

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL PROTESTO REQUERIDO POR UN MERO TENEDOR "POR CUENTA Y ORDEN DEL PORTADOR" UNA SENTENCIA EQUIVOCADA() (1403)*

OSVALDO S. SOLARI

SUMARIO

I. La sentencia. II. Inquietud provocada por el fallo. III. Cómo se hicieron los protestos enjuiciados. IV. Legislación argentina. V. Inaplicabilidad de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la doctrina citada. VI. Existencia de un mandato. VII. Conclusión.

I. LA SENTENCIA

1. En el presente número de Revista del Notario se publica una sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala C, de fecha 26/8/74, en la que, con el voto del Dr. Augusto C. Belluscio, al que se adhirieron los restantes miembros de la Sala, Dres. Salvador E. Bauzá y Carlos A. Espiro, se resolvió el pleito en base a que el deudor no había sido constituido en mora:

a) Porque el boleto de compraventa no contenía designación del lugar para la realización de los pagos, razón por la que éstos deben ser hechos en el domicilio del deudor, lo que exige comprobar la concurrencia del acreedor a ese domicilio; prueba que en la causa no se habría producido; y

b) Porque los protestos de los pagarés que documentaban las deudas, al haber sido hechos a petición de un mero tenedor, serían ineficaces a dicho efecto.

II. INQUIETUD PROVOCADA POR EL FALLO

2. Me preocupa esta última argumentación. En parte, porque el Dr. Belluscio en su voto menciona mi opinión respecto al protesto realizado por un mero tenedor, la que como explicaré en seguida, está referida a los casos en que el mero tenedor protesta en "su propio nombre", lo que no sucedió en el caso sentenciado. Y, en parte, porque la publicación del fallo ha producido una gran inquietud en ámbitos notariales y en asesorías letradas, dado que los protestos declarados ineficaces por la Cámara son en su redacción, exactamente iguales a los que diariamente se instrumentan en todas las notarías. En la medida de mis informaciones, es excepcional que el protesto sea hecho por el portador legítimo. Lo normal, y correcto, en mi opinión (de ahora y de antes), es que actúe un tenedor o mero tenedor "en nombre" o "por cuenta y orden" del portador legítimo. Este es el procedimiento habitual y, desde mi punto de vista, es absolutamente correcto por ajustarse tanto a las prescripciones de la legislación cambiaria, como a las del Código Civil en materia de mandatos, puesto que la frase "por cuenta y orden" conlleva la afirmación de que está actuando un mandatario.

Planteadas así las cosas, las opiniones de autores mencionadas en el fallo no son aplicables al caso, puesto que están referidas a los supuestos en los que el mero tenedor protesta en ese carácter y no cuando actúa representando al portador legítimo.

En la intención de clarificar el tema y mostrar el error cometido en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fallo, escribo estas líneas, en las que me limitaré, estrictamente, al análisis de la parte de la sentencia referida a los protestos.

III. COMO SE HICIERON LOS PROTESTOS ENJUICIADOS

3. En la instrumentación de los protestos acompañados al expediente, que compulsé a este efecto, intervinieron dos escribanos que usaron fórmulas distintas.

- Uno de los escribanos redactó sus escrituras diciendo: Que "compareció don... en su carácter de mero tenedor y por cuenta y orden de O'Higgins S.C.A. y me hace entrega de un pagaré...". El acta de requerimiento dice que fue atendido por..." un empleado de ellos y hallarse ausentes los mencionados deudores. Oído esto le puse de manifiesto a la persona que me atendió el documento preinserto para que reconociera sus firmas y abonare el importe del mismo. Contestándome la misma, que carecía de fondos e instrucciones para el pago de esta suma y que las firmas eran auténticas...".

El otro escribano usó una fórmula distinta. Dijo: "Comparece don... y dice: Para que por cuenta y orden de O'Higgins S.C.A., se intime su pago o en su defecto se proteste c/... En el diligenciamiento de este protesto el escribano no fue atendido por persona alguna por lo que se dieron por cumplidas las diligencias".

4. En detalles secundarios de estas escrituras, quiero de paso dejar sentada mi discrepancia. Así, en lo relativo al reconocimiento de las firmas(1)(1404)y a la acción de protestar si el pago no se realiza(2)(1405). Porque el protesto no tiene como finalidad reconocer las firmas ni tampoco, aunque parezca paradójico, "protestar". Pero en lo central del asunto, vale decir en cuanto al sujeto activo del protesto, mero tenedor o portador, estoy convencido de que el procedimiento usado fue absolutamente correcto.

5. El caso es que en varias de esas escrituras, según acabo de decir actuó una persona en carácter de mero tenedor y "por cuenta y orden" de la sociedad "O'Higgins S.C.A." o sea de la portadora legítima y actora en el pleito. En otra escritura, la persona requirente del protesto sólo dijo actuar "en nombre" de esa sociedad. No manifestó ser tenedor ni mero tenedor.

