

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Rigaud, L. Le droit réel. París, 1926

Valdés, H. "Introducción al estudio de los derechos reales". En Boletín del Inst. de D. Civil. Córdoba, N° 1, 1947, pág. 7.

Mugaburu, R. Esquemas sobre la sistemática del derecho. La Plata, 1952

Rotondi, M. Istituzioni di diritto privato. Milán, 1945.

Capitant, H. Introduction a l'étude du droit civil. París, 1912.

LA "HORA" DE LOS PROTESTOS SIN DILIGENCIAS

OSVALDO S. SOLARI

1. Es de nuestro conocimiento que suelen ser observadas las escrituras de protesto "sin diligencias" en las cuales el escribano no hizo constar la "hora".

2. El fundamento de la observación consiste en que el artículo 66 del decreto - ley 5965/63 establece que: "El acta del protesto notarial debe contener esencialmente: 1º La fecha y «hora» del protesto" y que al no haber distinciones en la ley no pueden existir diferencias entre el acto de un protesto con diligencias y otra sin ellas. Es decir que, a pesar de que dicho artículo 66 regula lo que podría denominarse el protesto normal, sus disposiciones son aplicables a cualquier tipo de protesto, aun en aquellos protestos en los cuales se tienen por cumplidas las diligencias que no son practicables por circunstancias de hecho.

3. Creemos que la observación carece de fundamento legal y trataremos de explicar por qué lo vemos así.

4. Es básico puntualizar con toda precisión cuál es la finalidad del protesto conforme a la legislación vigente. Dejando de lado las apreciaciones doctrinarias, por el decreto - ley 5965 (art. 47), las acciones cambiarias de regreso contra endosantes, librador u otros obligados pueden ser ejercidas por el portador: "AL vencimiento, si el pago no se hubiese efectuado" (inc. a), y a continuación el art. 48 dispone que "La negativa de aceptación o del pago debe ser constatada mediante acto auténtico (protesto por falta de aceptación o de pago)".

Decimos que esto es básico, porque en un protesto "normal" hay tres momentos: el primero, cuando se pide o requiere al escribano su intervención; el segundo, cuando el escribano, cumpliendo el requerimiento, se constituye en el domicilio donde el documento debe ser pagado o aceptado y hace la intimación y "comprueba auténticamente" (de visu et auditus) su resultado negativo; y, el tercer momento, cuando el notario documenta en su protocolo lo ocurrido en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los dos momentos anteriores, labrando el acta respectiva.

Pero estas tres instancias, o momentos del protesto, no tienen la misma trascendencia jurídica. La vía de regreso no queda abierta porque el portador pida al escribano su intervención (primer momento); ni porque el escribano labre el acta (tercer momento). Es la otra instancia (segundo momento), cuando el notario requiere el pago o la aceptación (y comprueba la negativa), la que, como una válvula que se abre, permite el regreso cambiario.

Así lo dice la ley, al establecer en sus mencionados arts. 47 y 48 que el regreso procede cuando se constata mediante "acto auténtico" la negativa de aceptación o de pago.

Lo otro, vale decir, la rogatoria al notario y el documento notarial, son otra cosa que los elementos necesarios para provocar y probar ese "acto auténtico".

No debe confundirse el hecho jurídico con su exteriorización o forma. La forma es el documento notarial (tercer momento), para llegar a la cual debe haber rogatoria al notario (primer momento). El hecho jurídico que permite el regreso cambiario es la negativa del intimado (segundo momento). Así también, en la contratación inmobiliaria se observa, bien visible, la diferencia entre el negocio jurídico de la compraventa (consensual y por tanto con existencia jurídica desde que se produce el consentimiento verbal) y la escritura pública que lo documenta y que traslada el dominio.

A riesgo de fatigar con el argumento insistimos en él por su trascendencia en la dilucidación del problema que estudiamos: la instancia fundamental para la legislación cambiaria está en la negativa del intimado y su autenticación. Lo otro, el documento, es su documentación.

5. Si hay, pues, "tres momentos" en la dinámica de un protesto, y cada uno se cumplió en un instante u "hora" diferente al de los otros, cabe preguntar cuál de estas tres "horas" es la que requiere el artículo 66, o si deben establecerse las tres.

