientes:

- 1) Documento y derecho se hallan en una especial conexión, que hace seguir al derecho la suerte del título, de tal forma que los derechos derivados del papel siguen a los derechos sobre el papel.
- 2) La posesión del título, según su propia ley de circulación, es la condición necesaria y suficiente para el ejercicio de los derechos incorporados.

3) El derecho se ejercita según el contexto literal del documento.

4) El adquirente de buena fé, obtiene una posición autónoma, inmune a las excepciones oponibles a los anteriores poseedores.

5) El título es irrevindicable de manos del poseedor de buena fé.

6) En los títulos de tradición, la posesión del título no solo atribuye el derecho a exigir la entrega de las mercaderías, sino además, la posesión de éstas y el derecho de disponer de las mismas, a través de los actos de disposición sobre el título.

Estos principios fundamentales no son llevados a sus últimos desarrollos lógicos en el mismo grado en todas las legislaciones. La construcción sufre deformaciones que no permiten el juego libre de las bases de partida en esta especial institución jurídica.

Las exigencias de la práctica, el juego de los intereses determinan que los principios teóricos no sean siempre rigurosamente observados.

La elaboración de la teoría general de los títulos valores es relativamente moderna. Incluso el mismo nombre (*Wertpapier*) no aparece en el Código de comercio alemán de 1862. La conexión de derecho y documento fué puesta de relieve por Savigny, que lanzó la metáfora de la «incorporación» para explicar la unidad que se forja entre derecho y cosa del mundo físico en que éste se materializa. Otro gran jurista Thöl, atrajo la atención sobre el contenido patrimonial del derecho incorporado y Brunner precisó las diversas funciones que en relación al derecho cumple el documento.

Hoy se encaja dentro del Derecho de las cosas mercantiles, la teoría general de los títulos valores. En cuanto el título valor es una cosa mueble, queda bajo el imperio de las normas que las disciplinan. En cuanto este título no es solo una cosa, sino que además confiere la posesión de otras, a través de la posesión del título y de las facultades de disposición sobre el mismo, los proble-

mas, se complican. El título valor, cuya función económica quedó explicada como instrumento para la movilización de las obligaciones, hace posible ya la movilización económica y jurídica de las mercaderías en transporte y depositadas.

Los principios generales de la teoría no pertenecen a la mera abstracción conceptual. Por el contrario, son la expresión racional de los intereses en juego. Que los títulos valores sean títulos de circulación, que la incorporación del derecho al título sea plena, y que este derecho se ejercite según el contenido, literal del documento, sin que pueda ser modificado por una ninguna circunstancia anterior ni posterior, así como la posición autónoma del poseedor de buena fé, son exigencias de la vida real, de los hechos que están por encima de la seca abstracción y del puro juego de conceptos.

El derecho al incorporarse a un documento adquiere en cierto modo una materialización de la apariencia jurídica, de tan fecundas consecuencias en el campo del Derecho. No necesitamos recurrir al viejo concepto de la cesión, con todas las dificultades y riesgos que éste lleva aparejados. La transmisión exige rapidez y seguridad. Lo decisivo no es ya el derecho, que se hace preciso concretar tras arduas investigaciones, sino ese mismo derecho tal y como es, tal y como puede ser ejercido.

Desde el momento en que el derecho se incorpora a un título valor la adquisición, la transmisión y la legitimación para el ejercicio se hacen extraordinariamente fáciles. Los títulos valores permiten:

- 1.º Mediante unos fáciles requisitos de legitimación y la exhibición del documento, el ejercicio del derecho escriturado.
- 2.º Este derecho se ejercita según el tenor del título. Ninguna circunstancia extraña al mismo puede modificar el contenido ni la eficacia del derecho literal.
- 3.º El adquirente de buena fé obtiene una posición autónoma.
- 4.º La posesión es siempre condición necesaria, pero también

suficiente, para el ejercicio de los derechos, siempre que se haya adquirido con arreglo a la ley de circulación del título.

5.º La propiedad del título confiere la titularidad de los derechos escriturados.

LOS TITULOS DE TRADICION COMO «SPECIES» DENTRO DE LA CATEGORIA GENERAL DE TITULOS VALORES

Todo título valor incorpora un derecho de crédito. Los títulos de tradición suman el poder de disposición sobre las cosas. Esta última nota, les constituye en un apartado especial dentro de la categoría general de títulos de crédito formada por los títulos de transporte; conocimiento y carta porte y por el resguardo de depósito.

Este señorío real sobre las cosas es lo que complica los problemas peculiares a esta institución jurídica. De un lado porque se precisa en cada momento tener en cuenta las cuestiones sobre el concepto, transmisión, legitimación, titularidad, literalidad y posición autónoma que son propias de los títulos de crédito; de otro, porque nuevas cuestiones se formulan acerca de la incorporación del derecho al título, respecto a posesión y propiedad de las mercaderías, la transmisibilidad de aquélla, su constitución en prenda, etcétera. Cuestiones referentes al derecho y cuestiones referentes al título se entrecruzan de tal forma que toda consideración aislada tanto del derecho como del documento no alcanza a dominar la complejidad del problema. Los títulos de tradición tienen las siguientes características diferenciales:

1.ª El título de tradición no escritura un crédito dirigido a la entrega de determinada cantidad de dinero sino de mercaderías depositadas o en transporte. Estas mercaderías especificadas, de acuerdo con los preceptos y disposiciones que regulan la carta de porte, el conocimiento y el resguardo, pueden serlo de forma más amplia que el sentido estricto de la palabra especificación, de tal forma que en algunos casos se admite que la referencia a las cali-

dades o clases admitidas generalmente en el comercio. (Cf. art. 198 C. d. c. en relación con el 31 del R. D. 22 de sept. de 1917: es bastante para determinar esta especificación, suficiente en el tráfico. Piénsese en las mercaderías depositadas en un silo).

2.^a Los títulos de tradición confieren además un poder real sobre las mismas, que se manifiesta en el paso de la posesión a los sucesivos poseedores regulares del título.

3.^a Los títulos se sustituyen a la tradición real de las cosas. Desde el momento en que se ha emitido un título de tradición no es posible transmitir la posesión si no es por intermedio del título.

4.^a El poseedor regular del título ejercita su posesión, a través de un instrumento consciente de la misma. (Depositario, transportista o capitán en el concepto de poseedor mediato de la mercadería, art. 432 C. c.)

5.^a El poseedor regular del título tiene la posesión del derecho sobre las mercaderías.

6.^a El derecho escriturado en un título de tradición no es un derecho dirigido a obtener una prestación genérica, sino un derecho actual de posesión sobre cosas existentes y especificadas.

POSIBILIDAD DE CONSTRUIR UNA DOCTRINA UNITARIA SOBRE LOS TITULOS DE TRADICION

Teóricamente los títulos de tradición pueden ser reconducidos a una teoría unitaria. Precisa, sin embargo, no olvidar la conexión con los preceptos de nuestro derecho positivo y someter la posible construcción a las normas legales que disciplinan la materia.

La observación del sistema español no puede quedar limitada solo a los preceptos de la legislación. En este campo, los usos muestran su eficacia normativa y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo completa las declaraciones legales, en sus pronunciamientos constitutivos de *doctrina legal*.

De las normas de nuestro Código de comercio se deducen las características generales de los títulos de tradición.

El aspecto jurídico real y jurídico obligacional aparece en diversos preceptos.

a) Por el lado exclusivamente real se orienta el artículo 195 del C. d. c. al expresar que el poseedor de los resguardos «tendrá pleno dominio sobre los efectos depositados...»; la misma fuerza real se deriva de los preceptos del R. D. de 22 de septiembre de 1917, especialmente del art. 16, que especifica cómo la cesión de los dos resguardos (de garantía y depósito) producirá «la traslación absoluta de dominio». En este sentido es también interesante el artículo 708 del C. d. c. referente al conocimiento de embarque, cuando advierte: «aquel a quien se transfiera el conocimiento adquirirá sobre las mercaderías expresadas en él todos los derechos y acciones del cedente o endosante»

El *paso de la posesión* a los sucesivos poseedores regulares del título queda de manifiesto en los arts. 195, del C. d. c. «el poseedor de los resguardos tendrá pleno dominio» y 16 del R. D. 22 de sept. de 1917, «la entrega del resguardo de garantía sin llevar aneja la del resguardo de depósito no transmitirá el dominio (pero sí la posesión, requisito esencial para la constitución en prenda) de los productos depositados, sino que significará solamente que quedan pignorados». También de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 708, queda admitido el paso de la posesión a los sucesivos adquirentes del título.

De todas formas los títulos se sustituyen a la tradición real de las cosas. Tradición que según el sistema de adquisición de derechos reales de nuestro ordenamiento positivo, es requisito inexcusable (cf. art. 609 del C. c.)

Esta exigencia de tradición es la que suplen los títulos. La evolución espiritualista de ésta alcanza su máxima expresión en los títulos que tomen su nombre. No es única la misión de los documentos, y dentro de su vario contenido, una de las posibilidades que conceden es precisamente facilitar la adquisición de derechos reales a través de un procedimiento rápido y expeditivo.

Esta posesión según dijimos, es una posesión mediata. El po-

seedor regular del título la ejercita por medio de un instrumento inteligente depositario, el transportista o el capitán del buque.

Esta posesión se adquiere según el concepto del art. 438, «por el hecho de quedar éstos (cosa o derecho) sujetos a la acción de nuestra voluntad», y se mantiene por medio de instrumento consciente de la misma. El depositario, el transportista y el capitán son poseedores a nombre de otro (art. 431 C. c.) y tienen la cosa para conservarla perteneciendo al dominio a otra persona (artículo 432 C. c.) siendo esta otra persona el titular del derecho escriturado en un título de tradición.

La doctrina en relación especialmente con la posesión del capitán,—pero con la posibilidad de generalización a todos los poseedores inmediatos de cosas cuyo dominio o posesión mediata pertenece a otra persona—ha sostenido que se trata de una posesión que nace en virtud de un mandato conferido al capitán o transportista, por el tenedor del título de una manera expresa o tácita, según que el adquirente designe al transportista o deje su elección al cargador o bien que esta posesión la ejercite como tercero elegido entre las partes.

Goldschmidt sustenta que el capitán en su caso, es un representante del cargador o depositante en favor de los sucesivos tenedores del título. Vivante cree que es posible que el depositario (capitán, transportista) detente por cuenta de una persona incierta.

En todo caso conviene no olvidar que el depositario, el transportista y el capitán no son puros instrumentos inconscientes de la posesión del tenedor del título. Tienen un interés en cumplir sus obligaciones, interés que va unido al hecho de una especial posesión que mantienen, independientemente de la que gozan como instrumentos de la posesión de otro. La doctrina inglesa califica esta posesión de «*special property*» (propiedad especial).