Subrayo lo que para mí es trascendente. Una cosa es que el protesto sea hecho por el tenedor o mero tenedor en su propio nombre y otra, muy distinta que dicho señor, sin perjuicio de indicar que sólo es tenedor o mero tenedor del documento, simultáneamente declare que actúa "por cuenta y orden", como fue consignado en los protestos que la sentencia impugna. En el primer caso se actúa en nombre propio; en el segundo, en nombre ajeno y en uso de mandato. Como consecuencia de lo que precede, puede afirmarse, por lo menos yo lo hago, que estrictamente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los protestos enjuiciados fueron hechos a requerimiento del portador legítimo (la sociedad O'Higgins S.C.A.) por cuenta y orden de quien actuó, en algunos casos, un mero tenedor, y en un caso una persona que se limitó a invocar la representación de dicha sociedad sin autocalificarse como tenedor ni mero tenedor.

IV. LEGISLACIÓN ARGENTINA

6. Aclarada la fundamental importancia que tiene el hecho de que una persona requiera el protesto en "su nombre" y en su carácter de "tenedor" o "mero tenedor", o que, en cambio, lo haga en "nombre del portador legítimo", mencionando o no su propia condición de tenedor o mero tenedor, veamos las consecuencias jurídicas en uno y otro caso. Para esto, indagemos qué dice la ley, comenzando por la anterior norma del Código de Comercio.

a) El art. 668 de ese Código disponía que "el mero tenedor de una letra, aunque no tenga endoso ni otro título alguno, puede y debe hacer respecto de ella las diligencias y protestas necesarias, y exigir el depósito de su importe el día de su vencimiento". Este precepto autorizaba y obligaba al mero tenedor para el protesto del documento pero no para cobrar su importe(3)(1406).

b) En el decreto - ley 5965/63 debe distinguirse entre el protesto por falta de aceptación y el protesto por falta de pago.

Falta de aceptación: "La letra de cambio puede ser presentada por el portador o por un simple tenedor para la aceptación por el girado en el domicilio indicado, hasta el día del vencimiento" (art. 23). Como el protesto, en el sistema vigente, no es una declaración o reserva de derechos, sino la simple autenticación del hecho de la negativa del requerido, es obvio que el simple tenedor queda legitimado, por ese artículo, como sujeto activo del protesto.

Falta de pago: Ya dije en oración anterior(4)(1407)que conforme al artículo 40 del decreto - ley 5965/63 sólo corresponde al portador la presentación de la letra para el pago y que su presencia puede ser indispensable si el requerido al pago quiere realizarlo y exige que el portador (el legítimo) ponga en el documento constancia del pago y la firme, derecho que le acuerda el art. 42 de ese decreto - ley.

Pero no hay norma que obligue a que dicha presentación sea efectuada por el portador legítimo en forma personal. Más aún, tratándose de sociedades o asociaciones, no existe el portador como persona física; siempre deben ser sus representantes quienes actúan en sus nombres. Por lo tanto, es obvia la facultad o el derecho de que el requerimiento del pago deba estar a cargo de una persona que no sea el propio portador físicamente hablando.

En concreto, conforme a nuestra ley actual, el protesto por falta de pago

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

puede ser hecho personalmente por el portador legítimo o por una persona que actúe en su nombre - ya veremos en qué carácter - y sea que además de precisar por cuenta de quién lo hace, manifieste o no, para mí esto es indiferente, que es mero tenedor.

V. INAPLICABILIDAD DE LA DOCTRINA CITADA

7. El Dr. Belluscio al examinar en su voto la doctrina nacional y extranjera, sobre las facultades del mero tenedor para requerir el pago y protestar el documento, afirma que las opiniones son - al parecer, consigna - unánimemente negativas. Menciona así la opinión de Supino y De Semo reiterada por Georgio De Semo y por Vittorio Angeloni, entre los italianos; y a Cámara, Legón, Zavala Rodríguez y a mí, entre los nacionales. El caso es que la lectura atenta de las obras de estos autores pone a la vista que sus respectivas opiniones fueron dadas en el análisis de si existía legitimación de los meros tenedores para realizar el protesto en sus "propios nombres" y no cuando actúan por cuenta o representación de los portadores legítimos. Es más, en el caso particular de De Semo, en el Tratado de derecho comercial, en la parte relativa a la letra de cambio, escrita juntamente con Supino, mencionan el punto de vista de calificados juristas (Pardessus, Persil, Lyon - Caen et Renault y Bedarride) que consideran que el simple detentador de la letra puede practicar el protesto en nombre del titular pero no en nombre propio(5)(1408). Pero Supino y De Semo agregan de inmediato que existen otros autores (y mencionan a Vidari) que admiten que debe permitirse practicar el protesto al simple detentador de la letra sin distinguir si lo realiza en nombre propio o en nombre del portador, debiendo aplicarse al caso las reglas de la negotiorum gestio(6)(1409). También explican que existen otros, y citan a Dalloz y Calamandrei, que distinguen según que la negativa de pago haya sido o no motivada por la ausencia de mandato en el portador de la letra(7)(1410).