6. Pero antes veamos si esta realidad de "horas" distintas podría ser modificada, o sea, si es posible que no haya tres momentos (tres horas) sino uno solo. Creemos que en el mejor de los casos podrán ser dos momentos (dos horas): una la de la rogación al notario y otra posterior cuando el notario intima, comprueba la negativa y allí mismo labra el acta. Tendríamos entonces dos momentos; pero subsistiría el problema en cuanto al horario distinto entre ambos.

7. También es previo reflexionar sobre si esta realidad de la existencia en el protesto de varias instancias separadas (que por tanto ocurren a distinta "hora") puede ser recogida en toda su verdad por el documento notarial, o si éste, para no violar la ley cambiaria, debe recurrir a una ficción (sic) y dar como sucedido a todo el proceso en el mismo instante.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En este análisis, caben enfoques de dos tipos: cambiarios y notariales. Porque en el acta de protesto el notario debe cumplir adecuadamente las normas específicas de la legislación cambiaria y también las generales que regulan su actividad fedataria. En este orden las analizaremos.

8. Para la legislación cambiaria la vía del regreso tiene dos regulaciones; una de fondo y otra de forma. La primera es la que exige que para su apertura se compruebe la negativa por medio de acto auténtico. La segunda, es decir, la de forma, se refiere a la manera de lograr esa autenticidad. Tan es así que la Convención de Ginebra, que por vía del proyecto Yadarola es el molde del decreto - ley 5965, no regula la forma del protesto que, en consecuencia, tiene en cada país sus formas propias. Es problema de forma y no de fondo. Sería así absolutamente correcto que las formas del protesto estuvieran dictadas por ley notarial (como ocurre en Portugal) y no por la ley cambiaria.

Esta puntualización nos resulta útil para clarificar que a la legislación cambiaria lo que fundamentalmente le interesa es la comprobación auténtica de la negativa, y consecuentemente la "hora" en que se produjo esa negativa.

Si en vez de consignar en el acta la "hora" en que tuvo lugar la negativa se hiciera constar la "hora" de la rogación al notario o la "hora" en que se labra el acta, habríase cumplido el requisito legal de establecer la hora del protesto, sólo de manera aparente. Porque la "hora" que puede tener efectos cambiarios es únicamente aquella en la que, al negarse la aceptación o el pago, se produce el hecho jurídico que abre el regreso. La prueba de este hecho jurídico y la hora en que la misma se documenta es cosa distinta y secundaria.

En verdad, la hora de intimación también es dudoso que pueda tener mayor trascendencia, desde que el decreto - ley no fija horario para el protesto y, por tanto, la intimación puede en sentido estricto ser realizada en cualquier momento del día o de la noche. Pero si la hora consignada fuese manifiestamente inoportuna, como ser las 23 horas para intimar a un banco, podría mediar el abuso del derecho o alguna otra defensa o acción. Como quiera que sea, y para los efectos que hubiese lugar, resulta obvio que la exigencia del artículo 66 está referida a la hora en que se cumple la diligencia de la intimación y se comprueba su resultado.

9. Si, tal como hemos visto, en el protesto hay tres momentos (rogación, intimación y documentación), observemos, siguiendo el análisis legal cambiario, si es correcto o no hacer referencia en el acta a cada una de estas instancias en forma separada. Lo examinaremos en la anterior regulación del Código de Comercio y en la actual del decreto - ley.

a) En el Código de Comercio la letra debía ser llevada al notario el día de su vencimiento y protestada antes de las tres de la tarde del inmediato siguiente que no fuese feriado. Por lo tanto, la rogatoria y la intimación tenían que ocurrir "forzosamente" en momentos distintos, o, más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

precisamente, en días sucesivos.

En cambio, el asentamiento y firma del acta parecía necesario que se hicieran en el mismo lugar, porque el artículo 715 obligaba al notario a "dejar" copia de la diligencia a la persona con quien se la realizara. Con todo, Zaefferer Silva disienta por considerar que dicha obligación de dejar copia era de cumplimiento imposible: "La documentación de todo acto o lo que se llama el acta de protesto no es indispensable se realice antes de las tres de la tarde, pero sí antes de la puesta del sol en que el escribano debe estar en condiciones de entregar la letra y el testimonio de protesto. La práctica y exigencias de la vida moderna han desvirtuado la ley, pero si nos atenemos a los términos del artículo 717, inc. 3º y a la obligación de dejar copia que disponen los artículos 716 y 716, pareciera que ello no es, así y que el escribano junto con requerir por la aceptación o el pago debe interpelar por la firma y hacer entrega de la copia. Todo esto puede hacerse si el acta está labrada en ese momento. En la práctica, sin embargo, resulta imposible. El acto del protesto es una cosa y el acta que se labra después, otra". (Zaefferer Silva, Letra de cambio, II, pág. 201).