El derecho a obtener la entrega, cargando sobre la nota *obligacional* queda expresado en los artículos 353-2.º (referente al canje de la carta de porte por las mercaderías) y 358 «el porteador de-

berá entregar sin demora ni entorpecimiento alguno al consignatario los efectos que hubiera recibido, por el solo hecho de estar designado en la carta de porte para recibirlos». La obligación de restitución en relación con las compañías, de almacenes generales de depósito queda expresada en el art. 306, relativo al contrato de depósito del C. d. c. «El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito, según la reciba y devolverla con sus aumentos cuando el depositario se la pida». El conocimiento aparece también como título jurídico obligacional. «Los conocimientos producirán acción sumarísima o de apremio según los casos, para la entrega del cargamento..» dice el art. 715. (cf. además arts. 716, 717, 718).

Compete al poseedor regular del título el ejercicio de la posesión del derecho sobre las mercaderías, sin entrar en cuestiones de titularidad. Legitimado para el ejercicio de los derechos derivados del título está el poseedor regular del mismo, entendiendo por poseedor regular aquel tenedor del documento según su ley de circulación. Ahora bien, el ejercicio del contenido de un derecho tenido y considerado independientemente de su existencia verdadera, (Chironi-Planiol), le referimos nosotros a la posesión de ese derecho. El sentido que hay que dar a la última parte, «tenido y considerado independientemente de su existencia verdadera» es precisamente lo que afecta a la titularidad. En el tráfico basta con la legitimación que proporciona el hecho material visible de la posesión del título; el poseedor no ha de probar su propiedad del título y por lo tanto, la titularidad del derecho; se aprovecha de la función complementaria y supletoria que la posesión cumple respecto a la propiedad y ejercita las facultades inherentes a su posición jurídica con plena independencia.

Todas las cuestiones aquí apenas esbozadas tendrán amplio desarrollo más adelante. A ello nos remitimos.

En oposición a otras categorías de títulos valores que solo confieren el derecho a obtener determinada cantidad de dinero, los títulos de tradición confieren un derecho actual de posesión sobre

cosas existentes y especificadas. Esta especificación presionada por las exigencias del tráfico tiene un margen más amplio, que el concepto ordinario de la misma. Así la utilización de las cláusulas de irresponsabilidad (p. e. j. «ignoro peso y contenido») no hace perder al documento su calidad de título de tradición, siempre que se respeten sus características esenciales. Este desplazamiento de la carga de la prueba y de la responsabilidad viene determinado por peculiares exigencias de rapidez del tráfico que han motivado su modificación en cierto sentido la rigurosa exigencia de especificación de las cosas.

Las cosas existen en el momento de la emisión del título. Este precisamente articula la tradición de las mismas, la cual no sería posible si las mercaderías no existiesen ya en el momento del nacimiento del título valor.

Esta especificación se deduce del párrafo 2.º del art. 194 (estos resguardos expresarán necesariamente la especie de las mercaderías con el número o la cantidad que de cada uno representa), de los requisitos que exige el art. 19 del R. D. de 22 de septiembre de 1917 «relación de los bienes depositados, señalando su naturaleza, peso, envase... y demás datos que sirvan para la individualización con arreglo a las prácticas establecidas en el comercio respecto de los mismos»; el mismo criterio de especificación se deduce del art. 31 al regular el caso de pérdida parcial de las mercaderías depositadas.

La especificación se consigue también con el cumplimiento de los requisitos exigidos en la carta de porte (cf. art. 350 C. d. c.), así como en las menciones del conocimiento (cf. art. 706-6). La obligación de entrega del depositario, transportista o capitán consistente en entregar una cosa de calidad y circunstancias determinadas, lo cual determina la especificación (cf. a «sensu contrario» artículo 1.167 del C. c.)

CAPITULO III

1. Antecedentes históricos de los títulos de tradición.
2. La precisión de su concepto por las exigencias del tráfico en masa, propio de la economía moderna.
3. Los caracteres generales de los títulos de tradición en los diversos ordenamientos jurídicos. La identidad de necesidades lleva a identidad de normas.

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS TITULOS DE TRADICION

Viva está en la conciencia de los comerciantes la misión representativa de los títulos de tradición. Que la carta de porte, el conocimiento y el resguardo se den y reciban en el tráfico como las cosas que representan es un hecho que en la realidad del tráfico no está sujeto a discusión. Otra cuestión es la justificación teórica de esta realidad y el examen científico de los problemas que se suscitan.

En la doctrina, en nuestro derecho positivo, por obra de la Jurisprudencia y en virtud de un uso normativo, el efecto real de los títulos de tradición ha quedado reconocido plenamente en nuestra Patria.

El desarrollo histórico de los títulos de tradición está íntimamente unido al tráfico de las naciones del Sur de Europa, que adquiere un especial desarrollo a partir del siglo XIII. Los registros marítimos y los almacenes generales de depósito admiten mediante la inscripción en los libros adecuados, la transmisión de la propiedad y la constitución en prenda.

Anteriormente, tanto el conocimiento como el resguardo no tenían sino el carácter de meros recibos de las mercaderías entregadas. A partir del siglo XIII su significación jurídico-económica se incrementa. Los títulos de tradición adquieren el carácter de títulos de entrega contra su presentación. Sin la entrega del título no es posible obtener la devolución de la mercadería. El efecto real de los títulos de tradición es fruto de una evolución más tardía.

Goldschmidt cree que puede afirmarse con carácter general, que adquieren este carácter a partir del siglo XVII. Casos aislados de admisión del efecto real de la transmisión del conocimiento los ha encontrado Goldschmidt en el «*Statuto di mercanzia*» florentino de 1577, y en los Statutos de Génova de 1589.

Brunner, en cambio, encuentra su origen en los documentos francos, que constituyen el origen directo del desenvolvimiento posterior. Dichos documentos servían tanto para la transmisión como para la constitución de derechos reales sobre las cosas.

Heymann apoya toda su construcción en el desarrollo de la *traditio cartae*, que desde la Edad Media sirve para toda clase de negocios sobre bienes inmuebles, así como la constitución de derechos reales sobre los mismos. Esta tradición simbólica se aplicaba a la transmisión de esclavos, según ha demostrado la investigación en los archivos de los notarios italianos y marseleses. Otros bienes muebles fueron traídos en la misma forma e incluso se encuentran ejemplos de la venta de un cargamento a bordo de un navío (1).

Esta práctica de realizar la tradición de los bienes muebles a través de documentos notariales fué ya atestiguada por los glosadores y postglosadores que bajo el influjo de las concepciones romanas lucharon contra ellas sin poder detener, sin embargo, el curso de los hechos. No solo la tradición por documentos servía para la transmisión de la posesión sino también para la constitu-

(1) «Ego cedo et trado tibi, omnia jura et omnes acciones reales et personales, directas et útiles, seu mixtas reique persecutorias, quecumque et quascumque habeo vel habere debeo seu mihi competunt vel competere possunt contra quacumque personam in VI botis quas habei in nave que dicitur. Signus et in intrata seu nauo percepto seu percipiendo de dictis VI botis, dans et concedase tibi licenciam et liberam facultatem ut tu, ex juribus et accionibus a me tibi datis et cassis, inde agere et expediri possis directe et utiliter et accipere et replicare contra quascumque personas et de calumpni et omnia demun facere quacumque ego facere possem per hanc cessionem a me tibi factam et tanquam in rem tuam procuratorem inde te facio et constituo. Cit. por Heymann, página 192, del trabajo de Blancard» Documents inédits sur le commerce de Marseille, 1884, Notario Amalric. n.º 493, 14 de abril de 1248.

ción de prenda sobre muebles, y muy pronto aparecieron las prendas constituídas sobre buques y partes de los mismos.

El derecho europeo muestra como las mismas necesidades llevaron a desarrollos similares. En Francia, el sistema actual de transmisión del dominio por el mero acuerdo de voluntades, trae origen de la *traditio cartae*. Esta posibilidad de rapidez en el tráfico se extendió a todas las tierras que intervenían en la vida del Occidente Europeo.

De acuerdo con el *Common Law*, la transmisión del dominio y la prenda es posible constituirla a través de documentos (deed). Esta forma pasó de los inmuebles a los muebles y estaba plenamente reconocida hacia fines del siglo XIII.

Dos elementos distintos, vinieron a refundirse en una síntesis que tomó parte de ambas concepciones. La influencia romanística en Italia, configuró la transmisión de la propiedad a través de la carta, como equivalente a la transmisión real de la posesión, entendida según la concepción jurídica romana. Otra dirección, enlazada más directamente con la concepción germánica de la *Gewere* y aprovechando claras influencias de la escolástica afirmaba que la posesión del título representaba la posesión de las mercaderías.

Se trataba de un desarrollo de la transmisión germánica a través de símbolos, cuando la investidura real no podía tener lugar. La transmisión instrumental se usó no solo para los inmuebles (inscripción en los libros de registro), sino en gran medida también en cuanto hacía referencia a los bienes muebles.

La vuelta a una tradición romanística, con Savigny modificó toda una técnica jurídica creada en el paso de los siglos. Sin embargo, a través de los usos del tráfico el efecto real de los títulos, y su función respecto a la tradición se iba abriendo paso.

LA PRECISION DE SU CONCEPTO POR LAS EXIGENCIAS DEL TRAFICO
EN MASA PROPIO DE LA ECONOMIA MODERNA

La Edad Moderna impulsó el tráfico comercial a extremos antes apenas sospechados. La expansión económica de las nuevas tierras que se incorporaban a la economía mundial, las doctrinas mercantilistas, el afán expansivo del hombre del Renacimiento, la creación de las sociedades anónimas, el desplazamiento del centro comercial del mundo medieval, desde el Mediterráneo al Atlántico, el crecimiento de la población y las transformaciones industriales, fueron factores que impulsaron un desarrollo de los títulos de tradición que van perfilando sus caracteres actuales.

Un tráfico marítimo cada día más intenso; la apertura de nuevas vías de comunicaciones interiores; la necesidad de guardar los productos provenientes de las colonias, obteniendo una segura y eficaz custodia, son datos reales que no podían menos de influir sobre los documentos, expresión jurídica de la circulación a ritmo cada día más vivo, de las mercaderías y materias primas que aflúan a los puertos de Europa para luego distribuirse por todo el Continente.

El efecto real del conocimiento, aparte de sus otras funciones, comienza a insinuarse durante el siglo XVI y adquiere trazos definitivos en el siglo XVII. Desde esta época una sólida y cimentada costumbre mercantil admite que el título permite obtener un poder real de disposiciones sobre las mercaderías embarcadas. En Inglaterra aparece ya como precedente en una decisión del siglo XVII (Evans v, Marlett) El «*leading case*» en este aspecto es el de Lickbarrow, v, Masón del año 1794, donde se afirmó como «*the custom of merchants*». Afirmaciones parecidas se encuentran en los comentaristas de la época respecto al derecho francés y alemán.

