

TEMA: Extensión de la Quiebra

Mecanismos o Institutos Concursales de Responsabilidad de Terceros.

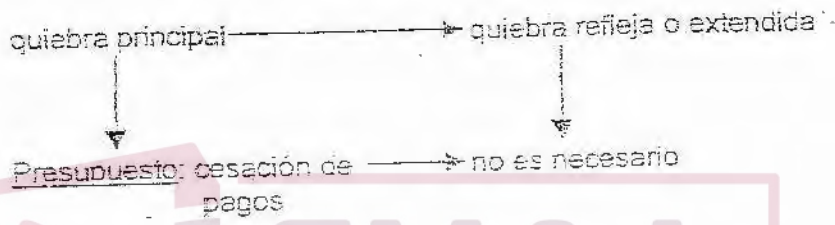
- 1) Ineficacia concursal (arts. 115/124 LCQ)
- 2) Extensión de quiebra (arts. 160 y sigtes.)
- 3) Responsabilidad de representantes (*) (art. 173, 1º párrafo)
- 4) Responsabilidad de terceros (*) (art. 173, 2º párrafo)

Objeto:

recomponer el patrimonio e incrementar el activo repartible

(*) Hay otras acciones de responsabilidad reguladas en Ley de Sociedades y Código Civil.

Extensión de Quiebra (sólo en quiebras liquidativas)



Causas de Extensión:

1) Art. 160 LCQ: a los socios ilimitadamente responsables

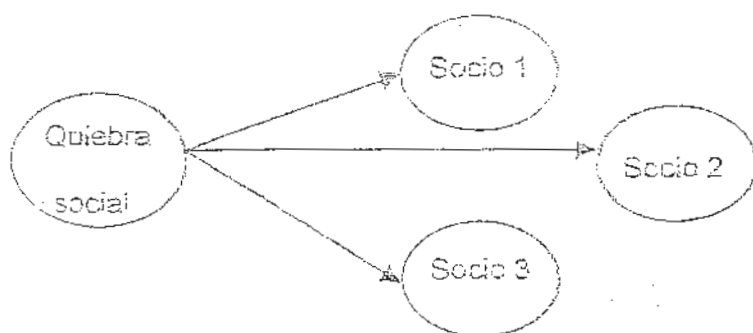
^{RAMBLA}
a) socios que tienen responsabilidad solidaria según el tipo social: son originariamente responsables ilimitados. Ej. sociedad colectiva, irregular, socio capitalista en sociedad de capital e industria, socio comenditado (Tesis de Maffía).

¿a quiénes comprende?

b) Tesis de Roullón: a los socios a) y también a los que devienen ilimitadamente responsables por todo el pasivo social (pierden el beneficio de la responsabilidad limitada al aporte). Ej: sociedades de plazo vencido que continúan en el ejercicio de actividades sociales; sociedades en formación (art. 183 LS); art. 137 LS; arts. 18 a 20 LS. Según Roullón, los supuestos contemplados en los arts. 136; 142; 147 y 164 LS, ^{no son} supuestos que autorizan la "propagación" o extensión de la quiebra social, pues responden solidariamente por algunos actos, o sea por determinadas obligaciones.

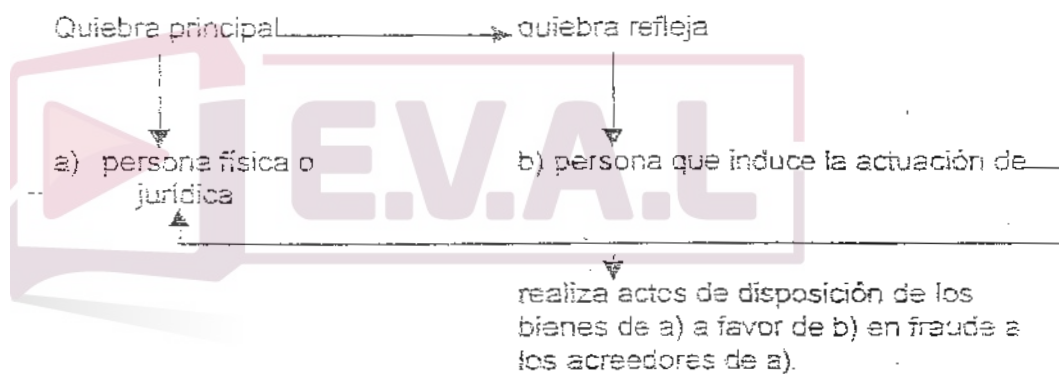
ver en un libramiento de pagos, no es de carácter de estado notarial

En el supuesto del art. 160 se forman – como regla – masas separadas

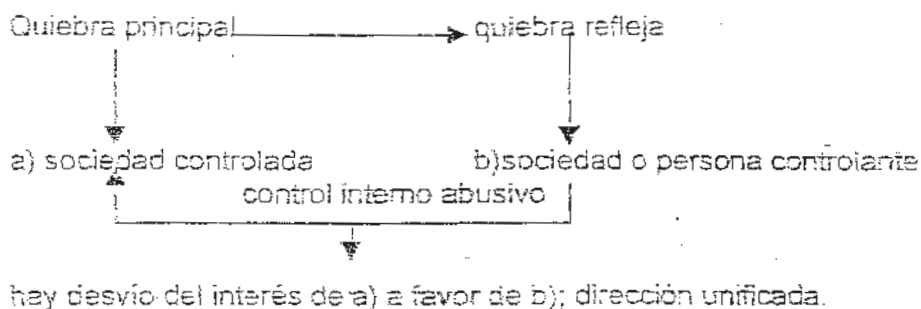


En 1, 2 y 3 concurren acreedores particulares de cada socio; más acreedores sociales. Se aplican arts. 135 y 136 LCQ. No se forma masa residual.

2) Actuación en interés personal (Art. 161, inc. 1 LCQ)

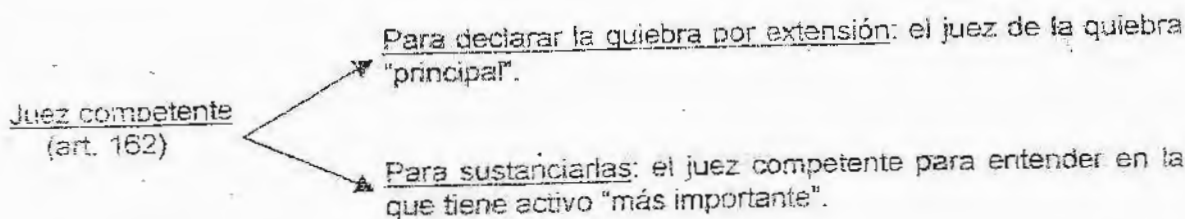


3) Abuso de control: (art. 161 inc 2 LCQ)



4) Confusión patrimonial inescindible (art. 161, inc. 3)

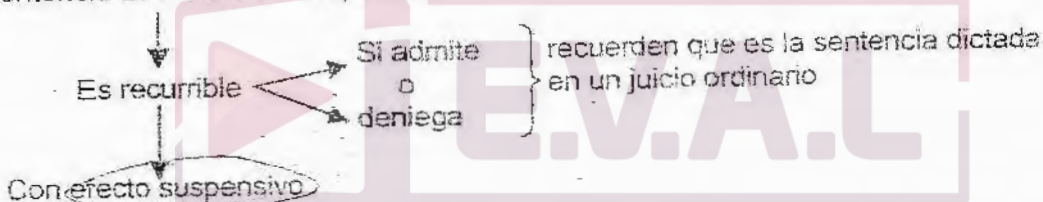
El patrimonio de la fallida "principal" se confunde con los patrimonios aparentemente pertenecientes a otros sujetos.
Hay una sola unidad patrimonial.



Sujetos legitimados para pedirla:
(art. 163)

- Síndico de la principal
- Cualquier acreedor

Sentencia de extensión de quiebra



En los supuestos de art. 161 inc 1 y 2 se forma como regla

Masas separadas con Masa Residual

- Varias masas pasivas: una por cada quiebra con los acreedores de cada fallido (se aplica en su caso, art. 135 y 136)
- Varias masas activas: una por cada quiebra con los bienes de cada fallido Si hay remanente (ver pág. sigte.)

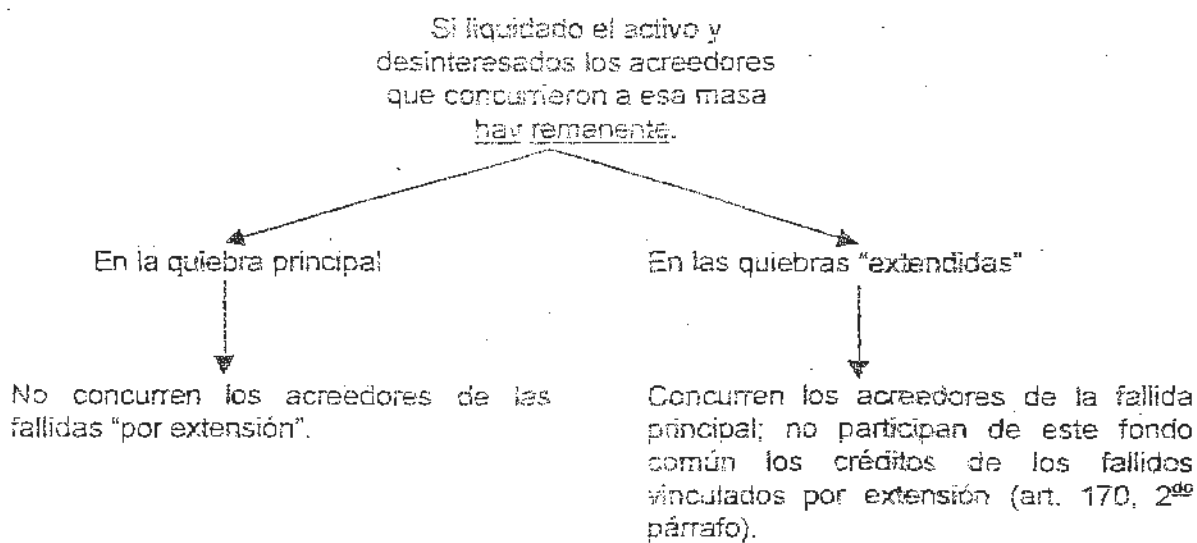
En los supuestos de art. 161 inc 3 se forma

Masa Única

salvo que,

- Un solo activo liquidable
- Un solo pasivo: concurren todos los acreedores
- Un solo obligado. No se aplica el art. 135 LCQ.
- Los créditos entre los sujetos fallidos se extinguen por confusión (art. 170 in fine)

[Handwritten signature]



En definitiva, los acreedores insatisfechos de la fallida principal sólo se benefician con la extensión si queda un remanente en alguna/s quebradas por extensión. Ese remanente constituye la masa residual o fondo común que se destina a los acreedores insatisfechos de la "principal".



