

IV. CONCLUSIONES

***NECESIDAD DEL PROTESTO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN EJECUTIVA
CAMBIARIA DIRECTA(*) (94)***

CARLOS GUSTAVO GERSCOVICH

SUMARIO

1. Introducción. - 2. Contenido histórico de la argumentación. - 3. Las consideraciones prácticas. - 4. Los artículos 57 y 60 del decreto 5965/63. - 5. Exclusión del procedimiento preparatorio formal. - 6. Los argumentos centrales de la cuestión. - 7. Los argumentos complementarios. - 8. La fuerza ejecutiva del título.

1. INTRODUCCIÓN

En poco tiempo, la corriente doctrinaria que con fundamento en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

artículo 57 del decreto - ley 5965/63 postula la legitimidad del ejercicio de la acción cambiaria directa en el proceso ejecutivo, prescindiendo del protesto pese a lo dispuesto por el artículo 60 del mismo decreto(1)(95), así como del trámite preparatorio regulado por las leyes procesales para los documentos que por sí no traen aparejada ejecución (art. 525, inc. 1º, Cód. Proc. de la Nación y similares de las provincias), ha logrado nuevas adhesiones.

A tal tesis, originariamente sostenida en nuestro medio por Bergel (2)(96), se han sumado otros autores(3)(97) y - muy limitadamente - la jurisprudencia(4)(98).

Así, a las argumentaciones iniciales de las que nos ocupamos en su oportunidad, se añaden ahora otras que serán objeto de especial análisis en este trabajo.

Sin embargo, desde un punto de vista meramente cuantitativo, no puede hoy afirmarse que el desarrollo de esa corriente ha dividido a la doctrina y la jurisprudencia, pues la tesis contraria - de la que participamos - es la que mayoritariamente prima hasta el presente(5)(99).

Aquí sólo hemos de destacar por su índole las argumentaciones esenciales en que aquella corriente se basa, procurando remarcar algunas de sus inexactitudes o imprecisiones, a fin de confrontarlas con las que estimamos correctas y extraer del juego de ambas una suerte de balance final.

2. CONTENIDO HISTÓRICO DE LA ARGUMENTACIÓN

Prácticamente desde su aparición, la letra de cambio constituyó un título ejecutivo(6)(100), sin período de conocimiento previo alguno por el órgano jurisdiccional, y aun mucho tiempo antes de la aparición del protesto que, históricamente, no fue requisito esencial para asignarle a la cambiar ese carácter(7)(101). Así la letra de cambio fue título ejecutivo sin necesidad de formalidad alguna complementaria(8)(102).

Las razones históricas que convalidan este aserto, elevado a la categoría de principio dogmático, no poseen suficiente base de apoyo como para justificar siquiera parcialmente la tesis impugnada.

En efecto, tales razones históricas son relativamente aplicables en nuestro derecho, a la luz de las fuentes de las normas legales en cuestión.

El artículo 60 del decreto - ley citado, responde al artículo 63 de la ley cambiaria italiana como tanto a los artículos 673 y 675 del Código de Comercio, los que a su vez poseen como fuente al Código de Comercio español de 1829 (arts. 534 y 544), que apartándose de la tradición(9)(103) exigió el previo reconocimiento de la firma para accionar ejecutivamente contra el librador y endosantes, exceptuado el aceptante que no hubiera formulado objeción en el acto del protesto por falta de pago (artículo 544)(10)(104).

Es de hacer notar que las Ordenanzas de Bilbao, a pesar de conferirle a la cambial "la misma fe y crédito que las escrituras auténticas ante

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escribano público... para que se lleven a pura y debida ejecución"(11)(105) exigían el protesto como requisito necesario para conservar las acciones de regreso (cap. XIII, núms. IX al XVI)(12)(106). Este breve análisis demuestra que en nuestro medio esa consideración histórico - dogmática reviste un carácter asaz relativo en cuanto intenta erigirse en fundamento válido para sostener la ejecutividad de la letra contra su aceptante, sin necesidad de realizar previamente acto alguno.

3. LAS CONSIDERACIONES PRÁCTICAS

Este tipo de argumentaciones referidas al protesto vienen siendo últimamente reiterativas en el sentido de su inocuidad en el ámbito de la acción cambiaria directa. Por supuesto, la cuestión forma parte de un problema mayor: el de su necesidad, subsistencia o reforma, que por su naturaleza y complejidad no es oportuno tratar aquí.

Argumentación similar se extiende también al reconocimiento de firma previsto en la ley formal(13)(107).

Pero en todo caso, y aun cuando parezca obvio, es necesario remarcar que expresiones de esta índole no pueden traducirse sino en postulaciones de lege ferenda, nunca en pautas de interpretación.