En los hechos el notariado orillaba el problema; en las actas lo común era expresar que el documento había sido entregado el día del vencimiento y que, en consecuencia, ese día (el de la fecha del acta, vale decir, el siguiente hábil) a tal hora se realizaba la diligencia y se labrada el acta. Que sepamos, nunca se dejaba constancia de la hora de la rogatoria, sino de la diligencia. Es ilustrativo al respecto compulsar los conocidos formularios de Baldana, Paz, Neri y González, entre otros.

b) En el decreto - ley ya no existe la exigencia de dejar copia al intimado, desapareciendo en consecuencia la obligación implícita de redactar allí el acta. Pero subsiste la de que el intimado la firme, si no se niega a ello, lo que importaría la necesidad de que se siga redactando el acto in situ para posibilitar esa firma. Empero, no creemos que esto sea menester; porque la ley no dispone que si el intimado quiere firmar (lo que nunca ocurre) deba hacerlo allí mismo y, por tanto, si en algún excepcional caso el intimado quisiera firmar el acta, nada impide y así debe ser, que concurra a la escribanía a hacerlo.

En otro aspecto, como la intimación debe ser hecha dentro de los dos días hábiles siguientes al vencimiento, nada obsta y sucede normalmente, que el portador que no ha podido cobrar en la fecha de vencimiento lleve el documento al notario en el curso del primer día hábil siguiente, y el notario realice la intimación al otro día hábil. No sólo difieren las "horas" entre "rogación" y "protesto"; son actos que se cumplen en días distintos.

En concreto: en la legislación cambiaria no hay norma que obligue a redactar el acta en el lugar de la intimación; y mucho menos que invalide la apertura de la vía regresiva porque dicha redacción sea posterior.

A pesar de ello, y para evitar cuestiones, parece conveniente que la fecha del acta (el día) sea la misma de la intimación; es decir, que intimación y asentamiento del acta tengan lugar el mismo día, aunque en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

horas distintas. Consideramos, en suma, cambiariamente correcto que el escribano redacte el acta en tiempo pretérito y diga que ese mismo día a tal hora intimó el pago, cumpliendo así la rogatoria que anteriormente le hiciera el portador.

10. Veremos ahora lo que sucede en sede notarial. Porque el protesto, en cuanto a sus diligencias, es una comprobación del hecho jurídico que significa la negativa del requerido. Cabe preguntar entonces en esa comprobación, como en cualquiera otra que realice un notario, si es obligatorio o no que el acta pertinente se extienda en el mismo momento que tiene lugar la comprobación. Nuestra respuesta es negativa.

No conocemos disposición legal que obligue a la coetaneidad entre los hechos comprobados y su documentación. Notarialmente es correcto, pues, que el acta sea extendida y firmada en el despacho del notario posteriormente a la comprobación que documenta. En sentido afirmativo a esta posibilidad, podemos citar el artículo 197, inc. 4 del Reglamento Notarial español y el artículo 55, inc. 6 del Anteproyecto de Ley Notarial argentina del Instituto Argentino de Cultura Notarial. No propiciamos, por cierto, tardías y extemporáneas actas notariales, que conspirarían contra la estabilidad y el orden jurídico. Pero estamos seguros de que si las actas se labran el mismo día de los hechos, aunque con posterioridad a ellos, se combinan bien las necesidades del derecho con la realidad de los hechos.

11. Arribamos así a la conclusión de que es legalmente correcto, desde el punto de vista cambiario y notarial:

1º Que el acta del protesto indique en forma cronológica los tres momentos de su dinámica: el de la rogatoria, el de la intimación y el de la redacción y firma del acta.

2º Que la "hora" que exige el artículo 66, es la del "momento" intimación (1)(38).

12. Lo dicho hasta aquí está referido a lo que podríamos llamar el protesto normal, o sea cuando media intimación y negativa.