Título: Uso y abuso del protesto en materia cambiaria. Ensayo de una reconstrucción de conceptos sobre el tema

Autor: Gómez Leo, Osvaldo R.

Publicado en: LA LEY 2000-C, 1152

Sumario: SUMARIO: I. Generalidades. II. Clases de protesto regulados en nuestro país. - III. Concepto descriptivo. - IV Finalidad y efectos.

I. Generalidades

La finalidad de este trabajo, es brindar una reconstrucción sobre la institución del protesto notarial y especialmente, sobre diversos conceptos que conciernen a la materia cambiaria. Ello resulta propicio pues lo que se expone es la investigación que llevamos a cabo, para volcarla en la nueva edición de nuestro libro sobre El pagare, actualmente agotado; por esa razón aludimos, casi con exclusividad, a ese papel de comercio -tan nuestro- y solo ocasionalmente a la letra de cambio.

Como soporte de los nuevos conceptos elaborados se expone breves consideraciones sobre los antecedentes del protesto, las diversas finalidades que se tuvieron en cuenta para su consagración legislativa, la recepción en el derecho comparado y el tratamiento que recibió en la legislación uniforme, aludiendo a la utilidad invocada por sus defensores, así como a las críticas vertidas por sus detractores que patrocinaron su derogación.

Sin embargo lo más importante de la reconstrucción efectuada, es el tratamiento y la exposición ordenada de los debidos alcances de utilización del protesto y a partir de allí fijar la utilidad de esta institución, así como los efectos y la relaciones -reales y verdaderas- que tiene el protesto notarial con otras instituciones reguladas en la ley cambiaria que tantos desencuentros han producido y aun producen en nuestro país y que pretendemos cesen definitivamente, por lo menos en los aspectos develados por este ensayo.

a) Los antecedentes

El protesto no es una institución, genuinamente cambiaria, sino que se trata de un acto externo a los papeles de comercio que funciona, en la mayoría de los casos, como condición de procedencia de las acciones regresivas, sin perjuicio que en nuestro concepto, se le debe atribuir un alcance mayor, pues mediante el protesto se puede comprobar cualquier situación cambiaria insatisfecha, aun cuando no este previsto legalmente, en tal caso se designa "contraprotesto"(1).

Sus primeros antecedentes se ubican en el siglo XIV registrándose un protesto el 5 de octubre de 1339, en Pisa y otro en Genova, el 14 de noviembre de 1483, en una letra librada desde Barcelona (2).

En los siglos siguientes, se ocuparon del protesto, en diversos aspectos: El edicto de Luis XI, del 8 de mayo de 1462; la Ordenanza Francesa para el comercio terrestre de 1673; la Ordenanza de Bilbao de 1737; la Ordenanza de Frankfurt de 1739; el Código de Comercio Francés de 1807; el Código de Comercio español de 1829; hasta llegar a la Ordenanza General de Cambios, del 24 de noviembre de 1848 que unificó la legislación interna de la confederación germánica, y que con las modificaciones introducidas por las novelas de Niremberg de 1869 y por una ley del 30 de mayo de 1908, rigió hasta el 21 de julio de 1933, oportunidad en la cual Alemania adoptó la legislación uniforme dictada en Ginebra en 1930, a la que luego nos hemos de referir en punto al tema que nos ocupa.

En los primeros tiempos la finalidad principal del protesto fue la comprobación del curso del cambio del día en el cual la letra era protestada, buscando luchar contra la especulación y la usura (3) lo cual parece no haber sido muy eficaz en Italia, donde se hizo común el dicho de que "el cambio y el viento varían siempre"(4).

Otro de los motivos de la utilización del protesto se origina en que la aceptación del girado, que al principio era obligatoria, pasó a ser facultativa, razón por la cual se podía rehusar y posteriormente, rechazar el pago (5).

Posteriormente el protesto tuvo por finalidad fundamental la comprobación "segura"(6) de que la cambial hubiera sido rechazada por el librado, abriendo la posibilidad de accionar contra los obligados indirectos (o de regreso) librador, endosantes y sus respectivos avalistas -si los hubiera- quienes al no estar presente (7) en ese momento del rechazo, requieren una prueba fehaciente de esa circunstancia (8).

Finalmente es preciso poner en evidencia que se ha sostenido que es el carácter probatorio del protesto (9) la razón principal, por la cual ha persistido en el tiempo, aun cuando desde principios de este siglo, la doctrina se ha preocupado en señalar otros aspectos de interés que se pueden comprobar mediante el protesto (10).

b) Las formalidades del acto

Desde sus inicios, el protesto fue un acto solemne llevado a cabo por un funcionario público, que hacía plena fe de la falta de aceptación o de pago ocurrida, por esa razón debió ser revestido de cierta secuencia ritual, v gr. "il presentatio lite rararum" al librado, "requisitio" solicitando la aceptación o el pago y "protestatio" ante el rechazo del requerido (11). Con el paso de los años, parte de la doctrina (12) acometió contra la institución del protesto, expresando que:

- 1.) se trata de una plaga ajena al derecho cambiario, que no es una necesidad técnica jurídica imprescindible;
- 2.) produce gastos excesivos, que han hecho una industria de este instituto;
- 3.) se trata de un especie de atavismo en el campo del derecho cambiario;
- 4.) es un acto que contiene solemnidades superfluas y arcaicas que le restan agilidad, sencillez y sinceridad, porque se hecha mano a ficciones inoperantes y trámites inconsultos totalmente alejados de la realidad de la vida de los negocios.

Tales reclamos surgidos en diversos países y a los largo de muchos años, produjeron serios debates doctrinarios y legislativos (13) logrando finalmente, una serie de modificaciones en el instituto, tales como:

- 1.) limitación de algunas formalidades consideradas superfluas (14);
- 2.) supresión de la presencia de testigos en el acto de protesto (15);
- 3.) que además de los escribanos, pueden levantar los protestos, los oficiales de justicia y los agentes de correo (16);
- 4.) que se puede reemplazar ese acto por una declaración escrita y firmada en la misma, por el sujeto requerido y en caso que esa declaración se hiciera en instrumento separado debía transcribirse en este íntegro y exactamente la letra rechazada (17).

c) Legislación uniforme

Las modalidades señaladas, que avanzaron sobre el protesto notarial de rancia estirpe logrando consagración en la legislación comparada, no tuvieron acogida en el Reglamento de La Haya de 1912, ni en Ley Uniforme de Ginebra de 1930, instituyéndose en este último caso, en el Anexo 11, de Reservas, la que lleva el N° 8, que dice:

"Cada una de las Altas Partes contratantes tiene la facultad de prescribir que los protestos que deban formalizarse en su territorio puedan ser reemplazados por una declaración fechada y escrita en la letra de

cambio, firmada por el girado, salvo el caso en que el librador exija en el texto de la letra de cambio un protesto por acto auténtico. Cada una de las Altas Partes contratantes tiene igualmente la facultad de transcribir en un registro público en los términos fijados para los protestos. En los casos previstos en los apartados precedentes se presume que el endoso sin fecha ha sido hecho con anterioridad al protesto". Norma esta que halla su complemento en el art. 8º, de la "Convención destinada a reglar algunos conflictos en materia de letras de cambio y pagares a la orden" consagrada, también en Ginebra el 7 de junio de 1930, que dice:

"La forma y los plazos de los protestos, así como la forma de los otros actos necesarios para el ejercicio o la conservación de los derechos en materia de letra de cambio y de pagare a la orden, se reglan por las leyes del país en cuyo territorio debe formalizarse el protesto o cumplirse el acto en cuestión"(18).

d) Nociones de derecho comparado

Una breve reseña sobre las normas regulatorias del protesto, en los diversos países, según la bibliografía consultada puede exponerse del siguiente modo:

1. - Protesto notarial. Lo contemplan, expresamente en la normativa cambiaria: Bolivia (art. 420); Colombia (art. 706); Costa Rica (art. 778); Chile (art. 732); El Salvador (art. 761); España (art. 51); Francia (art. 160); Guatemala (art. 480); Honduras (art. 563); Italia (art. 71); Méjico (art. 148); Panamá (art. 153); Paraguay (art. 717); Perú (art. 55); República Dominicana (art. 174) y Uruguay (art. 910). Hacen lo propio, en regulaciones externas: Bélgica, Brasil, Ecuador, Nicaragua y Venezuela. El derecho inglés presenta un matiz diferencial: a) las letras extranjeras ('foreign bills') requieren protesto notarial, previo un procedimiento de comprobación del resultado de la interpelación efectuada al girado ('hotingforprotest') (sec. 93, B.E.A.) b) en cambio las letras interiores ("inland bills") que son aquellas libradas y pagaderas dentro de las Islas Británicas, no requieren protesto, siendo reemplazado este por un aviso ('notice of dishonor') dado a los obligados cambiarios de regreso (sec. 48, B.E.A.).

2. - Protesto bancario. Adoptan, además, un régimen similar al de nuestro art. 38, L. Ch. Colombia (art. 708); Guatemala (art. 483) y Nicaragua (art. 152).

3. - Protesto postal. Admiten que el protesto sea realizado por la Administración de Correos: Alemania (art. 99); Bélgica (ley del 10/ 11 / 1877) (19); y Suiza (art. 1035, C.O.).

4. - Protesto en acto separado. Regula esta clase de protesto: Italia (art. 69) debiendo contener la transcripción de la cambial (art. 71, ap. 2) el original del protesto debe ser entregado al portador de la letra (art. 73, ap. 2).