4. LOS ARTÍCULOS 57 Y 60 DEL DECRETO 5965/63

A efectos de fundamentar la tesis que impugnamos, sus defensores afirman la existencia de una contradicción entre el artículo 60 citado que prescribe que es título ejecutivo la letra de cambio "debidamente protestada" y lo dispuesto por el artículo 57, porque según éste la falta de presentación y protesto acarrea sólo la pérdida de los derechos contra los endosantes y no contra el aceptante(14)(108).

En este sentido, expresa Legón que ningún papel juega el acto notarial cuando se trata de la acción cambiaria directa(15)(109), aclarando Bergel que la conservación de la acción contra el aceptante - a pesar de la expiración de los términos fijados por la ley -, se explica en razón de que este obligado no puede alegar ignorancia de la falta de pago al vencimiento(16)(110).

Por ello, y para superar tal contradicción en nuestra opinión inexistente -, se ha intentado otorgarle un sentido diverso a la expresión "debidamente protestada", la que no se referiría a la forma del acto, sino a los casos en que debe efectuarse, pauta interpretativa tomada del artículo 63 in fine de la ley cambiaria(17)(111)

Como argumento complementario se aduce además que con la remisión final del artículo 60 a los artículos 52, 53 y 56 de la misma ley, que no se refieren a la acción directa sino a la de regreso y reembolso mediante resaca, la norma se autolimitaría(18)(112).

5. EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO PREPARATORIO FORMAL

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Hasta aquí los razonamientos tal vez más importantes que se esbozan para sostener esa posición, que como veremos luego, ha recibido indirectamente un apoyo insospechado que favorece su propagación.

En lo que respecta a la prescindencia del reconocimiento de firmas los fundamentos son diversos. Bergel resuelve la cuestión afirmando que las normas procesales en cuanto a la complementación del título sólo juegan cuando la letra está perjudicada, lo que no se da en este supuesto(19)(113); Fernández sostiene que no siendo necesario el protesto para accionar contra el aceptante (por aplicación del mencionado art. 57), la situación sería la misma que cuando el documento ha sido protestado, y en consecuencia no corresponde que se exija previo reconocimiento de firmas, debiéndose dar curso a la ejecución sin más trámite(20)(114); y Legón manifiesta que protesto y reconocimiento de firmas no son términos intercambiables, desde que el primero no certifica la firma del obligado cambiario, ni le confiere autenticidad(21)(115).

6. LOS ARGUMENTOS CENTRALES DE LA CUESTIÓN

No creemos que el problema gire fundamentalmente en derredor del protesto y su función en vinculación al proceso ejecutivo(22)(116).

Aquí nos encontramos además con un problema interpretativo y conceptual en torno a la llamada acción cambiaria y su diferenciación con la acción ejecutiva.

Pensamos que solamente una identificación entre estos dos últimos términos puede llevar a sostener la existencia de la apuntada contradicción normativa entre los artículos 57 y 60. La acción cambiaria no es una acción concreta sino un concepto que dimana de la ley de fondo. Por esta razón es que no posee un límite o alcance definido, ya que conlleva una proyección tal que pretende trascender de su ámbito, provocando incluso conflictos - no en este tópico - hasta de naturaleza constitucional, ya que la medida de su fuerza expansiva no es precisa y depende fundamentalmente de la doctrina, existiendo al respecto notorias divergencias(23)(117).

En nuestra opinión la acción cambiaria es un concepto derivado del lenguaje técnico, que emerge de la ley sustantiva, mediante el cual se expresa que quien la ejerce se apoya en la posesión material del documento cambiario a efectos de obtener el cumplimiento forzado de la prestación en él comprometida(24)(118).

Coincide en líneas generales con esta definición Alegría(25)(119), quien también distingue claramente la acción cambiaria de la acción ejecutiva: "La acción cambiaria entendida como 'acción' en sentido sustancial, identifica al conjunto de derechos que existen en cabeza del titular de la letra. Por su parte, la acción ejecutiva, que toma el vocablo 'acción' en su sentido formal, identifica una manera procesal o vía por la que se puede ejercitar la pretensión emergente de ciertas relaciones sustanciales"(26)(120).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

De lo expuesto surge la primera objeción que puede oponerse a quienes apoyándose en el artículo 57 sostienen que debe primar sobre el artículo 60: la letra de cambio, como título ejecutivo sólo encuentra regulación en el artículo 60, que requiere la condición de que esté "debidamente protestada". Por el artículo 57, el carácter ejecutivo del título no se vislumbra, y si se refiriese a la acción cambiaría - lo que a nuestro juicio es inexacto -, la contradicción entre ambas normas queda superada por la distinción conceptual precedentemente subrayada(27)(121).

Pero a esto, cabe a su vez oponer que: 1º) El artículo 57 no se refiere a la acción cambiaría en sentido estricto - sobre ello, seguidamente en el texto -;

2º) la intención del legislador, como método interpretativo, parece ya superada y mucho más, si ella es implícita; 3º) la vía ejecutiva no es condición necesaria para la existencia del título - podrá serlo para su eficacia -, ya que la acción cambiaría es sólo de naturaleza - y no por esencia - ejecutiva. Conf. R. L. Fernández, Código de Comercio comentado, t. III, pág. 288.