Pero además del protesto normal hay otros tipos de protesto que, aunque no encajen en la concepción correcta del instituto, son también protestos porque así lo llama el decreto - ley:

a) El del artículo 87, para autenticar la negativa de entregar el título original cuando se han expedido copias de la letra.

b) El del artículo 85, en el caso de pluralidad de ejemplares, para comprobar que el ejemplar enviado para aceptación no ha sido entregado y que no se ha podido obtener la aceptación o el pago con otro ejemplar.

c) El del artículo 83, para comprobar la negativa a entregar otros ejemplares cuando el portador hace uso del derecho que tiene a esa entrega.

d) El del artículo 27, última parte, que deberá hacer el portador para que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conste la omisión en la fecha de la aceptación. e) El del artículo 104, similar al anterior, para el caso de pagarés a plazo vista cuando el girado se negare a firmar la constancia de la fecha vista o a fecharla.

13. Y también hay protestos cuyas diligencias se frustran o no tienen lugar:

a) Cuando no se encuentran presentes en el domicilio ninguna de las personas con quienes el artículo 65 autoriza a "entenderse". En tal caso, "la diligencia se tendrá por cumplida, dejándose constancia de tal circunstancia en el acta".

b) En los supuestos previstos por el decreto - ley 7486/63, que establece que el protesto de documentos que indiquen lugar pero no dirección y se desconociere el domicilio del suscriptor o no lo tuviese en ese lugar, será efectuado en el mismo y las diligencias se tendrán por cumplidas.

14. Llegamos al meollo del asunto:

a) ¿El contenido del acta del protesto (art. 66) puede o debe ser el mismo en el caso del protesto típico o normal y en los otros casos que acabamos de enumerar ?

b) ¿Cuál es la regla para apreciar en qué medida deben ser satisfechas las exigencias de ese artículo 66 en cada uno de los supuestos?

c) ¿O debe entenderse que el artículo 66 sólo rige para el protesto típico o normal, y que las actas de los restantes protestos deben tener el contenido adecuado a su propia finalidad?

15. El problema asume gravedad porque el artículo 66 comienza diciendo, al igual que el artículo 716 del Código de Comercio, que "el acta de protesto debe contener «esencialmente»"... Este adverbio parecería señalar que cualquier omisión de alguna de las especificaciones de ese artículo la tornaría inocua para su finalidad. La verdad es otra. Porque para el regreso cambiario nada agrega que el acta esté o no firmada por la persona con quien se hizo la diligencia (inc. 5º), ni si dio o no los motivos de su negativa a aceptar o pagar (art. 4º), inclusive la firma del que protesta no tiene efectos cambiarios en el sistema del decreto - ley 5965, en cuanto abre el regreso con la comprobación de la negativa y no por una determinada actividad del tenedor. Hemos visto que el protesto en el sistema del decreto - ley tiene como exclusiva finalidad justificar que se ha producido la situación del artículo 47; vale decir, que no se ha efectuado el pago o la aceptación. Por tanto, es un hecho o una omisión del intimado lo que hay que probar y no una actividad del portador.

Para el regreso cambiario, repetimos, lo único "esencial" es que el notario autentique que el requerido no aceptó o no pagó.

Lo demás es hojarasca.

16. Pero no se trata aquí de resolver si el contenido del artículo 66 es bueno o es malo. Sí de precisar si sus exigencias, una por una, deben

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cumplirse en "todo" protesto, so pena de nulidad del mismo. En especial, si la hora debe consignarse en todos los protestos y si alguno de los demás requisitos del artículo 66 son también excusables

17. Nuestra opinión fluye de las consideraciones precedentes.

Así, en concreto, estimamos que el artículo 66 exige el cumplimiento de una serie de recaudos para los casos de protestos típicos o normales. O sea, cuando la intimación de pago o de aceptación realmente se hace. Allí sí, mal que pese, hay que labrar un acta con todos los detalles de cada uno de los seis incisos de ese artículo.

Pero fácil es advertir que cuando el domicilio está cerrado o no se encuentra persona con quien entender la diligencia, resulta imposible labrar un acta que contenga los recaudos de los incs. 3, 4 y 5; es decir, la intimación, la respuesta y la firma del requerido o la expresión de que no quiso o no pudo firmar.