5. - Declaración sustitutiva. Produce los mismos efectos del protesto una declaración negativa de aceptación o de pago escrita y firmada sobre la letra por el girado, salvo que el librador hubiese introducido la cláusula "con protesto" en Italia (art. 72) y España (art. 51), en este último país, también lo produce la misma declaración del domiciliatario o, en su caso, de una Cámara de Compensación, en la que se deniegue el pago de la cambial. Admiten también la solución de la declaración sustitutiva: Bélgica, Grecia, Japón, Luxemburgo, los Países Bajos y Rusia (20).

6. - Funcionarios habilitados. Además de los notarios, se autoriza a constatar el rechazo -de aceptación o de pago- de la cambial a: a) En Francia a los "huissiers" u oficiales judiciales para actos externos (art. 162); b) En Italia, a oficiales de Juzgado, Secretarios e incluso alguaciles de Ayuntamiento (ley n 349, 121611973); c) En Inglaterra, para las letras extranjeras ("foreign bills"), en las plazas que no existen notarios, cualquier persona respetable; asistida por dos testigos, puede extender un certificado firmado por ellos de la diligencia efectuada, siendo el mismo un documento equivalente al protesto notarial (sec. 94, B.E.A.) (21).

II. Clases de protesto regulados en nuestro país

El dec.-ley 5965/63 (Adla, XXIII-B, 936) instituyó dos clases: el protesto notarial y el llamado postal-bancario, que consiste en la notificación postal remitida por un banco.

a) Protesto postal bancario

Esta clase de protesto tiene su antecedente nacional en el proyecto elaborado por el doctor Waldemar Arecha (22), mediante el cual -como había ocurrido en países europeos, Bélgica, Alemania, Luxemburgo, etc. se pretendió aprovechar la estructura de organismos establecidos -Bancos y Correos- tratando de simplificar las diligencias con una aceptable seguridad y rapidez en el procedimiento de intimación y constatación de las situaciones cambiarias insatisfechas que fuera menester constatar.

La extensión y minuciosidad observada por nuestro legislador del año 1963, así como la falta total de vigencia de las normas que regulan el protesto postal bancario en razón de no haberse dictado el decreto reglamentario que permita su aplicación (art. 3, dec.-ley 5965/63) (23) nos lleva a obviar el tratamiento de su contenido.

Cabe señalar que si bien se han vertido algunas opiniones en su apoyo (24), autorizada doctrina lo ha condenado, así: Bulló (25); Cámara (26); Malagarriga (27); Solari (28); Williams (29); Winizky (30); Zavala Rodríguez (31); Zavaleta, M. (32), entre otros.

Resumiendo las críticas tenemos que se ha sostenido:

- 1.) se trata de una institución que no ha funcionado bien, ni siquiera en los países europeos que cuenta con un servicio de correos mucho más eficiente que el nuestro y tienen un territorio reducido que no conspira contra la rapidez y seguridad de los envíos postales (33);
- 2.) teniendo en cuenta la magnitud del volumen de documentos cambiarios que deberían protestar los bancos, como sería posible que el propio banco corra con la diligencia del protesto de sus propios documentos ¿Elo no puede resultar sospechoso? (34);
- 3.) no resulta aconsejable encomendar a Correos, o en la actualidad a la concesionaria, una tarea totalmente extraña a sus funciones específicas;
- 4.) tampoco es aconsejable correr el riesgo que implica la remisión de una tarjeta postal abierta y que su entrega se lleve a cabo por un empleado de Correos, cuando nunca en el país pudo organizarse debidamente la institución del cheque postal;
- 5.) la inseguridad que conlleva delegar en el Poder ejecutivo la reglamentación de las diligencias de esta clase de protesto en zonas rurales o en despoblado a los cuales no alcanza el servicio de Correos;
- 6.) la eventual responsabilidad del Estado, por los daños y perjuicios que derivasen del indebido incumplimiento de los agentes encargados de las respectivas diligencias (35).

No conocemos defensas de peso del sistema instituido y no reglamentado, por tanto, no utilizado nunca en nuestro país.

Fue un desacierto legislativo.

b) Protesto notarial

Nuestra ley cambiaria regula además, del protesto postal-bancario, el protesto por acta notarial que lleva a cabo y protocolizar un escribano público (art. 63, inc. a, L.C.A.).

Esta modalidad es clásica y de antigua data; reconoce su antecedente mediato en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y en forma inmediata en el Código de Comercio español, redactado por el ilustre don Pedro Sainz de Andino, sancionado por Fernando VII con fecha 30 de mayo de 1829, que comenzó a regir el 1 de enero de 1830 y que fue seguido por Vélez Sarsfield en los arts. 712 a 725 del Cód. de Comercio derogado.

Casi resulta sobreabundante decir que los desarrollos que siguen, son, exclusivamente, sobre el protesto notarial.

III. Concepto descriptivo

El protesto es un acto autentico, formal, solemne, unitario e insustituible, impuesto por la ley al portador del pagare, como carga sustancial, con la doble finalidad de comprobar situaciones cambiarias insatisfechas, a la vez que fija la actividad desarrollada por el portador para cumplir la regulación progresiva de cargas sustanciales establecida por la ley cambiaria.

a) Es un acto auténtico (36) es decir público (37), en tanto el notario que lo realiza da fe de los actos pasados en su presencia. Tales constancias vertidas en el instrumento o acta de protesto (38), hacen plena fe (39) hasta tanto no sean atacados de falsedad (por acción civil o criminal) (arts. 979, inc. 1º y 993, Cód. Civil). Es decir, producen plena prueba de la existencia de tales hechos, haciendo fe pública de ellos, no solo entre las partes, sino también respecto de terceros. Para el caso que se pretendiera negar su contenido, no se lo puede enervar mediante simple contraprueba, sino que es necesario un juicio de redargución de falsedad; de otro modo la fe pública que merece el documento podría ser vulnerada a cada paso, por lo cual la ley exige un procedimiento especial para su impugnación (40).

Sin embargo es necesario considerar ciertas situaciones conflictivas que se han planteado. Alguna ya superada, otras todavía mantienen actualidad.

Con motivo de que se ha dicho que las enunciaciones del acta del protesto, sobre las respuestas obtenidas o los motivos por los cuales no se obtuvo ninguna tienen gran importancia (41); tiempo atrás contestamos que esa afirmación, desde una estricta óptica cambiaria no se justificaba pues los protestos no se encaminan a recoger declaraciones de las cuales pueden nacer derechos, ni crear obligaciones (42), ni certifican la autenticidad de la firma de suscriptor del título (43) ni constituye al papel de comercio en instrumento público (44), ni elimina la posibilidad de oponer la excepción de falsedad, ni atribuye la titularidad del crédito cambiario (45), ni la propiedad del documento (46), pues sólo se circunscribe "a dejar constancia del incumplimiento o resultado negativo de la interpelación efectuada." (47).

Asimismo, hace ya algún tiempo se cuestiono la posibilidad de interponer la excepción de falsedad, si el requerido de pago en oportunidad del protesto no había hecho manifestación al notario de que no pagaba por que la firma no le correspondía. Entendimos entonces y reiteramos ahora, por si todavía queda algún vestigio de duda, que la manifestación en uno o en otro aspecto, o el silencio del suscriptor sobre la autenticidad de la firma en ese momento que sea recogida en el acta del protesto es irrelevante, y puede ser neutralizada por contraprueba (48).

También hay que señalar que es irrelevante, pues no hace plena fe, la manifestación contenida en el acta de protesto sobre la identidad del interpelado, si en ella se expresa que fue atendido por un persona "que dijo ser el deudor", pues con esa sola manifestación, de la identidad no le consta al escribano (49) de ello se sigue que en aplicación del principio general que rige la especie, lo dicho en el acta sobre la identidad del interpelado hace plena fe si el notario comprueba expresamente su identificación con la exhibición del respectiva documento de identidad, en rigor, únicamente el D.N.I., sin embargo se admite documentos equivalentes, v gr. cédula de identidad de la Policía Federal, pasaporte, etc.

b) Es un acto formal (50), porque los requisitos extrínsecos que la ley impone para levantar el protesto, son exigidos bajo pena de nulidad (51), con la finalidad de dispensar adecuada tutela a los valores esenciales de certeza y seguridad que informan la circulación y efectivización del crédito cambiario

c) Es un acto solemne (52) pues las exigencias instrumentales impuestas por la ley (art. 66, L.C.A.) constituyen un acto de publicidad mediante el cual se convoca a los demás firmantes del título que están ausentes en el momento del protesto. Tal acto de convocación actualiza su responsabilidad cambiaria, la cual, asumida por cada uno de ellos al firmar el pagare, se hace exigible mediante la acción cambiaria regresiva, que queda expedita luego de la formalización del protesto útil (53).

d) El protesto es un acto unitario porque debe hacerse en un solo acto (54); donde se debe incluir todos los requerimientos realizados al legitimado pasivo en esa ocasión (55).

Es decir que debe contener todas las averiguaciones, indagaciones, respuestas, etc. (56), por grande que sea su número, pues la multiplicidad de protestos agravaría los gastos y haría más complicado el ejercicio de la acción cambiaria de regreso. Inclusive se debe observar esa unidad aun cuando sean varios los pagares protestados por el mismo tenedor al mismo deudor (57).

Por otra parte, esta unicidad del protesto se manifiesta cuando es realizado ante el obligado principal (v. gr., el suscriptor del pagare), pues resulta suficiente sin necesidad de tener que reeditarlos ante los endosantes y sus avalistas, y ni siquiera ante el avalista del suscriptor. Todos ellos, ausentes en el acto de protesto, han quedado convocados por el carácter público de este y pueden ser requeridos de pago por los diversos medios o recursos para el cobro que el sistema dispensa al portador legitimado, especialmente las acciones cambiarias regresivas.

e) El protesto es un acto insustituible, en tanto resulta irremplazable por otro acto cualquiera. No es idóneo para ello el recaudo utilizado algunas veces en la práctica, de enviar una carta-documento al deudor, o como ocurre en Italia, pretender suplirlo por una declaración escrita por el suscriptor en la cual reconozca su negativa (58).

Es decir, que cuando la ley lo imponga, resulta necesario el documento público que atestigüe haber formalizado el correspondiente protesto (59).

Este carácter insustituible es de viejo cuño y se remonta a la Ordenanza francesa para el comercio terrestre de 1673, una de cuyas reglas proclamó que el protesto no podía ser suplido por ningún otro acto, documento o testigo (60).