Paralelo a este desarrollo del conocimiento, el resguardo adquiriría carácter real. Hacia la primera mitad del siglo XVIII la Compañía de las Indias Orientales (East India Company) admitía ya este efecto real que se desarrolló según los usos del tráfico y de acuerdo con los precedentes judiciales. Pero tanto en relación con

el conocimiento como en lo que respecta al resguardo de depósito era Holanda la que en estos años marchaba a la cabeza. Desde 1602 en que se fundó la Compañía Holandesa de las Indias, se admitían resguardos que obligaban al factor del establecimiento a realizar la devolución de las mercaderías a los en ellos designados. Estos documentos se expedían a favor de los compradores de las mercaderías depositadas, adquirentes de las mismas en subasta, los cuales podían a su vez transmitirlos, siendo objeto de activo tráfico en los puertos holandeses.

Con el comienzo del siglo XIX, los recibos de los almacenes generales fueron emitidos por el factor, y después de que se permitió endosarlos, el reconocimiento del efecto real de los resguardos se hizo general en todos los almacenes tanto particulares como estatales. En Inglaterra la sanción legislativa,—después de haber obtenido la sanción consuetudinaria—la dieron la «*Factors Act*» de 1877 y el «*Bill of Warrans*» de 1887. La doctrina inglesa durante el siglo XIX se mostró conforme con designar al conocimiento como símbolo de las mercaderías.

El tráfico moderno fué el que creó las nuevas fórmulas de crédito documentado y letra documentada, para cuya efectividad se hacía preciso una determinación exacta del carácter real del conocimiento de embarque. La importancia del tráfico interior, con la red internacional de vías férreas determinó identidad de exigencias respecto a la carta de porte y la negociabilidad de los resguardos de depósito en bolsa, así como la creación de puertos francos, impulsó que el resguardo formase en la misma línea que los dos títulos valores antedichos.

Los caracteres generales del derecho mercantil moderno, universalidad e internacionalismo, como derecho que supera la división política de las fronteras, su carácter apersonal, la tipicidad característica de los negocios mercantiles, las exigencias de rapidez y seguridad en el tráfico, han caracterizado a estos documentos con una fisonomía uniforme, tendencia a la igualdad que se acentúa de día en día. Las mismas conferencias internacionales marcan esta

aspiración a la uniformidad. Así la de Bruselas de 1924, referente al conocimiento.

LOS CARACTERES GENERALES DE LOS TITULOS DE TRADICION EN LOS DIVERSOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS. LA IDENTIDAD DE NECESIDADES LLEVA A IDENTIDAD DE NORMAS

a) Inglaterra.

Hacemos un apartado especial con el Reino Unido por las especialidades del derecho anglosajón.

El efecto representativo de los títulos de tradición se reconoce en el derecho inglés plenamente. El conocimiento se define como símbolo de las mercaderías, título representativo o símbolo representativo de las mercaderías embarcadas. Asimismo el resguardo de depósito en sus tres formas de *warrant* ordinario, *weight-note* o *prima-warrant*, tiene efectos representativos.

En sentido técnico el conocimiento ni el resguardo de depósito son «*negotiable instrument*». El concepto de «*negotiable*» se centra en la posibilidad de transmitir al endosatario un derecho superior al que poseía el endosante. El conocimiento, los *docks-warrants*, las *delivery orders*, se admiten como susceptibles de negociación, pero solo si entendemos esta negociabilidad como posibilidad de ser transmitidas por endoso. Caen mejor estos documentos bajo la denominación de «*documents of title*», que prueban en el tráfico usual la posesión de las mercaderías, y que permiten mediante el endoso o la cesión que el poseedor del documento se considere poseedor de las mercaderías que los títulos representan.

b) El derecho continental.

En general los documentos se sustituyen a las mercaderías en la constitución, modificación y extinción de derechos reales sobre las mismas. Sin una declaración expresa se deduce de los preceptos legales que la transmisibilidad de las mercaderías está más asegurada, y se realiza de acuerdo con los intereses del tráfico, cuando los títulos han sido creados aptos para la circulación (a la orden o al portador).

Aunque la aplicación del endoso se rige en general por los preceptos cambiarios, no suele admitirse la garantía solidaria que éste crea. El endoso tiene función circulatoria (*Transportfunktion*) pero está despojado de la función de garantía (*Carantiefunktion*).

En los ordenamientos jurídicos más modernos, (*Codice civile* italiano de 1942), los títulos de tradición quedan delineados en sus tres funciones principales como títulos de crédito, títulos que confieren la posesión de las mercaderías y, por último, expresión de un poder de disposición sobre las cosas.

Según la orientación general parece que los ordenamientos positivos se inclinan hacia la admisión de la teoría representativa, así el Código italiano llama a estos títulos «*rappresentativi*».

CAPITULO IV

FUENTES LEGALES

1. Los títulos de tradición en los diversos ordenamientos legislativos: Inglaterra, Francia, Alemania, Suiza, Italia.
2. Los usos de los comerciantes.
3. La contratación tipo.
4. La doctrina legal.

LOS TITULOS DE TRADICION EN LOS DIVERSOS ORDENAMIENTOS LEGISLATIVOS: INGLATERRA, FRANCIA, ALEMANIA, SUIZA E ITALIA

La comparación entre los diversos ordenamientos legislativos, nos aclara una serie de cuestiones proyectando esta enseñanza sobre el derecho español.

La necesidad de obtener la transmisión de la posesión, como manifestación de la posible adquisición de la propiedad está reconocida tanto en el Derecho inglés como en el continental. Que los títulos de tradición funcionen también como instrumento del crédito, como medios para constituir la prenda y el usufructo está

generalmente admitido. Aunque de acuerdo con la ley, ni el conocimiento ni el resguardo (la carta de porte no tiene una fisonomía clara en el Derecho inglés) son instrumentos negociables (en sentido técnico), sin embargo la costumbre admite su transmisión (*Transferable instruments*). Las fuentes legislativas más importantes son el *Factors Act*. de 1889, la *Sale of Goods Act*. de 1893, la *Carriage of Goods by Sea Act*. de 1925, y la *Bill of Lading Act*. de 1885.

Francia ha llegado a los mismos resultados por obra de la doctrina y de la jurisprudencia. El *Code*, promulgado en una época de menos actividad comercial, desconocía el transporte por vía férrea, así como la institución de los almacenes generales de depósito; para el conocimiento como instrumento de la posesión no dicta disposición alguna aunque prevea su transmisión. Las fuentes legislativas para los almacenes generales son las leyes de 1848, 1859 y disposiciones complementarias.

Hoy día la categoría general de títulos de tradición está plenamente reconocida en Francia, y gran parte de la doctrina se esfuerza en precisar tanto sus caracteres esenciales como el régimen de su circulación y los problemas que suscita esta especial categoría.

Los dos Códigos del grupo germánico, el suizo y el alemán, muestran mayor precisión en el ordenamiento de los títulos de tradición. Suiza prescinde del conocimiento por razones obvias.

Presupuesto indispensable del efecto real del conocimiento, carta de porte y resguardo, es la efectiva toma de posesión por parte del depositario, transportista, o capitán. El legitimado queda facultado para exigir la devolución de las mercaderías, así como goza de un poder de disposición real sobre las mismas que le permita constituir nuevos derechos reales.

El resguardo de depósito nominativo no lleva aparejado efectos reales. Tal excepción, en cambio, no se menciona para la carta de porte, o conocimiento (cf. arts. 424, 450 y 647 del HGB).

El documento debe ser transmitido con arreglo a su ley de circulación.

De acuerdo con el art. 925 del Código civil suizo, se equipara la entrega del resguardo y de la carta de porte a la tradición de las mercaderías. Sin embargo, para el caso de que entren en conflicto el poseedor de buena fé de las mercaderías con el poseedor de buena fé del título, prefiere al primero frente al segundo.

La constitución de prenda se articula por medio de los títulos de tradición, estos títulos representan siempre—como dice Kaufmann—cosas susceptibles de ser representadas, entendiéndose por tales los muebles de calidad conocida o susceptibles de especificación en el tráfico por la determinación de su peso, cantidad y calidad.

Se aplican a los títulos a la orden las disposiciones sobre el endoso cambiario (cf. art. 1152) en cuanto hacen referencia a la forma, legitimación del tenedor, caducidad y posibilidad de realizar nuevos endosos, pero queda excluída la función de garantía del endoso de los títulos de crédito; el endoso, como hemos dicho, cumple tan solo una mera función de transmisión de la propiedad del título cuando se hace con carácter pleno.

Es en el Código civil italiano de 1942, donde encontramos la regulación más completa, poniendo en relación los artículos destinados a los títulos de tradición con el ordenamiento sistemático de la materia de títulos valores.

Los títulos de tradición, llamados «*rappresentativi*» obtienen en el *Codice* la formulación exacta de su triple misión, pues atribuyen el derecho a obtener la devolución, la posesión de las cosas y el poder de disposición mediante la transmisión del título (la prenda y el secuestro o cualquier otro vínculo sobre los derechos mencionados en el título o sobre las mercaderías que representan carecen de eficacia si no se expresan sobre el documento).

En el Código de comercio antiguo, se consideraban títulos de tradición la carta de porte, cuando estaba emitida a la orden o al portador (artículos 389 y 392 C. d. c.) que atribuía el derecho a

disponer de las mercaderías en transporte, pudiéndose además constituir la prenda sobre las mismas (arts. 396 y 455 C. d. c.)

Asimismo el conocimiento emitido también a la orden o al portador (arts. 555 a 557) y el resguardo de depósito (art. 465) eran títulos de tradición.

LOS USOS DE LOS COMERCIANTES

En esta materia se ha hecho patente el divorcio entre teoría y vida. De un lado, el sano realismo del comercio, atestigua a través del tiempo el hecho universal y reconocido por los usos mercantiles que los títulos de tradición operan la transmisión de las mercaderías; de otro los esfuerzos fatigosos de la doctrina para construir teorías, intenta forzar a la realidad a entrar en su esquema conceptual. Sobre esta convicción común los juristas han tratado de forjar la teoría de una tradición simbólica, dentro de la categoría más general de la «*traditio ficta*», otros la configuran afirmando que los títulos son símbolos de las mercaderías, o se recurre a los moldes clásicos del derecho romano, «*constitutum possessorium*» o «*negotiorum gestio*» para explicar el fenómeno.

En parte, la explicación puede reconducirse a la ley y en parte al uso. Sencillamente el derecho sirve determinados intereses legítimos. Los comerciantes no pararon mientes en estas disputas doctrinales; creen y actúan que los títulos de tradición les aseguran un derecho a obtener la devolución de las mercaderías y confían que en virtud del poder real de disposición, han adquirido para sí determinadas cosas en depósito o transporte, que representadas por el título pueden ser transformadas inmediatamente en un valor económico. Una necesidad de movilización de cosas físicamente ajenas a nuestro poder, impulsó a encontrar los medios jurídicos para lograrlo. Este interés en busca de una protección jurídica la encontró en el uso y después la ley reconoce esta realidad social incontrastable. Desde este momento los puros esfuerzos constructivos están de más. El último fundamento se reconduce a la ley,

porque ésta tiene un substrato vital que la apoya y justifica.

Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, creando doctrina legal. Los títulos de tradición ven apoyada su existencia por la doctrina legal, que completa la sistematización incompleta del Código.

No hay duda alguna sobre esta convicción general. La discusión está en que unos la inician desde el tráfico y documentos francos (Brunner) y otros (Goldschmidt) sostienen que no pueden precisarse cuando adquieren tal carácter. El hecho que a nosotros nos interesa es el actual, y en nuestros días los títulos de tradición tienen plena fuerza, como tales documentos jurídicos-reales.

LA CONTRATACION TIPO

La determinación de unos caracteres fijos a los títulos de tradición cumple también otra misión. La contratación comercial moderna, vaciada en moldes típicos, donde todo elemento personal desaparece, para dar paso a fórmulas, cláusulas y modalidades únicas, exigía netos perfiles a los instrumentos de este ritmo especial que adopta. El comercio internacional, realizado casi exclusivamente sobre los módulos de la venta *cif.*, *caf.* y *FOB.*, la apertura de crédito documentado, todas las complejas formas que la técnica ha puesto al servicio de los intereses del tráfico, aceleró el proceso de desenvolvimiento de las características propias de los títulos valores. En este aspecto la venta *cif.* determina la especificación de las mercaderías, desde el momento en que se hallen determinadas en el conocimiento. La transmisión de riesgos se opera al adquirente. Estas mercaderías individualizadas se hacen a su vez susceptibles de nuevos negocios jurídicos. Sobre la documentación de la venta *cif.*, los bancos confirman los créditos a los vendedores de ultramar y a su vez pueden hacer efectivo este valor mediante la transmisión y enajenamiento de los documentos. Cosas no vistas, pero perfectamente conocidas por sus cualidades y su determinación de peso, cantidad y calidad, pasan a ser objeto de infinidad

de negocios sin que represente ningún obstáculo el hecho de la no disponibilidad real de las mismas.

Los negocios de banca han tomado gran parte de su actual incremento en el tráfico internacional a través de estos documentos. La letra documentada y las nuevas formas de crédito se hicieron posible en cuanto a través de los títulos se hizo posible la adquisición de derechos de prenda sobre las mercaderías.

Los conocimientos, las cartas de porte y los resguardos se dan y reciben en el tráfico como si fuesen las mercaderías que representan. Esta posibilidad está reconocida en nuestro Código de comercio, art. 67, cuando los hace objeto de contratación en bolsa. Sería absurdo pensar que el adquirente de un título, quiere tan solo adquirir un trozo de papel, si éste no le garantizase la posesión mediata de las mercaderías que representa.

La desposesión física, se sustituye por la posesión jurídica a través de un instrumento inteligente. Esta realidad está plenamente reconocida en los usos internacionales en materia de crédito documentado.

JURISPRUDENCIA

Dos o más sentencias uniformes constituyen en nuestra Patria doctrina legal, al amparo de la que puede intentarse el recurso de casación. La jurisprudencia ha suplido con sus declaraciones parte de las imperfecciones de nuestros códigos, y ha sido el elemento dinámico que ha hecho posibles normas pensadas para una vida de distintas condiciones sociales y económicas.

Uno de los títulos de tradición, la carta de porte obtiene su reconocimiento como tal a través de las decisiones de nuestro Tribunal Supremo. Aunque el Código permite la emisión de ésta en forma que se adapta especialmente a la circulación (a la orden o a portador) no estaba explícitamente declarada que la carta funcionase en el tráfico como si se tratase de las mercaderías que representa. En realidad la jurisprudencia no hizo sino elevar a doctrina

legal un uso mercantil, apoyado en la misma exposición de motivos: «Desde luego—decía—este documento puede adquirir un nuevo carácter comercial del que hasta el presente ha carecido, pues de acuerdo, con lo que viene desde hace tiempo observándose en los principales pueblos extranjeros, se autoriza a extenderlo, bien a la orden de la persona a quien vayan destinados los efectos transportados, bien al portador del documento cualquiera que sea. Con ambas cláusulas *se facilita extraordinariamente la circulación de las mercancías durante el transporte* (función económica de los títulos de tradición: movilización de la mercancía) ya enajenándola o pignorándola mediante la simple tradición de este documento si estuviere extendido al portador.»

Así la jurisprudencia ha precisado los caracteres de la carta de porte con doctrina legal que sirve de complemento, ampliación, modificación y rectificación de la ley.

Las sentencias son numerosísimas, recogidas las más importantes, damos a continuación una breve reseña de las mismas.

a) Los caracteres de la carta de porte, calificándola de título legal cuyo contenido es decisivo para las cuestiones que surjan del contrato de transporte, aparecen muy claros en las sentencias de 7 de febrero de 1923, 26 de febrero de 1923, 26 de octubre de 1926, 17 de noviembre de 1927, 23 de junio de 1924, 16 de enero de 1930, así como en la anterior de 9 diciembre de 1910.

b) La literalidad en este título valor, aparece con relevancia en las sentencias de 28 de septiembre de 1928, 9 de noviembre de 1907 y 16 de enero de 1930.

c) La configuración como título de tradición resulta de las decisiones del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1928, 4 de julio de 1927, 3 de febrero de 1928, 3 de marzo de 1926, 28 de enero de 1929 y 9 de noviembre de 1907.

d) Como título de entrega y rescate, aparece en las sentencias de 16 de noviembre de 1923, 11 de marzo de 1913, 7 de mayo de 1896, 29 de octubre de 1912, 4 de julio de 1927 y 3 de marzo de 1926.

A la expedición facultativa se refiere la sentencia de 6 de junio de 1895, al «*error in personam*» la de 24 de noviembre de 1909 y a la veracidad de la misma la de 29 de enero de 1928.

El conocimiento tiene en su favor menor número de pronunciamientos legales de los que recogemos los más importantes.

a) Caracteres del conocimiento. Como título legal, de entrega y rescate lo considera la sentencia de 3 de mayo de 1924 y lo mismo la de 31 de octubre del mismo año. Su función y valor se estudia en la de 7 de diciembre de 1925. Al conocimiento, título de presentación y rescate, se refiere la de 26 de abril de 1927.

b) El concepto de ejemplar auténtico aparece en las sentencias de 10 de diciembre de 1912, 12 de junio de 1915 y el de posesión legítima en la de 3 de mayo de 1924.

Los pronunciamientos de la jurisprudencia respecto a la negociación y circulación de los títulos de tradición se estudiarán en el lugar correspondiente. Asimismo la doctrina legal que se refiere a las distintas clases de títulos según la forma en que se hiciera la emisión.

CAPITULO V

LA EMISION DEL TITULO

1. La misión del depositario, el transportista y el capitán.
2. La emisión de títulos de tradición es emisión de títulos valores.
3. La posibilidad de construir esta tesis en el derecho español.

EL DEPOSITARIO, EL TRANSPORTISTA Y EL CAPITAN

Normalmente los títulos valores solo exigen la firma del deudor. En el derecho español aparece tanto el caso de emisión con la mera suscripción del obligado como la imposición legal de que

constan en el documento la firma de acreedor principal y obligado. ¿A qué se debe la aparente discordancia?

La explicación es muy sencilla. Cuando el título es al propio tiempo prueba del contrato principal, afloran a su superficie exigencias del contrato causal que le da nacimiento. En términos de estricto derecho de títulos valores, el título sería válido con la *firma única del obligado*.

Nuestro Código no exige esta doble firma para el resguardo de depósito (cf. art. 195) ni siquiera llega a expresar que la carta haya de ser firmada por el portador (cf. art. 350) aunque pueda deducirse del art. 353-3.º «...la carta de porte suscrita por el portador». En cambio, es inexcusable este requisito de la doble firma para el resguardo de depósito expedido de acuerdo con lo dispuesto por el R. D. de 22 de septiembre de 1922 (art. 707. C. de c.) Este requisito del conocimiento se explica fácilmente cuando se advierte como entre sus numerosas funciones cumple la de suplir la póliza de fletamiento o complementarla (arts. 652-1.º y 653 C. d. c.)

¿Es obligatoria la emisión del título? Creemos que no. Precisamente la redacción y emisión de un título de tradición somete a las partes a unas normas distintas y generalmente más rigurosas que cuando los contratos se cumplen sin la intervención de un ordenamiento especial como es el que constituye la materia a que nos referimos. El depósito se constituye sin necesidad de cumplimiento de ningún requisito formal (cf. art. 303 y ss. del C. d. c.). El transporte se perfecciona por el mero consentimiento de las partes; en la carta de porte no es requisito inexcusable, aunque puedan compelerse mutuamente los contratantes a extenderla, lo que confirma nuestra tesis de la no obligatoriedad legal de expedición, (cf. art. 350). La tesis falla respecto al conocimiento de embarque (cf. arts. 906-707). La realidad del transporte por mar, donde casi ha desaparecido la póliza de fletamento, es la que obliga a emitir el conocimiento. En éste se superponen dos cosas totalmente distintas: documentación del contrato de fletamento y título de tradi-

ción. Esto explica a veces la aparente contradicción entre su naturaleza de título valor y la conexión del documento a la relación causal.

De acuerdo con el sentido general de los preceptos del Código la efectiva recepción de las mercaderías es presupuesto de la emisión del título. De todas maneras, el elemento literal propio de los títulos valores *hará responder al emisor del título* de acuerdo con lo escriturado en el mismo. A la realidad se superpone el elemento de la *apariencia jurídica*. Puesto que ha declarado haber recibido determinadas mercaderías y al propio tiempo se *compromete a devolverlas* al que resulte *legitimado* para exigir esta entrega, sufre los efectos de esta declaración en los términos en que la realizó. La exigencia de protección de la seguridad de tráfico, exigen este sacrificio del deudor negligente, que en definitiva no sufre sino las consecuencias de sus propios actos. Claro que esta rigidez no es más que un postulado teórico.

La emisión del título incorpora el derecho a la prestación, que antes se podía ejercitar como una facultad ligada a un derecho subjetivo y ahora va unida a modo peculiarmente rígido a la posesión del documento. La conexión de derecho y documento, exige que desde que se emitió un título valor, la existencia, el contenido y el ejercicio del derecho dependan de la existencia, contenido y validez (salvo claro está el caso de amortización). El título es fundamental tanto para la realización del derecho, como para su transmisión o la constitución en prenda.

Estos títulos son títulos individuales aunque se emitan en masa. Su propio carácter, la función especificadora que cumplen respecto de determinada cantidad de mercaderías impide que puedan ser lanzados con unas características uniformes (acciones u obligaciones de una sociedad anónima), aunque lo sean como acto típico de empresa. Tampoco son documentos constitutivos, en el sentido de que el derecho no preexista a la creación del documento. Ahora bien, aunque incorporan un derecho ya nacido o nazcan en el mismo momento de surgir este, introducen siempre una modi-

ficación en la biología del mismo. En cierto sentido podemos decir, abusando de la metáfora, que el derecho antes libre, se hace confesional, adopta los deberes de una especial categoría jurídica, los títulos valores, y se ve protegido también por las normas especiales que los disciplinan.