El artículo 66, en esos casos, pierde, por la fuerza de los hechos, su rigorismo formal y es bastante cumplirlo en la medida que sea posible. Deja de ser una fórmula tabú.

El problema reside en que el sistema legal vigente ofrece una mezcla de soluciones según que las diligencias tengan o no lugar. Pero el artículo 66, que indica el contenido del acta de protesto, no hace distinciones para uno u otro caso, porque, sencillamente, salvo en lo relativo a la conminación de gastos y perjuicios, que ha desaparecido, tiene con distinta redacción las mismas exigencias del desaparecido artículo 715 del Código de Comercio, dentro de cuyo sistema siempre había diligencias, fuera en el domicilio del documento o en su defecto en la Municipalidad. Ahora no; a veces hay diligencias y a veces se las da por cumplidas. En este último supuesto, el armazón jurídico del artículo 66 se desmorona, porque tres de sus incisos son de cumplimiento imposible. Esto muestra que la "esencialidad" del artículo 66 está señalada a los casos para los cuales el mismo se refiere, es decir para el protesto con diligencias.

No estamos, pues, ante un precepto legal, imperativo e inexcusable, cuya vigilancia sea condición indispensable para la validez del acto. Queda paso y lugar al intérprete para que decida en cada caso, si del contenido del acta resulta que se ha cumplido la finalidad del protesto en sus variadas formas.

18. Un grado intermedio entre el protesto normal y el del decreto - ley 7486 está constituido, a nuestro juicio, por aquellos supuestos en los cuales hay diligencias, pero éstas fracasan porque no se encuentra a la persona con quien entender el protesto. En tales casos las diligencias se tendrán por cumplidas (art. 65).

Aquí, la hora en que se intentó hacer el requerimiento (objeto de la diligencia) es esencial; interesa saber cuál fue la hora en que el notario pretendió infructuosamente hacer el requerimiento de aceptación o de pago. Consignar la hora permite, además, verificar si la diligencia fracasó

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por haberla intentado en una hora impropia para su finalidad. Una diligencia a realizar en una casa de comercio, cuyo horario, a más de ser el impuesto por la costumbre local, puede ser el obligatorio por disposiciones legales, no debe razonablemente ser hecha fuera de ese horario.

Es visible entonces la necesidad de que en estos casos el acta indique a qué hora se intentó la diligencia.

19. Pero es bien distinta la situación regulada por el decreto - ley 7486. Son casos en los cuales las diligencias no fracasan, sino que, más aun, no se hacen.

El acta del protesto tiene entonces como única finalidad dejar constancia de que se desconoce domicilio del suscriptor en el lugar del pago y que, por tanto, se tienen por cumplidas las diligencias.

Esta finalidad no se advierte que esté mejor o peor cumplida porque el protesto (en cuanto a acta, ya que no a diligencia) tenga lugar a una u otra hora del día o de la noche, con tal que sea dentro del plazo legal de los dos días hábiles siguientes al vencimiento. Queda desvirtuado en estas situaciones el principio básico a que respondían las exigencias del artículo 66, consistentes en documentar explícitamente la negativa a la aceptación o el pago, presupuesto básico en el sistema del decreto - ley 5965 para la apertura de la vía regresiva. El decreto - ley 7486, para resolver el problema que plantea la imposibilidad de lograr esa documentación, abre esa vía por la sola manifestación del portador que da por cumplida la diligencia ante su imposibilidad fáctica. Estamos en presencia de una protesta más que de un protesto. Impugnar el acta que recoge esa manifestación porque no consigna la hora en que fue realizada es a nuestro criterio tan absurdo como impugnarla porque no tiene otros de los recaudos del artículo 66 como ser la intimación, la respuesta del intimado y la firma o expresión de los motivos de la negativa.

DIFERENCIAS ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS
(*)(39)

RICARDO C. R. NIETO

SUMARIO

I. Introducción. - II. Nulidad de los actos jurídicos. - III. Actos nulos y anulables. - IV. Diferencias entre nulidad y anulabilidad de los actos jurídicos. - V. Conclusiones. - VI. Notas. - VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

De la simple lectura de esta monografía, aun para el profano, surge claramente la responsabilidad del notario en el ejercicio de su función. Como creadores del documento, como profesionales de la paz y como