El principio general mencionado cede cuando existe dispensa legal (arts. 48 y 58, L.C.A.) o voluntaria (art. 50, L.C.A.). Sobre este tema volveremos oportunamente

f) En la práctica el protesto es utilizado, casi exclusivamente, para hacer constar la falta de pago del pagare, aunque resulta procedente -como ya explicamos- para comprobar cualquier situación cambiaria insatisfecha. Empero, ciñéndonos a la regulación legal es el acto idóneo para comprobar:

- 1.) cuando el suscriptor rehusa extender y firma el "visto" del pagare librado a cierto tiempo vista;
- 2.) por falta de fecha del citado acto cambiario;
- 3.) por falta de entrega del original en un pagare con copias.

También en estas situaciones-casi desconocida en las prácticas de nuestro país- el portador legitimado debe patentizar fehacientemente la insatisfacción ocurrida por quien debió observar determinada conducta y no lo hizo, para que de ese modo queden expedita la vía regresiva contra los endosantes y sus avalistas, sujetos, estos, ausentes en el acto que motivo el protesto.

g) El protesto es una carga sustancial. En efecto, el rigor cambiario sustancial impone al portador del pagare, en tanto acreedor cambiario una regulación progresiva de cargas, para satisfacer las cuales debe desplegar determinadas actividades y diligencias único modo de evitar que se produzcan caducidades de sus potestades cambiarias. Para ello debe formalizar el protesto correspondiente de modo útil, esto es, oportuno y formalmente en regla. O para decirlo de otro modo, la no realización de la diligencia notarial produce la decadencia de las acciones cambiarias de regreso, y en tal caso se dice que el pagare ha quedado perjudicado (art. 57, L.C.A.). Perjuicio que importa que aquellos que habían firmado el título y debían responder como obligados de regreso, quedan liberados de tal acción (61) lo propio ocurre cuando el protesto no resulta idóneo, por ser nulo o extemporáneo. En todos esos casos, sólo el suscriptor del pagare responde cambiariamente en virtud de la acción directa, que también puede ejercerse contra su avalista si lo tuviera; los demás firmantes que han quedado liberados por las caducidades producidas,

responderán eventualmente en el terreno extracambiario si se dan las circunstancias fácticas que prevé la ley (v.gr., acción de enriquecimiento) (art. 62, L.C.A.).

Sin perjuicio de las consideraciones efectuadas, realizamos a continuación el intento de reconstrucción técnico-científica de los conceptos estudiados y de los efectos del protesto en materia cambiaria, puntualizando sus precisos alcances, que no siempre han sido tenidos en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia.

IV. Finalidad y efectos

a) Efectos probatorios

Siendo que el protesto que nos ocupa es otorgado, por un escribano mediante un acta notarial, que tiene naturaleza de instrumento público (art. 979, inc. 2°, Cód. Civil), aparece en primer término su aptitud probatoria, en tanto resulta idóneo para acreditar:

- 1.) la presentación del título al sujeto pasivo en el lugar, día y hora que tal hecho suceda;
- 2.) la denegatoria del pago -total o parcial que el sujeto requerido manifieste, así como los dichos que exponga al ser intimado;
- 3.) la denegatoria de extender "el visto" por parte del suscriptor del pagaré, estableciendo con el protesto por esa causa el principio de cuándo comienza a correr el tiempo vista (art. 104);
- 4.) la falta de fecha del "visto" puesto por el suscriptor, si se omitiera la fecha de su otorgamiento. En este caso, también a partir del protesto comienza a correr el tiempo vista.
- 5.) la falta de entrega del pagaré original, por parte del tenedor, hacia quien tiene la copia que circuló y en la cual consta el nombre del tenedor requerido;
- 6.) la falta de pago ante el indicado (interviniente forzoso) por alguno de los obligados de regreso, a fin de poder accionar mediante la acción de reembolso contra éste y los firmantes garantizados por él en el nexa cambiario.

Es decir, que como instrumento escrito resulta medio de prueba eficaz para acreditar cada uno de los hechos mencionados. Según el art. 993, del Cód. Civil, su eficacia es que hace plena fe de la existencia material de los hechos pasados en presencia del notario interviniente; sin que el instrumento de la diligencia del protesto pueda ser redarguido de falsedad en el juicio ejecutivo (62).

Es necesario reiterar aquí, que por aplicación de los principios generales en materia probatoria, que el acta del protesto hace plena fe de los actos pasados ante el escribano, no alcanzando esa categoría los dichos o referencias de actos o hechos anteriores al acto que el requerido puede manifestar, pues no le constan al escribano, ni se han producido en el acto del protesto (63).

b) Efectos cambiarios sustanciales

En virtud del protesto, que comprueba, como expusimos, las situaciones cambiarias insatisfechas, se establece el emplazamiento cambiario, tanto del sujeto requerido como del requirente. Aquél, deudor que no hace honor a la promesa de pago asumida al librar el pagaré (art. 101, inc. 2, L.C.A.); éste, portador legitimado del título que ha desarrollado la actividad necesaria para satisfacer las cargas cambiarias sustanciales que la ley le impone, como imperativo del propio interés, a fin de preservar las acciones cambiarias regresivas, anticipadas o a término, contra los endosantes y sus respectivos avalistas. Acciones que en caso de no levantarse protesto útil, caducan irremediabilmente, perjudicando al pagaré (art. 57, inc. b, L.C.A.).

Las posibilidades de accionar de regreso contra los endosantes y sus respectivos avalistas, decae por falta de protesto útil, en los siguientes casos:

- 1.) en el supuesto de cesación de pagos del suscriptor o cuando resulte infructuoso un embargo sobre sus bienes (art. 47, inc. b, n° 2, y art. 48, ap. ap. 6°, L.C.A.). En este supuesto caduca la acción de regreso anticipado. Sin embargo, y a pesar de esa caducidad, el portador podrá esperar el vencimiento y presentar

el título al pago; rehusado éste y comprobado por un protesto, podrá ejercer la acción de regreso a término, por falta de pago.

2.) al vencimiento del pagaré, si el pago no es atendido en forma total o parcial (art. 47, inc. a; art. 42, ap. 3º, y art. 57, inc. b, L.C.A.);

3.) en los pagarés a cierto tiempo vista, si omitida la fecha del "visto" no se levanta protesto por falta de ella. Como ya dijimos, el pagaré vence el último día que había para presentarlo al visto; si no llevara ninguna cláusula modificatoria del término legal, se considera que fue presentado el último día del año, contado a partir de la fecha de creación, pero decaen todas las acciones regresivas.

4.) cuando no se le devolviera el original del pagaré librado con copias, y ello no fuera comprobado por el respectivo protesto (art. 87, ap. 3º, L.C.A.).

5.) cuando el pagaré tuviera algún indicado para el pago, y rehusado éste por el suscriptor, no se levantará protesto contra los indicados (intervinientes forzosos) para el pago. El decaimiento de las acciones de regreso se produciría respecto del indicativo y de los demás obligados regresivos garantizado por este sujeto.

Estos efectos sustanciales, en rigor, son los más importantes que la normativa cambiaría otorga con relación al protesto notarial.

c) Efectos procesales

Según el art. 60, L.C.A., que reconoce su fuente en el proyecto Yadarola, pero que está ausente en las demás regulaciones legales del derecho comparado que siguieron la legislación uniforme establecida en Ginebra en 1930, las letras de cambio o pagarés, debidamente protestadas, son título ejecutivo hábil para accionar por el importe del capital y accesorios, conforme a lo dispuesto en los arts. 52, 53 y 56, L.C.A.

La novedosa norma antes de la sanción de la ley 19.899 (Adla, XXXII-D, 5075), que modificó el art. 50 L.C.A., trajo opiniones encontradas sobre su interpretación.

Mientras Fontanarrosa (64), Alegría (65), Solari (66) y Lavigne (67), entre otros sostenían que el documento cambiario que incluyera la cláusula "sin protesto" y no fuera protestado, no resultaba título hábil para iniciar una ejecución cambiaria, ya que entendían que esa cláusula tenía sólo operatividad en el aspecto sustancial o de fondo, evitando la caducidad de las acciones regresivas, pero tal operatividad no alcanzaba al aspecto procesal pues en este terreno el título al no haber sido protestado, no era título ejecutivo.

Frente a esa posición sostuvimos oportunamente (68), con otros autores, tales como: Bergel (69); De Arteaga (70); Roca (71); Zavala Rodríguez (72); Legón (73); Moliné O'Connor y Vergara del Carril (74); Fusaro (75); Vanasco (76) y R. L. Fernández (77), que si la cambial contaba con la cláusula "sin protesto" era título ejecutivo idóneo, sin necesidad de cumplir con el acto notarial. Este sólo era-y es-necesario cuando la ley lo exigiera como carga imprescindible para que naciera la acción cambiaria regresiva de acuerdo con las normas del derecho sustancial (dec.-ley 5965/63).

Por natural consecuencia, también señalamos hace ya veinticinco años (78), que la cuestión desbordaba al art. 50, L.C.A. y su posible contraposición con el art. 60, L.C.A., abarcando a la ejecutividad sustancial de la acción directa, que no dependía-decíamos (79)-de que el título incluyera la cláusula "sin protesto" o hubiera sido protestado, discutiendo de este modo:

Nuestro derecho cambiario sustancial establece que la acción cambiaria es directa o de regreso. (art. 46, L.C.A.).

Directa contra el aceptante de la letra de cambio o el suscriptor del pagaré y sus avalistas.

De regreso, contra el librador de la letra de cambio y los endosantes y sus respectivos avalistas de ambos títulos -todo otro obligado- dice el art. 46, cit. Siendo necesario el protesto respecto de la acción de regreso, pero no respecto de la acción directa (art. 57 incs. b y c, L.C.A.), por lo que tanto la letra cambio como el pagaré:

1.) Son el título ejecutivo, para ejercer la acción cambiaria de regreso:

A.) Cuando tenga dispensado el levantamiento del protesto, legal, (art. 48 aps. 5° y 7° y art. 58 L.C.A.) o voluntariamente (art. 50, L.C.A.).

B.) Cuando no teniendo esas dispensas, se halle debidamente protestado (art. 60, L.C.A.).