LA EMISION DE LOS TITULOS DE TRADICION ES EMISION DE TITULOS VALORES

No existe en nuestro Código de comercio apartado especial consagrado a los títulos valores. Sin embargo, los caracteres de éstos se deducen de su articulado. Esta misma indeterminación e imprecisión del ordenamiento legal, es lo que concede un mayor margen de flexibilidad. La categoría de títulos de tradición no está reconocida en el Código. Del mismo se desprende que no ha hecho falta una declaración expresa para que podamos extraer de sus preceptos una doctrina general aplicable a los tres tipos en que generalmente se centra la teoría.

El principio de literalidad no lo conoce nuestro Código de comercio pero no tan solo respecto a los títulos de tradición sino en relación con todos los demás títulos valores. Se aproxima a él al limitar las expresiones oponibles a la acción ejecutiva cambiaria (Garrigues). La autonomía del derecho del adquirente de buena fe, se induce de los principios que regulan la letra de cambio y de preceptos aislados, entre ellos el artículo 195. En la realidad de las cosas falta un índice sistemático de principios ordenadores y afloran a la superficie de las normas del Código las consecuencias de estas bases lógico-jurídicas deficientes de partida.

POSIBILIDAD DE CONSTRUIR ESTA TESIS SOBRE EL DERECHO ESPAÑOL

Intentaremos demostrar como es posible construir esta tesis sobre la base de los preceptos de nuestro ordenamiento positivo.

Tiene derecho a exigir la prestación el poseedor del título, previa la presentación del documento y siempre que esté legitimado,

con arreglo a la ley de circulación del mismo, (Cf. art. 195: «el poseedor de los resguardos tendrá pleno dominio sobre los efectos depositados». Por lo tanto, podrá exigir la entrega (art. 368: «el portador deberá entregar sin demora ni entorpecimiento alguno al consignatario los efectos que hubiera recibido, *por el solo hecho de estar designado en la carta de porte*, para recibirlo», nominativamente, a la orden o al portador de la misma carta, art. 350; artículo 715: «los conocimientos producirán acción sumarisima o de apremio, según los casos *para la entrega del cargamento*, transmitiéndose los conocimientos al portador destinados al consignatario por la entrega material del documento y en virtud de endoso los extendidos a la orden»).

Respecto a los problemas de la buena fe en la adquisición del título y las excepciones oponibles al adquirente, por su importancia nos remitimos a lo que mas adelante se dirá.

Como títulos representativos confieren el derecho a la entrega de las mercaderías, según se ha demostrado anteriormente y otorgan un derecho de disposición real sobre las mismas así el «pleno dominio» (art. 195); «adquiere sobre las mercaderías expresadas en é todos los derechos y acciones del cedente o endosante» (art. 708); «... la cesión de los dos resguardos representará la traslación absoluta de dominio, sin limitación alguna» (art. 16, in fine. R. D. 22-11-1917); «y la posesión de las mismas» (cf. además 438 C. C.) «La posesión se adquiere... o por el hecho de quedar éstos (cosa o derecho) sujetos a la acción de nuestra voluntad... que a su vez se ejerce por otra (persona) en su nombre» (art. 431) «para conservarlos, perteneciendo el dominio a otra persona» (art. 432 en relación con el 195, 16, R. D. 22-11-1917 y 708 C. de c.)

Respecto a la eficacia de los derechos reales constituídos sobre las cosas, se ve claramente como nuestro Código sigue el sistema general de entender que estos tienen plena eficacia cuando se constituyen sobre el título (cf. art. 196), «el acreedor que teniendo legítimamente en prenda un resguardo (constitución sobre el título) y no fuese pagado el día del vencimiento de su crédito podrá reque-

rir a la compañía para que enajene los efectos depositados» (repercusión real sobre las cosas, no se enajena el título, sino las cosas que éste representa, véase art. 22 R. D. 22-11-1917); en virtud de la eficacia representativa de los títulos, la prenda constituída sobre los mismos se entenderá en todo caso constituída sobre las mercaderías. Esta posibilidad negocial de los títulos de tradición queda expresada en el art. 67, que los hace materia de contratación en bolsa. Materia de contratación significa que son susceptibles de ser dados como garantía de las operaciones allí contratadas y en definitiva, que esta garantía es la ofrecida por las cosas, no por el trozo de papel, que intrínsecamente carece de valor; se trata de un símbolo que trae fuerza de una realidad subyacente.

CAPITULO VI

EL CONTENIDO GENERAL DE LOS TITULOS DE TRADICION

1. La especificación de las mercaderías.
2. Menciones necesarias: cantidad, peso, calidad, designación del deudor. Cláusulas concernientes a la circulación (designación nominativa, a la orden o al portador).
3. Menciones accesorias: fecha, lugar expensas del contrato seguro, otras indicaciones accidentales (regulación de averías, cláusulas de irresponsabilidad, elementos del título que hace referencia al contrato antecedente).

LA ESPECIFICACION DE LAS MERCADERIAS

Los títulos de crédito hacen posible la especificación de las mercaderías, transformándolas de cosas genéricas en cosas ciertas y determinadas, de manera que puedan constituir el objeto de los contratos, especialmente compraventa y prenda. Esta especifica-

ción es también la exigida para determinar el paso del riesgo, desplazando sus consecuencias económicas del patrimonio del deudor al del acreedor. El vendedor de determinadas mercaderías se obliga además por la inserción en el documento de las menciones necesarias: peso, cantidad, calidad, marcas, a especificarlas. La especificación facilita la identificación, de tal forma que los sucesivos adquirentes se hacen propietarios de «*species*» claramente determinadas y obtienen también la posesión mediata de las mismas. La venta, la obtención del crédito, se hace posible en cuanto el objeto no está indeterminado. El adquirente conoce por la escritura que cosas adquiere, aun cuando éstas se hallen embarcadas. La especificación normalmente precede a todos los contratos que después se desarrollan en el tráfico sobre la base de los títulos de tradición. Perfecto el contrato esta especificación hace que pasen los riesgos al comprador, salvo los casos de dolo o negligencia (cf. artículo 333 C. de c.) en cuanto que las cosas son ciertas y determinadas (cf. a sensu contrario art. 334, en relación con los arts. 194, 350 y 706 del C. de c. y del R. D. 22-11-1917.)

MENCIONES NECESARIAS

A este fin de especificación van dirigidas las exigencias que plantean los artículos del Código «la especie de mercaderías con el número o la cantidad que cada uno represente» (art. 174), «naturaleza, cantidad, peso, envases, medida y demás datos que sirvan para individualizarlas, con arreglo a la práctica establecida en el comercio respecto de las mismas» (2-19, R. D. 22 sept. 1917). «Designación de los efectos con expresión de su calidad genérica, de su peso y de las marcas o signos exteriores de los bultos en que se contengan» (art. 357-4.º) «La cantidad, calidad, número de los bultos y marca de las mercaderías» (706-6.º del C. de c.)

La transmisión de los riesgos es independiente de la transmisión de la propiedad, basta con la puesta a disposición (cf. art. 333 C. de c.). Esta puesta a disposición está realizada con la entrega de

los documentos, la cuestión ha sido especialmente debatida respecto a las ventas marítimas. De todas formas, realizada la especificación y la puesta a disposición, (poder de disposición real es el que confieren los títulos de tradición), los riesgos se transmiten al adquirente.

La especificación de las mercaderías puede así adoptar diversas formas que serán aceptables siempre que permitan la identificación de las cosas e impidan cualquier posible fraude por parte del vendedor.

Puede también esta especificación realizarse acompañando facturas y también mediante las *delivery-orders*.

CLAUSULAS CONCERNIENTES A LA CIRCULACION DEL TITULO

Los títulos de transmisión pueden ser emitidos nominativamente, a la orden o al portador. A las tres formas de emisión van unidas todas las características que las individualizan. El título nominativo, el emitido al portador o con cláusula a la orden gozan de efectos reales, y escrituran un derecho de crédito. Todos ellos confieren la posesión mediata de las mercaderías que representan. Difieren, sin embargo, en cuanto a la ley de circulación. La ley no impide que los títulos se emitan en forma especialmente apta para la circulación (a la orden o al portador), y deja a la libre elección del emisor la determinación. Ahora bien, esta elección una vez hecha sujeta al título a todas las consecuencias que se derivan de la misma, de tal forma que el título emitido nominativamente sufrirá las desventajas que para su rápida circulación significa la adopción de esta forma. Emitiéndose al portador la legitimación se facilita, emitidos a la orden habrán de cumplirse los requisitos del endoso siempre que se quiera realizar una nueva transmisión del documento.

La circulación está enormemente facilitada en el caso de los títulos al portador, pues basta la posesión o tenencia para legitimarse. Ahora bien, esta mayor facilidad representa también el peligro de que la prestación se realice a quien hallándose en posesión del

documento no sea titular del derecho por haberlo adquirido de mala fe.

En los títulos emitidos a favor de una persona determinada o a su orden, la legitimación se realiza por el doble dato de la posesión del documento y la concordancia entre el nombre expresado en el título y el presentante, de acuerdo con la ley de circulación. La cláusula a la orden expresa que a esta forma de circulación está sometido el título. La expresión de un titular sin más hace el título entrar en la clase de nominativo, y la mención al portador basta para asignarle dicha calificación.

De acuerdo con las normas de nuestro Código, la emisión de los títulos de tradición puede hacerse en cualquiera de las tres formas expresadas (cf. arts. 706-350 y 193 en relación con el 194).

DESIGNACION DEL DEPOSITARIO, TRANSPORTISTA O CAPITAN

Se trata de un requisito inexcusable en los títulos valores. El acreedor debe conocer cual es la persona a quien en su día ha de exigir el cumplimiento. Esta designación aunque no se exige de forma clara para el resguardo del depósito en los preceptos del Código, se deduce del sentido general de su articulado, así como del art. 19-1.º del Real Decreto sobre creación del *warrant* y habrán de constar sobre el resguardo forzosamente los nombres y apellidos o razón social, y domicilio del depositante y del depositario. Esta exigencia de designación del deudor se repite para el porteador (350-2 y 706-2) y el capitán, para que frente a ellos se pueda dar la exigencia de entrega y se conozca a través de quien se realiza la posesión mediata del poseedor del título.

MENCIONES NECESARIAS

Son: la *fecha* que sirve para fijar cuando se emitió el título; el *lugar* que expresa bien el mismo donde la compañía de depósitos se compromete a realizar la entrega, bien otro diferente; y a veces se

reflejan sobre el título los *gastos* que derivan del contrato antecedente, especialmente el *breicio*, (flete, porte); *impuestos* a cargo del acreedor poseedor del título y en general aquellas *cargas económicas* que se desplacen sobre el tenedor del documento.