Pero además, y esto resulta decisivo, como adelantamos, el artículo 57 no se refiere a la acción cambiaría sino que regula supuestos de caducidad. Prueba de ello es que, como se sabe, la caducidad no obra sobre la acción, sino sobre el derecho, como la misma norma se encarga de establecer, y por insatisfacción de las cargas sustanciales que ella prevé(28)(122).

Esta observación no ha merecido hasta el presente mayor atención, e insistimos en ella porque ha dado lugar a no pocas confusiones de cuyas resultas la doctrina impugnada - como dijimos antes - ha encontrado incidentalmente cierta difusión.

En efecto, tal caducidad, de acuerdo a la ley cambiaría - art. 57 - es sólo oponible por los obligados de regreso(en el proceso ejecutivo, generalmente como excepción de inhabilidad de título - art. 544, inc. 4º, Cód. Procesal -).

Sin embargo, en no pocas ocasiones lo ha sido también por los obligados directos(aceptante en la letra de cambio; librador - aceptante, en el pagaré).

De aquí que en numerosos pronunciamientos judiciales, por lo común dictados a causa de la alegación de vicio del protesto por parte de los obligados directos, en los que se resuelve esa defensa de caducidad y no sobre la procedencia de la acción directa en vía ejecutiva, se exprese, fundando su rechazo, que ella no requiere el acto notarial(29)(123).

De todo ello resulta que esas decisiones no son aptas para sustentar la tesis que tratamos de rebatir.

7. LOS ARGUMENTOS COMPLEMENTARIOS

En cuanto a los restantes argumentos que se esgrimen, nos parece que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la expresión "debidamente protestada" sólo puede apuntar a la forma del acto (arts. 65, 66 y conc. de la ley cambiaria).

La pretendida correlación con el artículo 63 que consagra la insustituibilidad del protesto "en los casos en que éste debe efectuarse" no existe, puesto que tales casos no pueden ser otros que los previstos por la ley cambiaria para las hipótesis en que dicho acto es de cumplimiento inexcusable(art. 27, párr. 3º: protesto por falta de fecha de aceptación en letras de vencimiento relativo - art. 37, párr. 3º, íd. - ; art. 48, párr. 1º: protesto por falta de aceptación o pago; art. 48, párr. 6º: caso de acción de regreso anticipado - art. 47, b, 2º - ; art. 58: por cesación de la fuerza mayor en cuya virtud se prorrogaron los términos de presentación; art. 75: para constatar la presentación y falta de aceptación del indicado, a efectos de ejercer la acción de regreso anticipada; arts. 85 y 87: en caso de ejemplares y copias de la letra de cambio, respectivamente).

Por último el argumento fundado en la poco feliz remisión del artículo 60 in fine a los artículos 52, 53 y 56, por la que se afirma que con ello la norma se autolimita, ya fue previsto en nuestro trabajo citado, donde refutándolo anticipadamente expresamos que tal remisión no confirma en absoluto aquella interpretación sino que más bien la termina de desechar, puesto que no se refiere a las acciones en sí, sino al capital y accesorios que es dable reclamar a consecuencia de su ejercicio(30)(124).

8. LA FUERZA EJECUTIVA DEL TÍTULO

Si a pesar de lo expuesto se excluye el protesto, ¿cuál es el fundamento de la fuerza ejecutiva de la cambial? Estimamos que no puede ser otro que el trámite preparatorio previsto por la ley procesal (arts. 523, inc. 2º, y 525, inc. 1º, Cód. Proc.), pues en ese caso el portador, si bien dispone de la acción cambiaria, no cuenta con título ejecutivo, ya que la ley procesal(art. 523, inc. 5º, Cód. cit.) remite al derecho material; y necesita integrar el documento preparando la vía ejecutiva con el reconocimiento de la firma por el aceptante o suscriptor del pagaré. La acción sigue siendo cambiaria porque se funda en el documento, que en este caso no pierde su calidad ni atributos por la omisión del protesto(31)(125).

Finalmente, y respecto al reconocimiento de firma, coincidimos en que se trata de un acto inintercambiable con el protesto(32)(126), pero no porque este último no comporte atribución de autenticidad a la firma del documento, desde que nadie pretende tal cosa. Por ello, el argumento formulado(33)(127) nos parece de alguna manera tautológico, porque se trata de actos distintos instituidos por la ley por razones y con finalidades diversas: el protesto, como medio de comprobación pública y auténtica de la insatisfacción de una carga sustancial destinada a preservar el ejercicio de acciones regresivas, constituyendo a la vez - procesalmente - al título en ejecutivo(art. 60 cit.); el reconocimiento de firma, por imposición también de la ley sustancial(arts. 1026, sigtes. y conc. del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cód. Civil), al que la formal se adecua, a efectos de conferirle a un documento privado el carácter de título ejecutivo(34)(128).