2.) Y son títulos ejecutivos en todos los casos, para ejercerla acción cambiaria directa.

Es decir -concluíamos entonces- que en el supuesto de la acción directa, tanto la letra de cambio como el pagaré, tienen fuerza ejecutiva siempre, sin necesidad de protesto, tengan o no dispensa de protesto, pues éste sólo opera en el ámbito de la acción cambiaria de regreso (art. 57 inc. a y b, L.C.A.). De ello se sigue que no es necesario el previo reconocimiento de firma del título cambiario, por parte del accionado, sea el aceptante de la letra o el librador del pagaré, porque este trámite procesal de preparación de la vía ejecutiva (art. 525 inc. 1°, CN Procesal y art. 523 inc. 1°, Cód. Procesal de Buenos Aires) imprescindible respecto de los documentos que por sí solos no traen aparejada ejecución, resulta innecesario respecto de los citados títulos cambiarios, que por otra norma procesal traen aparejada ejecución v gr. art. 523 inc. 5°, Cód. Procesal Penal (art. 521 inc. 5°, Cód. Procesal de Buenos Aires) (80).

Hasta allí, los antecedentes y las polémicas.

La sanción de ley 19.899 que reformó el art. 50, L.C.A. estableció que el título cambiario (letra de cambio o pagaré) que incluya la cláusula "sin protesto" "es título ejecutivo hábil sin necesidad de protesto en los términos del art. 60", con lo cual quedó zanjada, en este aspecto la polémica enunciada antes.

A su turno la jurisprudencia plenaria sentada, con fecha 14/8 / 1984, por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, en el caso "Riomar S.A. Cía. Financiera c. Calvo, Claudio y otros" (La Ley, 1984-D, 33) resolvió que: "El pagaré no protestado constituye título que por sí solo trae aparejada ejecución cuando se ejerce acción contra el librador".

Con las dos cuestiones develadas por vía legal y jurisprudencial, se puede afirmar que la operatividad del citado art. 60, L.C.A. ha quedado circunscripta en sus verdaderos alcances. Es decir, que sólo es necesario levantar protesto útil, para ejercer la acción cambiaria por vía ejecutiva, cuando se ejercen las acciones de regreso y el pagaré o la letra de cambio no incluya la cláusula "sin protesto".

Por natural implicancia, tenemos que

1.) la letra de cambio como el pagaré son títulos ejecutivos hábiles, sin necesidad de protesto, ni de reconocimiento previo de la firma, y aunque no incluyan la cláusula "sin protesto", cuando se ejerce la acción cambiaria directa, contra el aceptante de la primera o el suscriptor de la segunda, y en su caso, contra sus respectivos avalistas; ello en razón de que tal vía procesal es el cauce natural de estos papeles de comercio, que tienen otorgada ejecutividad sustancial por la ley especial de fondo que los regula (arg. art. 60, L.C.A., y art. 523, inc. 5°, Cód. Penal).

2.) También son títulos ejecutivos hábiles dichos papeles cuando se ejerza las acciones regresivas, si incluyen la cláusula "sin protesto", en los términos prescritos por el art. 50, aps. 2° y 3°, L.C.A.

d) El Protesto y los intereses por retardo (o moratorios)

1. La denominación

Ab initio, reiteramos lo expuesto en una publicación anterior en esta prestigiosa revista jurídica (81) que los intereses -que en derecho común se designan "moratorios"- en el sistema cambiario se devengan por el solo vencimiento de la obligación cambiaria de que se trate, tal como expresamente lo establece el art. 52, inc. 2, L.C.A.. Por esa razón los designamos "intereses porretardo" excluyendo toda idea de "mora", pues el citado artículo, prescinde de que ella exista o no. Es decir que "desde la fecha del vencimiento el crédito cambiario devenga intereses a cargo del deudor principal, aunque la letra no le haya sido presentada, porque las deudas de índole mercantil líquidas y exigibles producen intereses de pleno derecho. Es decir que la producción de intereses no ha sido considerada, por tanto, por el legislador como penalidad por la demora en que haya incurrido el aceptante, sino como una consecuencia de la aptitud del dinero para producir intereses..."(82).

Esto no siempre fue entendido así, especialmente a partir del desafortunado plenario del 28/4/ 1975 "La Docta Coop. de Seguros c. García Freyre, J."(83) que incurrió en un error en la aplicación del derecho sustancial, declarando que no era aplicable a las deudas documentadas en papeles de comercio, el art. 509, Cód. Civil. Lo cual paradójicamente, era acertado, pues lo que correspondía era aplicar el citado art. 52, inc. 2º, L.C.A. Sin embargo, lo verdaderamente pernicioso fue que el pronunciamiento tuvo por finalidad la inaplicabilidad de la llamada "mora automática" en materia cambiaria.

Luego de muchos desencuentros los fallos de distintos tribunales, fueron buscando el cauce adecuado (84) hasta llegar a declarar, en la actualidad, la jurisprudencia dominante que en materia cambiaria no juega lo dispuesto por el art. 509 del Cód. Civil sino una suerte de responsabilidad formal por los accesorios, consagrada normativamente por el art. 52 del dec.-ley 5965/63 y opera ministerio legis (85) al vencimiento del término, ya que resulta inaplicable la norma del art. 509 del Cód. Civil (86).

Reiterándose que en materia cartular no juega el art. 509 del Cód. Civil, es la misma ley quien manda abonar accesorios desde el día del vencimiento (art. 52, inc. 2., dec.-ley 5965/63), consagrándose así una suerte de responsabilidad objetiva respecto de sumas sobre cuyo devengamiento no inciden necesariamente las nociones de mora o de falta de ésta (87).

En ese orden de ideas, se ha declarado que la mora automática por mero vencimiento de un plazo, que introdujo la reforma del art. 509 del Cód. Civil (Adla, XXVIII-B, 1799), aplicable en materia mercantil conforme al art. 207 del Cód. de Comercio, se extiende a los pagarés en razón de que el mayor rigor cambiario no podría colocar al beneficiario en situación más desventajosa que la del acreedor común (88).

Señalándose que en materia cambiaria las accesorias devienen no de la mora, sino de la exigibilidad determinada por el vencimiento, ello descarta la necesidad de analizar los alcances del régimen del art. 509 del Cód. Civil, regla que no resulta de aplicación (89).

Afirmándose también, que los intereses llamados moratorios corren automáticamente por imperio de la ley desde el vencimiento. En materia cambiaria no juega concretamente el art. 509 del Cód. Civil, ya que la misma ley cambiaria manda pagar accesorios desde el día del vencimiento (art. 52, inc. 2º, dec.-ley 5965/63), consagrándose así una suerte de responsabilidad objetiva por retardo, respecto de la suma cuyo devengamiento no incide necesariamente en las nociones de mora o de falta de ésta (90).

2. Normativa cambiaria vigente

Los arts. 30, 52 y 53, L.C.A. se refieren a ellos, disponiendo que los intereses por retardo corren desde el vencimiento de la obligación cambiaria. No es necesario que el librador incluya expresamente el porcentaje de ellos, pues en ese caso se devengan al tipo de interés corriente en el Banco de la Nación Argentina a la fecha del pago.

Y ello es así:

- 1) sin distinguir entre la forma de vencimiento que pudiera tener la cambial (art. 35, L.C.A.)
- 2) sin interesar si se trata de una acción directa o de regreso o reembolso, como alguna vez se intentó diferenciar en doctrina (arts. 30, 46, 52, 53 y 104, L.C.A.)
- 3) y respecto de las cambiales con plazo de vencimiento determinado (art. 35, aps. 2º, 3º, 4º, L.C.A.), sin necesidad de tener que manifestar si el título fue presentado al pago oportunamente o no.
- 4) prescindiendo si la cambia ha sido protestada, o incluye la cláusula sin protesto, pues ambas cosas son irrelevantes a los efectos del devengamiento de los intereses por retardo, que corren por imperio de la ley, desde la fecha de vencimiento del título de que se trate (arts. 30, 52 y 104, L. C.A.)
- 5) si el deudor cambiario tuviera voluntad de pago y desea evitar el devengamiento automático de los intereses por retardo, habrá que echar mano a la regla legal establecida en el art. 45, de la ley cambiaria, no otra cosa aconsejaba el maestro Vivante, al decir: "Si el deudor quiere evitar que los intereses se devenguen, puede liberarse de los mismos haciéndola consignación de la cantidad debida (art. 297, Cód. de Comercio) (91).

La jurisprudencia ha ratificado ese camino, declarando que ante el sistema del devengamiento ex lege de los intereses por retardo (92) el propio sistema cambiario prevé un procedimiento, también especial para poder liberarse de los intereses y accesorios, cuando hubiera voluntad de cumplimiento, pues el hecho de que el solo vencimiento del pagaré produzca el curso de las accesorias, tiene como correlato la carga para el deudor de consignar, a efecto de enervar el curso de aquéllas si el portador omitió presentar la cambial al cobro (93).

Reiterando que el art. 45 del dec.-ley 5965/63 (Adla, XXIII-B, 936), que confiere al deudor la facultad de depositar lo adeudado en el caso de no serle presentada la letra al cobro, contiene también el imperativo de obrar con este alcance para evitar las consecuencias dañosas que para el deudor pudiera irrogar su falta de liberación (94).

En la vía del art. 45 del dec.-ley 5965/63, no existe contienda ni ejercicio jurisdiccional; la consignación de lo debido, en cambio -así estuviera referido a un débito instrumentado en letra de cambio- con el fin de obtener una declaración de estar liberado, configura un procedimiento contencioso y necesario de concluir mediante juicio del magistrado (95).

El art. 45 del dec.-ley 5965/63 posibilita a todo deudor cambiario liberarse válidamente consignando la suma debida a cuenta y riesgo del portador de la cambial (96).

e) Las dos cuestiones planteadas en el plenario Kairus

Llegado este punto consideramos conveniente puntualizar que el llamado a plenario, en el caso "Kairus, José c. Romero, Héctor y otros" (97) pudo haber inducido en error a muchos, pues las dos cuestiones planteadas, separadamente, en rigor debieron ser distinguidas claramente en sus resultados, cuestión que generalmente no ocurrió y fue mantenida insólitamente hasta hace pocos años, lo cual trajo errores de aplicación del derecho sustancial cambiario, produciendo situaciones muy conflictivas en el ejercicio profesional, la doctrina y la jurisprudencia (98).