Una mención constante ya en las cartas de porte, conocimiento y resguardo de depósito y obligatoria en cuanto a los que se constituyen con arreglo al R. D. 22 de septiembre 1917, art. 19, es la del *seguro* contratado que tiende a procurar un valor de sustitución para los casos de siniestro. En la venta *cif* el seguro es esencial para constituir esta especial modalidad de venta marítima.

Tratamos estos apartados haciendo solo una breve indicación, pues aunque por sí mismos constituyen tema del más alto interés, quedan al margen de nuestro estudio. Tal sucede con otras indicaciones que normalmente constan sobre los títulos, relativas a las *cláusulas de irresponsabilidad*. Como es sabido éstas se admiten siempre que no afecten al dolo o a la culpa grave. Normalmente tienden a exonerar al depositario (en sentido amplio que engloba al transportista y capitán) de responsabilidad por consecuencia de falsas declaraciones del cargador o depositante, o bien de las que deriven de fuerza mayor, caso fortuito, alteraciones de tipo social, (huelgas, motín, etc.) vicios de la cosa, o faltas en el embalaje o envase. Las cláusulas suelen también fijar una indemnización tipo y limitan el tiempo para hacerla efectiva, tendentes a una rápida liquidación de las relaciones de cualquier clase que sean (derivadas tanto de culpa contractual como extra contractual). Suele ser común la cláusula que somete al depositante o cargador a las condiciones generales, aun cuando no aparezca su firma en el documento.

CAPITULO VII

LAS TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LOS
TITULOS DE TRADICION

1. Los títulos de tradición transmiten la posesión de las mercaderías.

2. Los títulos de tradición operan la tradición de las mercaderías. Carácter simbólico de esta tradición.

3. Teoría de la cesión. La transmisión de las acciones dirigidas a obtener la entrega de las mercaderías como medio para transmitir la posesión.

4. Teoría representativa. Los títulos representan a las mercaderías y transmiten la posesión de las mismas.

5. La teoría absoluta. La teoría absoluta y las teorías posesorias.

6. Las teorías dispositivas.

a) Los títulos de tradición transmiten una disponibilidad simbólica.

b) La posesión es sinónimo de disponibilidad. La posesión considerada como un hecho, frente a la disponibilidad considerada como facultad jurídica.

c) La posesión es una consecuencia de la disponibilidad.

7. La teoría obligatoria. Los títulos de tradición como títulos de crédito que incorporan una pretensión dirigida a obtener la restitución de las mercaderías.

8. Nuestra posición.

a) En todo caso los títulos de tradición transmiten la posesión mediata de las mercaderías, tanto para la adquisición de la propiedad como para la constitución de derechos reales sobre las mismas.

b) El poseedor regular del título, adquirido de buena fé, obtiene la propiedad del mismo y deviene titular de los derechos incorporados cuando se le transmitió a título de dominio.

c) En el tráfico basta sin embargo con la apariencia derivada de la posesión del documento, para aparecer legitimado, tanto para exigir el cumplimiento de la prestación escriturada como para ejercitar el poder de disposición real sobre las mercaderías.

LOS TITULOS DE TRADICION TRANSMITEN LA POSESION DE LAS MERCADERIAS

Esta afirmación se hace concordemente por numerosísimos autores de todos los países. La posesión del título lleva aneja la posesión de las mercaderías, y la transmisión de esta posesión se opera por la transmisión de la posesión del documento. Esta afirmación simplemente expuesta ha sido y es enormemente discutida. En torno a la naturaleza jurídica de los títulos de tradición hay en tablada una larga discusión conceptual. El efecto real de la transmisión de los mismos lleva a juristas de todos los países a justificar dicha consecuencia que, en realidad, nació de las necesidades del tráfico, conforme los títulos fueron conquistando a través de los usos de los comerciantes, que se viese en ellos el instrumento para ejercitar un poder de disposición real sobre las mercaderías en transporte o depositadas. Para nosotros el mismo nombre de títulos de tradición nos indica cuál es su cometido. En realidad más que llevar a cabo la tradición, en definitiva lo que hacen es sustituirse a ésta. La tradición está siempre íntimamente unida a la posesión. Es una exigencia de nuestro sistema jurídico que reclama un acto de efectivo desplazamiento de la posesión para la adquisición del dominio y de los derechos reales (cf. art. 609 C. c.). La evolución de la tradición nos demuestra que el acto material se fué sustituyendo por actos jurídicos que facilitaban la adquisición de la posesión sin necesidad de la tradición real.

En un estado de civilización menos desarrollada, los actos externos adquirirían extraordinario relieve para manifestar el paso de la posesión. La escasa difusión de la escrituración y la incipiente institución de la publicidad no eran aptas para los muebles, la po-

sesión fué simultáneamente adquiriendo para éstos especial relevancia en cuanto se equiparaba al título. De todas formas conviene apuntar, que ya en el derecho romano postclásico y justiniano, se abandonó el principio de que era necesario un acto real de ingreso en la posesión, o sea la manifestación externa del poder físico sobre el fundo.

Desde el momento en que la tradición se configuró como apta para transmitir la posesión jurídica, no la mera detentación, empezó a iniciarse el desenvolvimiento de las formas espiritualistas. Adivino la distinción entre tradición real y tradición fingida. Esta última, en realidad, no es sino la subsistencia teórica de la exigencia del desplazamiento de la posesión.

Para nosotros dentro de la tradición fingida, y en las varias clases que la doctrina reconoce que ésta se divide, la más interesante es la llamada *simbólica*, donde determinados signos representativos se sustituyen a la tradición real de las mercaderías.

Precisa tener en cuenta siempre que se habla de tradición en relación con los títulos que se adjetivan con ella, que en los negocios jurídicos en que éstos intervienen se dan dos clases de tradición:

1.º La tradición real del título como «*res*».

2.º La tradición de las mercaderías, sustituidas por el título.

Un solo acto real opera sus efectos en relación con las cosas depositadas y el transporte.

La Edad Media elaboró un sistema completo de tradición simbólica, articulada «*per cartam*» (véanse las referencias anteriores a la misma).

Los títulos de tradición llevan este nombre, porque hacen referencia indirectamente a la posesión. Es la tradición a la que incumbe realizar este desplazamiento de la posesión jurídica.

No vamos a entrar en discusión sobre la naturaleza de la posesión, aunque el sentido moderno de la doctrina y la legislación se orienten hacia la distinción entre el hecho de poseer y el derecho a la posesión. La posesión, es para nosotros el ejercicio del conteni-

do de un derecho, independientemente de cualquier cuestión de titularidad. A esta posesión, que ya quedó precisada, es a la que nos referimos, siempre que no hagamos una salvedad en contra.

Pues bien, dentro de nuestro ordenamiento positivo el art. 464 del Código civil, recoge una serie de influencias romanas, canónicas y germánicas.

El adquirente de buena fé obtiene una posición inatacable, ya que los ordenamientos positivos protegen esta adquisición de cosas muebles de buena fé. Hay que volverse al concepto germánico de la «*Gewere*». Esta última, cierto es que se parecía a la posesión romana, puesto que también partía de la detentación o tenencia pero era algo más, puesto que se consideraba como «la apariencia perceptible y notoria del derecho real».

Al Derecho germánico le interesaba saber quien aparecía como titular, sin entrar a discutir cuestiones de propiedad o de mera detentación material. A la «*Gewere*» se adscribía la apariencia de derecho que trae consigo efectos distintos de la posesión romana. Huber ha sintetizado estos en la tricotomía de defensivos, ofensivos y traslativos. La «*Gewere*» en el concepto de Huber no era el mero señorío de hecho, ni la protección del acto que manifestaba la voluntad del propietario, ni el derecho a la posesión. Se trataba de un concepto formal, cuya función decisiva, además de sus efectos traslativos, consistía en *servir de legitimación formal para ejercitar los derechos reales que en ella se presumían* (cf. con lo dicho anteriormente sobre nuestro concepto de legitimación) a los cuales solo era preciso retroceder cuando se ponían en discusión.

En realidad la misión de la posesión actual es encarnar las funciones de la «*Gewere*» en los títulos de tradición pues la posesión de los mismos, es eminentemente legitimadora frente al deudor y confiere al mismo tiempo la posesión de las mercaderías.

La posesión de los títulos (cosas muebles) engendra la presunción de la titularidad del derecho correspondiente (propiedad) y por tanto posesión de las mercaderías.

LOS TITULOS DE TRADICION OPERAN LA TRADICION DE LAS MERCADERIAS. CARACTER SIMBOLICO DE ESTA TRADICION

La tradición de los títulos se sustituye a la tradición de las mercaderías. Los negocios jurídicos sobre las mismas, que exigen el dato real de la tradición (compraventa, prenda) encuentran en los títulos el medio técnico de realizar ésta, con plenos efectos cuando la efectiva tradición real no pueda llevarse a cabo. Los derechos reales según el sistema del Derecho romano, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, exigen que al acuerdo sobre la transmisión de los mismos siga un acto relativo a la posesión de las cosas. Son los títulos de tradición a quienes incumbe realizar ésta, la tradición de las mercaderías en realidad se reconduce a la transmisión de la posesión de las mismas. Ha sido la convicción unánime de los comerciantes la que dió origen a la especial categoría de los títulos que operan ésta. La transmisión del título es una tradición simbólica; el título opera como símbolo de las mercaderías, en cierto sentido como la vieja imagen de la dación de la llave, transmite la posesión de las mercaderías encerradas en determinado almacén.

TEORIA DE LA CESION. LA TRANSMISION DE LAS ACCIONES DIRIGIDAS A OBTENER LA ENTREGA DE LAS MERCADERIAS, COMO MEDIO PARA TRANSMITIR LA POSESION

La teoría de la posesión tiene origen germánico. Su principal sostenedor fué Hellwig, seguido entre otros por Makower y Dernburg, y en Italia parcialmente por Vivante.

Según Hellwig las disposiciones del Código de comercio han de concordar con las normas del Derecho civil (arts. 424, 450, 647, del HGB, en relación con los arts. 870, 921 y 931, del BGB). La transmisión de un título de tradición significa que se ha cedido el derecho a obtener la restitución de las mercaderías.

El ser ambos ordenamientos de derecho privado, explica la identidad sustancial de los principios que regulan el tráfico, con especialidades derivadas de la naturaleza de los títulos de valores.

El Derecho mercantil en todo caso actúa sobre los principios del Derecho civil, modificando en ciertos aspectos las normas civiles, la tutela a la buena fé, se hace más enérgica, sobre todo en relación con la que obtiene el cesionario del Derecho civil (366 del HGB, en relación con el 934 y 931 del BGB) pues el tenedor del título está autorizado para el ejercicio del derecho. Todas estas teorías se apoyan en las disposiciones del Código civil alemán que exigen que la transmisión de la propiedad sobre las cosas muebles vaya precedida de un acuerdo entre las partes y seguido éste de la tradición de las mismas.