Lo expresado en el párrafo anterior y su nota, puede aparecer como descortés o descomedido de nuestra parte, empero es científica, dogmática y legalmente correcto, como ha quedado demostrado con el paso de los años (99) pues dijimos entonces y reiteramos ahora en esta reconstrucción de conceptos:

1.) que nada tiene que ver el devengamiento de los intereses, por retardo, con la prueba del incumplimiento de la carga de presentación al pago del título cambiario. Pues, claramente, hay que entender que la primera opera respecto de lo normado por los arts. 52, inc. 2º, 30 y 104. Mientras la segunda, se halla regulada puntualmente, por el art. 57.

2.) que si el firmante de una letra o pagare, requerido judicialmente en una ejecución cambiaria prueba en forma eficaz la falta de presentación al pago de los mismos, el portador carece de acciones cambiarias regresivas, que habrían caducado contra los firmantes del título que hubieran sido sus sujetos pasivos (librador y endosantes en la letra y endosantes en el pagare); pero en nada se beneficia el aceptante de letra y el suscriptor del pagare, por ser ellos sujetos pasivos de la acción cambiaria directa que no tiene como condición de procedencia, el protesto del título cambiario de que se trate.

En suma, el protesto tiene por finalidad preservar la caducidad de las acciones de regreso (art. 57, L.C.A.) y no tiene incumbencia, ni consecuencias sobre los intereses, por retardo, que se devengan en virtud del art. 52 y sus cons., L.C.A., por imperio de la ley.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) Desde hace tiempo, sostenemos en consonancia con alguna opinión aislada en nuestro país (Jaureguiberri) que mas allá de los casos puntuales en los cuales la ley cambiaria pone como carga sustancial el levantar protesto, existen otros casos no contemplados, expresamente, por la ley en los cuales resulta procedente e idóneo levantar protesto a fin de comprobar cualquier situación cambiaria insatisfecha, tanto respecto de la cambial, como así también respecto del cheque (En contra, SOLARI, O., "El protesto", Buenos Aires, 1965, 48, a quien sigue H. Cámara, "Letra de cambio y vale o pagare", t. II, p. 589, Buenos Aires, 1970, definiéndolo como "protesta" y no protesto).

Como se trata de cuestiones no regladas legalmente, conviene ilustrar lo dicho con dos ejemplos tomados del ejercicio profesional. Respecto de un pago parcial efectuado al beneficiario de un pagare, que ante el requerimiento del suscriptor -nuestro cliente- manifestó, no contar materialmente con el título, por haberlo descontado en un banco de plaza y por lo tanto, no podía concretar la literalización, en el título, del pago parcial efectuado como dispone el art. 42 ap. 2~ L.C.A. extendiendo nada mas que un recibo de dicho pago, tal como también establece dicha norma cambiaria. Habiendo concurrido al banco descontente del título y por lo tanto, endosatario del pagare, se requirió que tomara nota del pago efectuado, exhibiendo el recibo otorgado, con lo cual la institución tomo conocimiento de ello, pero sin dejar constancia en el título. Ante esa negativa se levanto un acta de protesto comprobando todo lo actuado, pues ello ocurrió en presencia de un escribano que nos acompañó. Declarado en quiebra el tomador, el banco inicio ejecución contra el suscriptor por todo el monto del pagare, opuesta la excepción de pago parcial, ella prospero en virtud del conocimiento que el ejecutante tuvo -y quedó probado fehacientemente con el protesto- del pago parcial oportunamente efectuado al, ahora, fallido.

Respecto del cheque puede ocurrir una situación similar, cuando el portador de un cheque lo presenta al pago en mostrador y le es devuelto, con la manifestación verbal, que no tiene fondos suficientes disponibles en la cuenta, en ese momento y "que mejor lo presente al día siguiente". Es lo que en la jerga bancaria, se ha catalogado como cheque "consultado" lo cual no deja de ser una pésima costumbre, pero que se ha filtrado en algún libro o manual que pretende tener algún matiz científico. Ello claramente no corresponde, aun cuando es una mala praxis de algunos bancos, como "protección" a algunos de sus clientes; en tal caso el presentante puede exigir que el cheque sea rechazado con las debidas constancias y en el caso que el empleado o funcionario del banco se negara a establecer los recaudos que establece el art. 38, Ley del Cheque, el portador mediante un protesto -en rigor, un contraprotesto- podrá dejar constancias de lo ocurrido y ese acto notarial surte los efectos del rehazo negado, supliéndolo y abriendo la vía ejecutiva respecto del cheque no atendido. Ulteriormente y si de la negativa infundada del banco surge algún perjuicio, servirá de prueba fehaciente para intentar una acción de daños y perjuicios contra la institución que incurrió en el hecho ilícito, por no cumplir con las normas imperativas vigentes, v.gr. art. 38, Ley del Cheque.

(2) SARAIVA, J. A., "Direito cambiario brasileiro", t. I, p. 74, Belo Horizonte, 1905; conf. BONELLI, G., "Della cambiale, dell'assegno bancario e del contratto di conto corrente", p. 7, n. 14, Milán, 1914.

(3) QUINTANA FERREYRA, E., "El protesto de la letra de cambio y el pagare en el decreto 5965/63", en

Boletín de Fac. de Derecho de la Universidad Nac., de Córdoba, año XXVII, nos. 415, p. 547.

(4) Conf. ZAEFFERER SILVA, O., "Letra de cambio", t. II, p. 186, n. 1, Buenos Aires, 1952.

(5) Conf. BATTAGLINI, M., "Il protesto. Dottrina, legislazione e giurisprudenza", p. 3, Milán, 1960.

(6) Conf. TENA, E de J., "Derecho mercantil mexicano", p. 522: no puede haber prueba mas segura que la que resulta del protesto, México, 1970.

(7) Es necesario señalar que muchas veces esta reflexión resulta particularmente significativa, pues no se vincula con los efectos del protesto una circunstancia decisiva. Esto es que el protesto hay que levantarlo frente el suscriptor del pagare, (o a el girado o aceptante de la letra) pero que ese acto esta dirigido y produce sus efectos para los demás firmantes, que no se hallan presentes en el acto y que son obligados de regreso.

Sentado ello resulta claro, que carece de sentido el protesto de un pagare directo, como se lo denomina a aquel que al momento del vencimiento tiene como portador al beneficiario por no haber circulado y tal afirmación tiene un doble fundamento: en lo concerniente al aspecto sustancial es que la acción cambiaria directa, cuyo sujeto pasivo es el suscriptor (arts. 30, 46 y 104, L.C.A.), no tiene como condición de procedencia al protesto, pues en caso de no levantarse este, esa acción no caduca, es decir es innecesario.

En lo referente al aspecto procesal, de acuerdo a la jurisprudencia plenaria dictada en "Riomar S.A. c. Calvo" tampoco es necesario el protesto para abrir la vía ejecutiva, aun cuando el pagare no incluya la cláusula "sin protesto" y sin necesidad de preparar la vía ejecutiva, previo reconocimiento de la firma del documento.

A ello se debe agregar que en la letra de cambio, pueden introducir la cláusula "sin protesto" o "retorno sin gastos", solamente el librador, los endosantes y sus respectivos avalistas, que son sujetos pasivos de la acción regresiva, quedando excluido el aceptante. Por tanto, ningún sentido tiene que en el pagare sea el suscriptor quien la introduce y que, cuando ello ocurre, tal cláusula tiene efectos totales, esto es efectos respecto de todos los firmantes; siendo que ese sujeto queda absolutamente excluido de la acción regresiva, que como sabemos sólo se puede ejercer en el pagare contra los endosantes y sus respectivos avalistas (arts. 46, L.C.A.).

Con motivo del silencio de la doctrina y jurisprudencia sobre el particular, es necesario plantearse, si la situación descrita, no lesiona la remisión indirecta del art. 104, a los arts. 30 y 46, y no esta en contra de lo dispuesto expresamente en el art. 50, que en su primera parte, por exclusión, no permite introducir la mencionada cláusula sin protesto al girado o aceptante, y por ende, al suscriptor del pagare.

(8) Conf. MONTESSORI, "Per una riforma del protesto cambiario", R.D.C., 1907-I, p. 176; GUIMERA PERAZA, "Domicilio y domiciliación de las letras de cambio: cuestiones que plantean en el acto de protesto", R.D.M., nos. 4718, p. 197; MERCANTINI, "La riforma del protesto cambiario", Il Notaro.

(9) Conf. MOSSA, L., "Derecho mercantil", p. 451, Buenos Aires, 1940; GUIMERA PERAZA, pub. cit.: Su fin es patentizar la falta de aceptación o de pago de la letra, el hecho del impago o de la inaceptación de la cambial.

(10) Conf. ALONSO SOTO, R., "El pago de la letra de cambio", en "Derecho cambiario", dirigido por A. Menéndez y Menéndez, Madrid, 1986, p. 826. Ver y ampliar en N° 66, de este capítulo.

(11) GOLDSCHMIDT, B., "Storia universale del diritto commerciale", p. 457, n. 156, Turin, 1911,

(12) Principalmente STRANZ, J., "Ein Protest gegen Wechselprotest", Berlin, 1903, al cual Montessori, R.D.C., 1904-I, 247, traduce y comenta, como "Protesto contra el protesto".

También: STAUB, M., "Kommentar zum Wechselordnung", Berlin, 1903, 5ta. ed., Apéndice; DERNBURG, H. "Lehrbuch des Preus. Privatrechts", II, 5ta. ed., Halle, 1897, p. 378; COHN, "Der Kampf um des Wechselprotest", Berlin, 1905; WAELBROECK, E., "Commentaire législative et doctrinal relatif a la lettre de change", Bruselas, 1875, p. 250, n. 1; ASCARELLI, "La crisi del protesto cambiario", B.B.T.C., 1957-I, 285; SATTA. "Il problema dei protesti cambiario", Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1957, 1067; FLORIS, "L'industria del protesto cambiario", Parma, 1963, p. 1 y sigtes.; BATTAGLINI, p. 33.

(13) V: BATTAGLINI, lug. cit.; WHITAKER, J., "Letra de cambio", p. 212, San Pablo, 1932.

(14) MONTESSORI, R.D.C., 1907-I, p. 176.

(15) LYON-CAEN, C. y RENAULT, L., "Traite de droit cominercial", t. IV p. 316, Paris, 1926.

(16) BRUNETTI, A., "La nuova legge germanica sul protesto cambairio", R.D.C., 1909-I, p. 102: Tienen competencia para realizar el protesto cambiario los escribanos, oficiales de justicia y agentes de correo.

(17) Reconoce antecedentes en el derecho estatutario: Estatuto de Lucca de 1376; Florencia de 1393; Venecia de 1395; Bologna de 1396 y la ordenanza de Barcelona de 1394. En el siglo pasado: Ley de Luxemburgo de 1874~ leyes de Belgica de 1877 y 1879 y Cód. de Comercio italiano de 1882. Ver y ampliar: en ap. c) Legislación uniforme, que sigue a este.

(18) SUPINO, D. y DE SEMO, G., "De la letra de cambio y del pagare cambiario. Del cheque", en Derecho Comercial, dirigido por Bolaffio-Rocco-Vivante, Buenos Aires, 1950 II, p. 529, n. 72: En esta misma ley se determina también los efectos del protesto. En lo que respecta a su necesidad o no algunos sostenían que la cuestión debiera decidirse según la ley del lugar de emisión de la letra (Esperson y Masse); otros, mas justamente sostienen la ley del lugar en que se ejercita el derecho contra cada uno de los obligados (Bolaffio, Diena y Ottolenghi).

Calamandrei, apoyándose en la autoridad de Demangeat consideraba que debe decidirse según la ley del lugar de pago. Tal cuestión fue ampliamente discutida en Italia y fuera de ella cuando se publicaron en Francia, en 1870, los decretos prorrogando los términos del protesto. Prevalció la opinión de que estos decretos eran obligatorios aun para los coobligados no franceses. Debe advertirse, sin embargo, que se cuestionaba, también, el carácter de los decretos que algunos autores consideraban como prorrogando los vencimientos en cuyo caso no podían tener eficacia en el extranjero porque el vencimiento hace a la sustancia de la letra y debe regularse por la ley del país donde la obligación se contrajo. Otros entendían que los decretos constituían un obstáculo para la realización del protesto, en caso de fuerza

mayor que debía ser eficaz para todos los obligados cambiarios indistintamente.

(19) Con algunas modificaciones del Real Decreto del 10/10/1936 y la ley del 10/8/1953.

(20) Conf. SUPINO y DE SEMO, t. 1, p. 539; ROBLOT, R., "Les effets de commerce", París, 1975, N° 382; ANGELONI, V., "La cambiale e il vaglia cambiario", 2ª ed., Roma, 1947, N° 324.

(21) Conf. ROBLOT, lug. cit.; VICENT CHULIA, E., "Derecho Mercantil", t. II, p. 721, 3ª ed., Barcelona, 1990.

(22) ARECIA, W., "Régimen de protestos. Anteproyecto". LA LEY 105-1935.

(23) La citada norma dispone: "El Poder Ejecutivo reglamentara el funcionamiento del protesto mediante banco por notificación postal y establecerá los plazos para que los requeridos por tal medio acepten; paguen o formulen contrapropuesta notarial, atendiendo a la distancia entre su residencia y el banco. También establecerá el modelo del instrumento de requerimiento, dispondrá que registros llevaran los baricos y sus formalidades, la forma de recibir la documentación, y de expedir las certificaciones y los derechos y las tasas de correo de los bancos".

(24) SUAREZ ANZORENA, C., "Jornadas sobre letra de cambio, pagare y cheque", p. 194, Córdoba, 1965; MICHELSON y WESSELES, "El régimen de protesto", LA LEY 74-893.

(25) BULLO, E. H., "Régimen del protesto en la reforma", Buenos Aires, 1965.

(26) CAMARA, H., "Letra de cambio y vale o pagare", t. II, p. 618, Buenos Aires, 1970/1:

(27) MALAGARRIGA, "El régimen de los protestos y su anunciada reforma", Rev. del Notariado, N 616, p. 421.

(28) SOLARI, O., "El protesto", Buenos Aires, 1965, p. 219.

(29) WILLIAMS, J. N., "La letra de cambio y el pagaré", t. II, p. 469, Buenos Aires, 1981.

(30) WINIZKY I., "Inoportunidad de las reformas en materia de títulos cambiarios", JA, 1963-II, 11.

(31) ZAVALA RODRIGUEZ, C. J., "Código de Comercio y leyes complementarios comentados y concordados", t. IV p. 620, Buenos Aires, 1967.

(32) ZAVALETA, M. "El protesto postal-bancario y reflexiones que suscita su incorporación al Código de comercio", LA LEY 122-1169.

(33) ZAVALA RODRIGUEZ, lug. citado.

(34) CAMARA, t. II, p. 620.

(35) WILLIAMS, lug. citado.

(36) Art. 48, ap. 1, LCA; art. 44, LUG; art. 51, LCI. Conf. Angeloni, N° 186; V.: TONDO, S., "Sulla definizione giuridica del protesto", Riv. del Notariato (Milan) año XXI, nos. 3/4: este autor critica el texto francés de la ley uniforme de Ginebra que en su art. 44, utiliza la expresión "acto autentico" de acuerdo a la antigua dogmática del Cod. Napoleón cuyo art. 1317, define al acto autentico que corresponde al acto público del art. 2699 del Cód. Civ. Italiano, señalando que ellos tienen distinta eficacia probatoria. En efecto, el acto público, en el cual el autorizante hace propias las declaraciones de las partes y deja constancia en el documento de los hechos desarrollados en su presencia, tiene pleno valor probatorio aun frente a terceros; en cambio en el acto autentico (o autenticado) limita la fe de su contenido a las partes, o tratándose de declaraciones unilaterales, en lo que respeta a las disposiciones contrarias al interés del autor del acto.

Comp. con: CASALLS COLDECARRERA, M., "Estudios de oposición cambiaria", t. IV p. 182, Barcelona, 1988: La ley cambiaria (española) evita cuidadosamente de dar ningún concepto del protesto, limitándose a decir "La falta de aceptación o de pago deberá hacerse constar mediante protesto". La falta de mención en la ley cambiaria del "acto autentico" no priva de que se conceptúa al protesto como un acto publico solemne... y ello no solo por la intervención notarial, sino en cuanto se halla dotado de la particular eficacia probatoria del "acto público".

(37) Conf.: MESSINEO, t. VI. p. 362; SUPINO-DE SEMO, t. I, p. 502.

(38) LANGLE, t. II, p. 357, distingue el "acta" que es el instrumento público, del "acto", que es el hecho que aquella acredita, afirmando: "Tal distinción ni implica, ni mucho menos la posibilidad de que lo uno y lo otro no concuerden, pues sería inadmisibile. Solo se trata de una diferenciación doctrinal entre un acto con consecuencias jurídicas relevantes, que constituye la declaración legal de un hecho, y un documento en el cual se formaliza y que sirve de medio único y decisivo de prueba".

(39) SUPINO-DE SEMO, t. I, p. 531.

(40) CNCom., sala C, LA LEY 155-404.

(41) En ese sentido: CAMARA, t. II, p. 680.

(42) Cam. C.C., Morón, ED, 45-478.

(43) Cam. C.C., 1ª, Bahía Blanca, ED, 33-116.

(44) Cam. C.C., 1ª, II, Mar del Plata, Rep. LA LEY XXXV 1051.

(45) CNCom., sala B, ED, 12-366; sala c, ED, 20-142; ST, Misiones, Rep. LL, XXXIX, 867).

(46) CNCom., sala B, ED, 24-496.

(47) LANGLE, t. II, p. 367.

(48) BACA CASTEX, E. y LEGON, E. A., "Un nuevo avance jurisprudencial hacia la eliminación del protesto", ED, 26-340.

(49) CNCom., sala B, LA LEY 129-969.

(50) PAVONE LA ROSA, p. 579.

(51) HEINSHEIMER, p. 287.

Lo afirmado por este profesor alemán es correcto en el terreno dogmático, por eso así incluida en el concepto. Sin embargo, a la luz del derecho vigente en nuestro país; se deben formular dos aclaraciones: De un lado, que además de las formalidades que surgen de la legislación cambiaria, el protesto notarial debe cumplir con las normas instituidas, por el Código Civil, en los arts. 999 -respecto del idioma-; 1001 y 1002 -respecto de la identidad del requirente, firma a ruego si el que protesta no supiera firmar-. De otro lado, que la enunciación de la esencialidad de los requisitos que menciona el promecio del art. 66, L.C.A. no es acertada, pues en esa enumeración se incluyen requisitos de los cuales se puede prescindir, siendo esenciales solo, la competencia del oficial público; la oportunidad, lugar, fecha y hora de la diligencia, la intimación a los requeridos y sus respuestas. Sobre este aspecto la doctrina es uniforme: por todos, se puede ver: VERGARA DEL CARRIL, A. D., "Cláusulas esenciales del protesto", R.D.C.O., 1968-I, 89 y jurisprudencia allí citada.

(52) PAVONE LA ROSA, lug. citado.

(53) MOSSA, L. "La cambiale secondo la nuova legge", t. II, N° 258, Milán 1935; Se trata de un documento revestido de solemnidades realizado por un funcionario público que tiene toda la importancia que corresponde a la esencia de los actos que certifica. El tráfico cambiario siempre ha tenido necesidad de solemnidad para los actos decisivos concernientes al ejercicio y preservación del derecho. Conf. CAMARA, t. II, p. 671.

(54) Conf. MESSINEO, t. VI, p. 361.

(55) PAVONE LA ROSA, p. 583.

(56) CAMARA, t. II, p. 681.

(57) Conf. MOSSA, "La cambiale...", t. II, p. 451.