A su vez la tradición de la cosa puede llevarse a cabo:

1.º Concediendo un poder real sobre la cosa (posesión inmediata).

2.º Cediendo las acciones que tienden a obtener la entrega de la misma cuando se encuentra en posesión de un tercero. En este caso solo se cede la posesión mediata (cf. arts. citados).

Sobre esta base pudo Siebert edificar su teoría. Los títulos de tradición—dice éste—traen todo su valor de la posesión mediata que procuran, en virtud de la cesión de acciones que con la transmisión de los mismos se lleva a efecto. Estas acciones en definitiva no tienden sino a obtener la restitución de las mercaderías.

Esta cesión se obtiene siempre que se transmite un título nominativo, ahora bien, la tesis es insostenible cuando se trata de títulos emitidos a la orden o al portador. El mismo HGB en su artículo 364 dispone que los derechos que adquiere el endosatario, no son los procedentes de la cesión, sino los que nacen del título, es decir, la obligación del poseedor de las mercaderías de restituir las al que se presente legitimado para exigir esta restitución. Esta teoría está conectada también a la subsistencia de la posesión inmediata en el depositario transportista o capitán; si éstos la pierden, la posesión mediata del poseedor del título cesa.

TEORIA REPRESENTATIVA. LOS TITULOS REPRESENTAN A LAS
MERCADERIAS Y TRANSMITEN LA POSESION DE LAS MISMAS

Mayor interés que todas las expuestas merece la teoría representativa, y aparece también como la que más se adapta a nuestro derecho positivo.

Los títulos de tradición son también llamados representativos (así los denomina el Código civil italiano de 1942, y el Código civil suizo). Estos representan a las mercaderías, para todos los negocios que se refieren a la transmisión de las cosas sustraídas a la posesión inmediata del poseedor del título.

Esta primera base de acuerdo, después se diversifica en multitud de pareceres que divergen en cuanto se trata de establecer el carácter de la posesión que proporcionan los títulos. La doctrina germánica se muestra concorde, como ya hemos apuntado (en vista a su ordenamiento positivo) en atribuir al poseedor del título la posesión mediata de las mercaderías, mientras detenta la posesión inmediata el transportista o depositario, la entrega de un título se equipara a la entrega de la mercadería para la adquisición de derechos sobre la misma (arts. 424, 450 y 647 HGB). La doctrina inglesa admite sin excepciones el carácter simbólico y representativo de los títulos de la tradición (Carver, Trompson, Maclachlan).

En la doctrina francesa e italiana las discusiones llegaban a resultados diferentes. Influidos por la concepción germánica se muestra Brunetti, Ramella, Greco y Messineo, para los que la transmisión de un título de tradición, transmite a su vez los derechos sobre las cosas que se obtendrían a través de la entrega de la misma; los títulos cumplen la misión de realizar la tradición simbólica transmitiendo asimismo la posesión (Messineo). Ascarelli sostiene que al transmitir el título representativo, las partes pueden limitar su voluntad de transmitir o no la posesión, e incluso transmitir la propiedad de las mercaderías y esta transmisión se lleva a cabo independientemente de la transmisión de la posesión que puede ser imposible. Estas últimas circunstancias carecen de relevancia res-

pecto a la cuestión de la naturaleza del título y a su valor en la contratación.

La doctrina francesa antigua, sostenía que esta posesión así como la representación de los títulos era *ficticia*. Modernamente se sostiene que dicha posesión es una *posesión real*. La especial situación de las mercaderías en transporte y depositadas hace que esta posesión haya de ser considerada como real. Ahora bien, se ejercita por medio de un instrumento inteligente (G. y P. Marais; Lyon-Caen y Renault, Jack).

La teoría representativa según la técnica germánica se conoce también como *teoría relativa* frente a la *teoría absoluta*, los sostenedores de esta teoría consideran indispensable que el depositario, transportista o capitán del buque tengan la posesión inmediata de las mercaderías; el poseedor del título llegará a ser propietario de las mercaderías solo cuando sea también poseedor mediato de las mismas. Y esta posesión desaparece cuando perecen las mercaderías, se entregan a otra persona, o son objeto de robo.

Los representantes de la teoría relativa, aclaran de forma diferente como la entrega de los títulos transmite la posesión. Unos sostienen que el título representa la mercadería en tanto en cuanto el deudor posea como instrumento de la posesión (Besitzmiller) del poseedor regular del título (Jacobi). Otros conectan esta posesión a la observancia de las normas del Código civil sobre la adquisición de la posesión (lo que nosotros hemos llamado teoría de la cesión, que no aparece diferenciada de la que exponemos, en los autores germánicos).

La teoría representativa parece encontrar su apoyo en los ordenamientos jurídicos más modernos (*Codice civile* italiano de 1942, y Código suizo).

En efecto, estos últimos llaman a estos títulos «representativos».

La transmisión de estos títulos lleva aparejada la transmisión de la posesión (*Codice civile*). El Código suizo precisa aun más y en su art. 925 referente a la posesión, estipula que «la transmisión de los títulos valores emitidos en representación de las mercade-

rías confiadas a un transportista o un depositario se equipara a la tradición de éstas». Del contenido en los preceptos parece que la ley confiere efecto representativo cuando éstas se encuentran en la efectiva posesión de los depositarios o transportistas.

Argumentando ahora sobre nuestro derecho, carecería de sentido pensar que la prenda constituída sobre un título de tradición tiene como objeto de ejecución precisamente éste. El título es solo el medio, y el derecho real de garantía recae sobre las mercaderías (art. 196). El acreedor que teniendo legítimamente en prenda un resguardo (la prenda se constituye sobre el título...) podrá requerir a la compañía para que enajene los efectos depositados pues el objeto de ejecución son las cosas, no el documento (cf. art. 23 R. D. 22 de sept. de 1917).

La prenda exige el desplazamiento de la posesión (art. 1.863 C. c.) Este desplazamiento de la posesión, es necesario en el contrato de compraventa, pero las normas de la compraventa mercantil no se adaptan a la especial naturaleza de los títulos valores; la venta de éstos ha de ser seguida de entrega y toma de posesión por parte del adquirente (la posesión es requisito indispensable, tanto para la legitimación como para la titularidad, cf. art. 1.462 C. c.), y esta posesión del título, que articula la venta de las cosas, lleva aneja la posesión de las mercaderías representadas. Los títulos de tradición *representan las mercaderías, confieren la posesión de las mismas y se sustituyen a la tradición material.*

Los requisitos de la constitución en prenda complementan nuestra teoría sobre la correlación entre propiedad del título y titularidad del derecho.

En todo caso la posesión de las mercaderías se obtiene por la posesión del título (suficiente para la legitimación, si el poseedor obtuvo el título con arreglo a su ley de circulación; esta posesión legítima para realizar actos de disposición), posesión con apariencia de propiedad, transmisión fiduciaria que permite al poseedor

enajenar el título, adquiriendo el nuevo tenedor la propiedad del mismo (adquisición a «*non domino*» de buena fé), o bien, constituir la prenda. La apariencia es bastante, y es al propietario a quien corresponde limitar los poderes concedidos al aparentemente propietario.

Si el poseedor aparece como tal, es decir, como endosatario a título de procura o en garantía, no puede a su vez realizar actos que excedan de las atribuciones, que su posición jurídica le confiere. De todas formas éstos se manifiestan al exterior como simples poseedores, que pueden transmitir también la posesión del título con efectos limitados.

Ahora bien, la constitución en prenda, exige un doble dato, cuando se trata de títulos de tradición. De una parte, la titularidad del derecho, en cuanto solo el propietario de las cosas (cf. artículo 1.857 C. c.) puede constituir ésta, y además la propiedad del título, puesto que la prenda que en definitiva recae sobre las mercaderías ha de constar en el título mismo. Nuestro ordenamiento positivo ha visto claro este aspecto, y dispone que el poseedor de los resguardos tendrá «pleno dominio» (art. 195), principio que se confirma en las disposiciones del R. D. de 22 de septiembre de 1917 (cf. arts. 16 y ss.).

La posesión del documento lleva consigo la posesión de las mercaderías depositadas. El propietario, titular del derecho, puede en un momento determinado quedar desposeído tanto del título valor como de las mercaderías, sin que obste para su nuda propiedad. El caso de resguardo único de depósito sobre el que se anota la prenda (art. 196 C. de c.) o carta de porte endosada a título de garantía, son perfectamente posibles en la práctica y al ser dados en prenda, pasan de manos del deudor a las del acreedor.

Es la teoría representativa, la que a nuestro entender se adapta mejor a la específica naturaleza de los títulos de tradición y las disposiciones de nuestro ordenamiento positivo. De acuerdo con los principios generales que es posible inducir del mismo, resulta

así la única posibilidad coherente de construir un sistema que colme las imperfecciones de la ley.

LA TEORIA ABSOLUTA. LA TEORIA ABSOLUTA Y LAS TEORIAS POSESORIAS

Propugnada en primer lugar por Heymann, seguido por Brunner, Strohal, Pappenheim. K. Adler, Garcis, Staub, Biermann Kaufmann, Exner, y en Italia por Vivante y Navarrini.

El efecto real de los títulos de crédito, dicen los sostenedores de esta teoría, se explica conectando con los antecedentes históricos de la «*tradicio cartae*». La tradición «*per cartam*» operaba como una sustitución de la tradición de inmuebles, y después se extendió a los muebles. Esta forma especial de tradición hizo posible la transmisión de los bienes muebles sin atender para nada al dato de la simultánea transmisión de la posesión de los mismos. Basándonos en que solo a través de los títulos es posible adquirir y transmitir derechos reales sobre las cosas en depósito o transporte, se admite que con los actos de disposición sobre el título se cumplen simultáneamente los actos de disposición sobre las mercaderías, sin atender para nada a cuestiones posesorias. El poseedor de un título de tradición adquiere derechos reales, sin que tenga que unir esta posesión documental con ninguna clase de posesión de las cosas. La tradición de los títulos y su circulación regular tiene efectos absolutos y representa en el tráfico moderno una modalidad especial de adquisición de derechos reales sobre las cosas, que se aparta de las normas generales que los regulan.

Las consecuencias generales de esta teoría son las siguientes:

a) Las normas de Derecho civil no son aplicables en el caso de transmisión de derechos sobre las mercaderías por medio de los títulos de tradición.

b) El valor del título exige que éste se haga independientemente de la inseguridad y desventaja que lleva aparejada una es-

trecha unión entre título de tradición y posesión de las mercaderías.

c) Se mantiene rigurosamente el principio de que la entrega del título sirve para perfeccionar la constitución o transmisión de los derechos reales, aunque las mercaderías hayan perecido o hubiesen sufrido extravío o fuesen hurtadas. Los títulos gozan así de una base absoluta.

d) La entrega del título representa una nueva forma de contrato real exigida por la peculiaridad del tráfico de nuestros días.