- (58) V.: MESSINEO, t. VI, 363 y MALAGARRIGA, "Tratado", II, 595.
- (59) Comp. con CAMARA, t. II, p. 672.
- (60) ZAVALA RODRIGUEZ, t. I-; ps. 442 y 447.
- (61) MESSINEO, t. VI, p. 361; FERNANDEZ, t. III.
- (62) CNCom., sala B, LA LEY 118-893.
- (63) C1ª Civil y Com., sala II, Mar del Plata, Rep. LA LEY XXXV, 1051; CNCom., sala A, LA LEY, 122-930; sala B, ED, 10-372.
- (64) FONTANARROSA, R. O., "Consideraciones sobre la reforma en materia cambiaria", ED, 8-911.
- (65) ALEGRIA, H., "La cláusula sin protesto y la acción ejecutiva". Rev. Notarial La Plata, N° 762, p. 1323.
- (66) SOLARI, p. 5516.
- (67) LAVIGNE, R. H., "Prácticas de las acciones cambiarias", ps. 58/64, La Plata, 1969.
- (68) GOMEZ LEO, "Teoría y práctica del derecho cambiario: La cláusula sin protesto y la acción ejecutiva", LA LEY 145-241.
- (69) BERGEL, S. D., "Protesto y acción ejecutiva cambiaria: el art. 60 del Decreto-Ley 5965/63", LA LEY 123-1030.
- (70) DE ARTEAGA, J. J., "Decreto ley 5965/63 sobre letra de cambio", en Boletín de la Facultad de Derecho y ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba. Año XXIX, N° 1/3, p. 160.
- (71) ROCA, E., "El uso de la cláusula sin protesto", ED, 14-927.
- (72) ZAVALA RODRIGUEZ, t. IV p. 671.
- (73) LEGON, E A., "Letra de cambio y pagare", p. 261 y sigtes., Buenos Aires, 1966.
- (74) MOLINE O'CONNOR, E. y VERGARA DEL CARRIL, A. D., "Letra de cambio y pagare. Acción cambiaria", p. 82 y sigtes., Buenos Aires, 1965.
- (75) FUSARO, B., "Letra de cambio sin protesto", LA LEY, 132-1273.
- (76) VANASCO, C., "Sobre la ejecución de la letra de cambio o pagare, con cláusula sin protesto", JA, 1968-III, 738.
- (77) FERNANDEZ, R. L., "Ejecución cambiaria. No requiere protesto", LA LEY, 143-827 y "Ejecutividad cambiaria; la reforma de la ley 19.899. Su solución debe generalizarse", LA LEY 156-1212.
- (78) V: estudio citado en nota 68.
- (79) GOMEZ LEO, "La letra de cambio y el pagare' III, p.14, Buenos Aires, 1982.
- (80) Conf. FERNANDEZ, R. L., est. cit., LA LEY, 156 1212, quien agrega: "si el título por si solo posee fuerza ejecutiva, no se concibe la exigencia del previo reconocimiento de firma, requisito que la ley

procesal en fórmula expresa y explícita establece únicamente para el caso contrario". "Y no se arguya que omitido el protesto el documento carece de autenticidad, porque tal formalidad impuesta por la ley cambiaría no tiene ese objeto, sino sólo probar el requerimiento efectuado por el acreedor al deudor principal y su falta de pago; por eso aunque medie el protesto, el ejecutado puede alegar falsedad total o parcial del documento y de su firma.... El previo reconocimiento de la firma tendería a establecer su autenticidad, que la ley no exige para la procedencia de la acción ejecutiva, puesto que se conforma con el protesto, que no la acredita". Y concluye el citado maestro, "por lo demás el art. 465 inciso 6° del Código Procesal anterior, que se invocaba para sostener la postura que repudiamos, decía: "Las letras de cambio, vales o pagarés protestados con arreglo a las prescripciones del Código de Comercio o, en su defecto de protesto, reconocidos en juicio" ha quedado derogado y ahora rige el art. 523 del Cód. Procesal (art. 521, Cód. Procesal de Buenos Aires) que menciona entre los títulos que traen aparejada la ejecución menciona (inc. 5°) "la letra de cambio, factura conformada, vale o pagaré... cuando tuvieran fuerza ejecutiva, conforme a las disposiciones del Código de Comercio o la ley especial" sin referirse para nada al previo reconocimiento de firma. Es decir que la redacción de la norma vigente, es significativamente distinta a la anterior por lo que se ha reconocido así, implícitamente, la ejecutividad de la letra de cambio y el pagaré en los supuestos en que el protesto no sea exigido por la ley de fondo (arts. 57 inc. b y 103, L.C.A) (Conf. BACA CASTEX y LEGON, ED, 26-340).

(81) V.: nuestro ensayo: "Régimen legal de los intereses en materia cambiaria", LA LEY 2000-B.

(82) Son palabras de VIVANTE, C., "Tratado de derecho mercantil", t, III, p. 379, Madrid, 1932/6.

(83) Pub. en LA LEY 1975-B, 756.

(84) Se puede ver, entre otros: CNCom., sala D, LA LEY 1979-D, 86, con nota de F. M.; ídem, 5/ 11 /80 "R. Rico S.A. c. Otero, A."; ídem, 26/6/83 "T. Beco, S.A. c. García, O."; ídem, 9/3/84, "Aladino c. Fernández, E. R."; sala A, ED, 118-488; ídem. ED, 117-261; sala C, 15/2/80, "Secchi, O. c. Frasca, J."; ST Entre Ríos, sala Civil, JA, 1978-15, 85; CCivil y Com., sala III, Rosario, JA, 1986-III, síntesis; CCivil y Com., (disidencia doctor Aspelicueta) Junín, 28/9/83, "Di Marco c. Gianguialano".

(85) CNCom., sala D, S / 11 / 1980, "Roberto L. Rico, S.A. c. Otero, Alberto" . .

(86) CNCom., sala C, 15/2/1980, "Secchi, Oscar c. Frasca, José".

(87) CNCom., sala D, 26/6/ 1983, "Tejidos Beco S.A. c. García, Oscar"; ídem, 9/3/ 1984, "Aladino c. Fernández, Elvio R."

(88) ST, sala civil Entre Ríos, JA, 1978-15, 85.

(89) CNCom., sala D, LA LEY 1979-D, 86, con nota de Francisco Migliardi.

(90) CCivil y Com., sala III, Rosario, 1A, 1996-III, síntesis.

(91) VIVANTE, ob. cit., t, III, p. 380.

(92) CNCom., sala A, ED, 118-488; sala D, ED, 137324; CCivil y Com. y Minería, San Juan, 13/2/1984,

"Banco Alianza Rosario Coop. Lido. c. Pedrozo, J. B."; CCivil y Com., San Nicolás, JA, 1996-III, síntesis.

(93) CNCom., sala D, LA LEY 1979-D, 86, con nota de E Migliardi.

(94) CNCom., sala D, LA LEY 1985-A, 299.

(95) CNCom., sala D, LA LEY 1985-A, 299.

(96) CNCom., sala E, 318/1984, "Unit. Incandescent Lamp and Elec, Co c. Voisin Agr. Gan., SCA".

(97) LA LEY 1981-C, 280.

(98) Resultará muy significativo, por ejemplo, releer los eruditos votos de los señores camaristas que quedaron en minoría en los plenarios "Kairus c. Romeco" y "Riomar c. Calvo", que con posterioridad y hasta hace pocos años fueron seguidos por algunas de las salas de ese tribunal de alzada y, por consiguiente, por diversos jueces de grado, en la Capital Federal. También sucedió en las provincias incluyendo pronunciamientos de los Tribunales Superiores de esas jurisdicciones.

Como encuesta testigo que efectuamos en nuestras recientes investigaciones sobre las excelentes reseñas jurisprudenciales de revistas La Ley, Jurisprudencia Argentina y El Derecho, se pueden contabilizar más de trescientos fallos, publicados donde se ha declarado, -que el protesto o la presentación del título, constituye en mora al deudor cambiario; -que si el título contiene la cláusula "sin protesto", al iniciar la ejecución se debe manifestar, en forma indubitable, las circunstancias de tiempo y lugar de la presentación -aun cuando fuera un pagaré directora fin de que el ejecutado pueda probar la falta de presentación invocada, caso contrario- se ha dicho -los intereses moratorios (o por retardo) corren desde la fecha del diligenciamiento de mandamiento de intimación de pago de la ejecución iniciada. - que si el título base de la ejecución, es un pagaré directo, que no contiene "cláusula sin protesto" se ordena la preparación de la vía ejecutiva, por ser un título que no trae aparejada ejecución, "per se". - que si se trata de un pagaré a la vista, cuya ejecución se inicia luego de cumplido el año de la fecha de vencimiento, momento en que se presume su vencimiento, los intereses no corren desde allí, sino desde la fecha del diligenciamiento de mandamiento de intimación de pago de la ejecución iniciada. Ergo, para esos fallos, el pagaré venció al año de la fecha de creación, en virtud de la presunción legal que trae la ley (arg. art. 36, L.C.A.) pero los intereses que deberían correr desde ese vencimiento (art. 52, inc. 2, L.C.A.) se lo hace correr desde la fecha de la intimación de pago.

Etcétera, etc. etc. verdaderos despropósitos, que felizmente en los últimos años, se ven con mucha menos frecuencia.

(99) Lo expresado en el texto se puede ver, tanto en el estudio citado en nota 68, que tuvo la adhesión del doctor R. L. Fernández en uno de los estudios citado en nota 77, y pub. en LA LEY 156-1212, que abrió nuestra fecunda vinculación intelectual con el maestro.

Mas ampliamente, en nuestro libro, "La letra de cambio y el pagare", t. III (hoy agotado) que fue redactado, en 1980/1, pero publicado recién en marzo de 1982, por un conflicto con el editor. Por esa razón, sin modificar en nada su texto, ante la aparición del plenario "Kairus c. Romero", lo agregamos como Anexo del capítulo XI "De los protestos" en cuarenta y seis páginas, lo cual -valga la anécdota de esos primeros años de amante profeso del derecho cambiario- nos trajo un nuevo conflicto con el editor, finalmente superado -heroicamente- con una postergación pecuniaria, para satisfacer nuestros deseos de que el lector comparara que todo lo expresado en el libro, había sido ratificado por un fallo plenario sobre el tema. Fallo plenario que con el doctor Fernández y otros importantes autores, esperamos ansiosamente.

Aun cuando lo dicho en esta nota, entra en un terreno intimista, consideramos que es justo que se conozca un cuarto de siglo después de que comenzó la historia.

© La Ley2011 Condiciones de uso y políticas de privacidad