Si consideramos la teoría absoluta a la luz de la «*jurisprudencia de intereses*» parece debiéramos inclinarnos a su favor. El puro esfuerzo conceptual no interesa. En cambio, precisa observar cuales son las repercusiones de la teoría sobre la vida. Las consecuencias prácticas de una u otra construcción son las que pueden arrojar luz sobre los principios, que reciben todo el valor de esta vida hacia la cual van a ser proyectados.

La tutela de los intereses de tercero, la confianza en los títulos y su circulación se facilitan extraordinariamente en cuanto consideremos que el derecho derivado del título no depende en modo alguno de relaciones posesorias. El adquirente del título sabe que con él obtiene los derechos reales (propiedad, prenda, etc.) que se le transmiten, sin ningún otro requisito. Naturalmente esta desvinculación de la posesión real protege extraordinariamente al tercer adquirente. Otra cosa sería si el adquirente del título sabiendo que adquiere el mismo y eventualmente las mercaderías que éste representa, condicionase este último hecho a la efectiva posesión por parte del depositario, transportista o capitán, de las cosas confiadas a su custodia.

Es al capitán, al transportista o al depositario a quienes incumben sufrir las consecuencias de una emisión del título que no responda a una efectiva toma de posesión. Ellos también responderán en razón a las faltas que hayan motivado el perecimiento o hurto de las mercaderías. Tampoco deben, en su caso, restituir sin la presentación del título.

Pappenheim en vista de las críticas, tanto a la teoría absoluta como a la relativa, ha intentado realizar una especie de sincretismo entre ambas.

La ley—opina Pappenheim—concede a los títulos de tradición todos sus efectos solo después de la efectiva entrega de las mercaderías (*receptum*), en cuanto a partir de ese momento los derechos escriturados tienen una base real en la situación de hecho, que permite en los casos normales realizar la adquisición de la propiedad de las mercaderías o la constitución de derechos reales sobre las mismas. Los títulos de tradición solo podrán ser considerados como tales en tanto en cuanto el acreedor sea poseedor de las mercaderías.

Si el depositario, en sentido amplio, pierde la posesión cae por su base el valor real del título. La variante de Pappenheim se ve clara respecto de las otras teorías. Heymann considera que los títulos de tradición son títulos de presentación, puesto que la entrega de las mercaderías no puede obtenerse sin el título, y desde el momento en que éstas han sido cargadas o depositadas, la venta o la constitución en prenda no puede ir seguida de la tradición que viene a ser sustituida por el título. Solo aquel que tiene el título puede transmitir derechos sobre las cosas, y solamente con la presentación del documento se rescatarán las mercaderías; el título sustituye la disponibilidad que confiere la posesión, la seguridad real que confiere la posesión se sustituye por la seguridad jurídica que confiere la detentación del título.

Como se ve, Pappenheim intenta aproximar la teoría absoluta a la relativa exigiendo como *fundamento del valor real del título la continuidad de la posesión de las cosas en manos del depositario, transportista o capitán.*



LAS TEORIAS DISPOSITIVAS

a) Los títulos de tradición transmiten una disponibilidad simbólica.

b) La posesión es sinónimo de disponibilidad. La posesión considerada como un hecho frente a la disponibilidad considerada como facultad jurídica.

c) La posesión es una consecuencia de la disponibilidad.

Vidari en la doctrina italiana antigua, cree que esta disponibilidad tiene el carácter antes expuesto. De un lado, se encuentra la disponibilidad jurídica que deriva justamente del contrato celebrado entre las partes, del otro la disponibilidad material, es decir, la que se obtiene de la detentación real de las cosas. La disponibilidad es simbólica porque deriva de un título emitido como consecuencia de un contrato, y asegura para el futuro la disponibilidad física. La formulación peca de confusa y niega a los títulos algunos de sus caracteres fundamentales al sostener que no confieren una disponibilidad jurídica, que se reconoce siempre al contrato, sino una expectativa.

De todas formas sin entrar en más discusiones, el título incorpora siempre un poder de disposición, que es independiente del contrato antecedente, la transmisión del título en relación con las mercaderías hace visible esta disponibilidad que tiene carácter jurídico y se independiza de la relación fundamental.

El contenido de esta disponibilidad es lo que ha dado motivo a varias disputas.

Para unos la posesión es sinónimo de disponibilidad. La posesión se considera como un hecho frente a la disponibilidad considerada como facultad jurídica.

La posesión de las mercaderías equivale a la disponibilidad. Esta teoría se hace vulnerable a la crítica de las teorías posesorias.

Brunetti cree que a través de los títulos de tradición se tiene la disponibilidad jurídica o plena, o sea la *posesión del derecho* a ejercitar sobre las mercaderías actos de disposición compatibles

con el objeto del contrato de transporte (habla para el comercio marítimo), correspondiendo el ejercicio de esta facultad al que se encuentra en la inmediata y legítima posesión de la cosa. La disponibilidad atribuída a la posesión no es otra que la posesión de las mercaderías. Es esta identidad la que hace que el título pueda llamarse título representativo o dispositivo, en el sentido de que representando a las mercaderías, su posesión se sustituye a la posesión de las mercaderías y su transmisión se sustituye a la disponibilidad.

Carboni opone la posesión a la disponibilidad. Para él poseer una cosa quiere decir tenerla de hecho sujeta a nuestro poder. Esta sujeción es el elemento constante en cualquier concepto de la posesión. En el mismo sentido se expresa Wieland «la posesión es el señorío de hecho sobre la cosa y se opone al señorío jurídico». La forma de ejercicio, la voluntad que a la misma se une, distinguirá—sigue diciendo Carboni—la posesión de los derechos de la posesión de las cosas, la posesión adquirida por medio de representante de la posesión adquirida por hecho propio. En cambio la disponibilidad que procuran los títulos de tradición tiene un contenido jurídico, permite la transmisión de derechos reales sobre las mercaderías y el ejercicio de tales derechos de una manera compatible con la situación de las mercaderías, por parte del poseedor del título.

Mientras la posesión es el ejercicio de hecho del contenido de un derecho, la disponibilidad que se obtiene a través de los títulos de tradición, permite el ejercicio del derecho a través de una facultad jurídica en ellos comprendida.

El que obtiene la disponibilidad de una cosa, obtiene su posesión; esta es la nota diferencial entre la posesión jurídica y los casos de detentación o posesión a título de precario, mientras el poseedor del título que ha obtenido esta disponibilidad se muestra como el poseedor de las mercaderías (Vivante). En la misma línea Bolaffio, cree que los títulos de tradición dotan al poseedor de la «inmediata y exclusiva disponibilidad de las mercaderías aún antes de su entrega material».

La crítica es fácil—según el punto de vista de los que defienden que los títulos de tradición confieren exclusivamente la disponibilidad pues no es necesario referirse a ninguna clase de posesión, simplemente esta disponibilidad actúa procurando la transmisión de derechos sobre las mercaderías.

LA TEORIA OBLIGATORIA DE LOS TITULOS DE TRADICION COMO TITULOS DE CREDITO QUE INCORPORAN UN CREDITO DIRIGIDO A OBTENER LA RESTITUCION DE LAS MERCADERIAS

La disponibilidad aparece configurada con un puro derecho de obligación, viendo en los títulos de tradición simples títulos valores que incorporan un crédito dirigido a obtener la restitución de las mercaderías.

La obligación del depositario, transportista o capitán de realizar la entrega se toma como base de estos títulos; cualquier otro poder que pudiera reconocerse en el poseedor de un título de tradición, trae su origen del contrato fundamental, que subsiste independientemente de la emisión del título.

Nada más errónea que esta concepción que sostienen entre otros Thol, Rocco, Vistoso y Carnelutti. Algunos como Pipin admiten que el título transmite, además, la posesión de las mercaderías. El título solo concede a su legítimo poseedor la posibilidad de intentar acciones personales contra el deudor mientras que el ejercicio de cualesquiera acciones reales queda condicionado al nacimiento de algún peligro que amanece el derecho a exigir la entrega. La misma prenda constituida por medio del título no recae sobre las cosas detentadas por un tercero sino que es la *prenda del derecho* a obtener la devolución de las mercaderías.

Para nosotros los títulos de tradición incorporan como todo título valor un crédito dirigido a obtener la restitución de determinada cantidad de mercaderías, pero también son algo más, instrumento de contratos que tienen por objeto la mutación patrimonial, o el desplazamiento de la posesión cuando se constituyen cargas reales sobre las antedichas mercaderías. Tanto es así que

uno de los casos en que el título funciona tan solo bajo su aspecto obligatorio es cuando se transmite a título de procura, quedando autorizado el poseedor a exigir solo la restitución de las cosas.

NUESTRA POSICION

a) En todo caso los títulos de tradición transmiten la posesión mediata de las mercaderías tanto para la adquisición de la propiedad como para la constitución de los derechos reales sobre las mismas.

El paralelismo entre derechos sobre el título y derechos derivados del título, hace que posesión del título y posesión mediata de las mercaderías se correspondan, salvo en los casos en que la transmisión de la posesión queda excluida, p. ej. endoso a título de procura. Tanto en la venta como en la constitución en prenda hay desplazamiento de la posesión del título, desplazamiento que va seguido por el correspondiente traspaso de la posesión de las mercaderías.

b) El poseedor regular del título adquirido de buena fé, obtiene la propiedad del mismo y deviene titular de los derechos incorporados cuando se le transmitió a título de dominio.

Llamamos poseedor regular al que obtuvo el título con arreglo a su ley de circulación. Nuestra solución creemos que concilia todas sus exigencias. El poseedor regular de buena fé en virtud de las normas que disciplinan la adquisición de cosas muebles, art. 464, C. c., queda protegido totalmente. «La buena fé del poseedor, dice el art. 1950 del C. c., consiste en la creencia de que la persona en quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio». Esta buena fé queda basada respecto a los títulos valores, en el cumplimiento de los requisitos de circulación de cada uno de ellos. Así, el que adquiera el título de un endosatario que se muestre titular en razón de endoso pleno, aunque éste encubra un mandato de cobro, se hace propietario del documento y por lo tanto titular del derecho.

c) En el tráfico basta sin embargo, con la apariencia derivada de la posesión del documento para aparecer como legitimado, tanto para exigir el cumplimiento de la prestación escriturada, como para ejercer el poder de disposición real sobre las mercaderías.

Las exigencias del tráfico determinan que funcione con toda eficacia el principio de la apariencia jurídica. Tanto para exigir el cumplimiento de la obligación como para ejercitar el poder de la disposición real sobre las cosas basta con la legitimación, es decir, posesión regular con arreglo a la ley de circulación dispensando de cualquier otra indagación respecto a la titularidad de los derechos. Aquel que se muestra con poder bastante por el doble dato de la posesión del título y la regularidad formal de su adquisición actúa con plena eficacia en los actos dispositivos sobre las cosas cumplidas a través del documento.

(Continuará)