Luego de mostrar este conflictivo panorama jurídico, diferente por cierto al que resulta del fallo, Supino y De Semo, puntualizando la existencia de opiniones tan divergentes, no dudan en afirmar que el protesto manifiestamente corresponde a quien tiene el derecho a reclamar el pago y por esto, así como el simple detentador de la letra carece de ese derecho, tampoco lo tiene para practicar el protesto(8)(1411).

Pero esta opinión de Supino y De Semo, repito, está referida a los casos en que las letras están en poder de personas que no sean sus respectivos titulares y tampoco posean mandato para protestarla.

8. Cámara también está de acuerdo en que el requerimiento del protesto debe ser hecho por el portador, pero acepta que lo sea por su mandatario(9)(1412).

9. Legón se expide sobre el tema diciendo que "el pedido de protesto del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

documento debe ser hecho al escribano por el portador de la letra, ya sea su titular legítimo o un simple detentador en virtud de mandato"(10)(1413).

10. Finalmente, en mi estudio El protesto, sigo la línea doctrinaria que entiende que el protesto por falta de pago debe ser hecho por el portador. Pero no me ocupé, en absoluto, de la actuación de un mandatario del portador(11)(1414).

11. Explica el Dr. Belluscio su opinión diciendo que los argumentos que se han dado para "excluir la posibilidad jurídica de que el protesto sea realizado a pedido del mero tenedor son ilevantables" y, en forma expresa, se apoya en que el art. 40 del decreto - ley 5965/63, a diferencia del art. 23, dispone que la presentación debe ser hecha por el portador. Y agrega, como fundamento, el derecho del pagador a exigir la constancia del pago, lo que no podría hacer el mero tenedor, porque si la tuviera en su poder con ella ya colocada por el poseedor legítimo, "obraría como mandatario de éste para el cobro y no como mero tenedor".

Concluye esta parte de su voto, afirmando "que por mas que la práctica notarial no haya advertido la modificación de los textos legales (se refiere a la supresión del art. 668 del Código de Comercio) o, a pesar de haberlo hecho, la desvirtúa, el protesto por falta de pago no puede ser levantado a requerimiento del mero tenedor, y el que así haya sido realizado no produce efectos legales (art. 18 Cód. Civil). De manera que los protestos cuyos testimonios fueron acompañados por la actora - todos los cuales fueron realizados a petición del mero tenedor(12)(1415)- fueron ineficaces para constituir en mora a los demandados". Aunque escapa al objeto de este comentario, que está limitado a la técnica del protesto, en cuanto a la persona que debe requerirlo, quiero agregar que, a mi juicio, la constitución en mora habría mediado, con abstracción de que quien requirió el pago lo hiciera en su propio nombre (como mero tenedor) o por cuenta del portador. El deudor pudo pagar porque el pago le fue requerido. Si no lo hizo fue, simplemente, porque un empleado suyo dijo carecer de fondos. No discutió la legitimación del requirente cuando éste le intimó para que pagara.

Al resolver sobre las costas del juicio, propicia que las de ambas instancias corran por su orden y las comunes por mitades, "ya que la demanda es rechazada en razón de la ineficacia de protestos motivada, no por culpa de la actora sino por impericia notarial y porque la ausencia de precedentes jurisprudenciales sobre el punto..."

Esta última parte del voto aumenta la extrañeza que su lectura me ha producido, ya que exime de culpa a la actora por los protestos de sus documentos, olvidando que la pretendida ineficacia de éstos, de ser tal - con lo que discrepo - se habría producido porque ella (la actora) requirió los protestos por medio de tenedores en cuyas manos puso los documentos. El cargo de impericia notarial me parece gratuito y poco feliz desde que en igual forma a la de autos son realizados diariamente a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

requerimiento de los principales Bancos y sociedades comerciales del país, vale decir con el respaldo de sus respectivos departamentos jurídicos y asesorías letradas. En otro aspecto, no es exacto que no existan antecedentes jurisprudenciales. Pueden consultarse los publicados en E.D., t. 41, pág. 651 (fallo de la C. N. Com. Sala A, del 4/2/71) y L.L. t. 127, pág. 1127 (fallo de la misma Cámara, Sala C del 6/4/67). La tesis de estos fallos, de ser aplicada, habría decidido el pleito en sentido contrario a aquel que se adoptó(13)(1416). El error en el enfoque jurídico de los protestos por parte del camarista opinante, con la adhesión de los restantes miembros de la Cámara, se traslada así al campo de las costas y da lugar a una improcedente imputación de impericia.

VI. EXISTENCIA DE MANDATO

12. La fórmula "por cuenta y orden de la portadora" elimina de cuajo la actuación por cuenta propia. Afirma, en cambio, la existencia de un mandato, que incluso puede ser verbal (art. 1873 in fine Cód. Civil). En el fallo no se ha analizado este aspecto de los protestos impugnados, lo que me hace pensar que no se ha reparado en el mismo. Esto es sensible puesto que, al menos para mí, allí estaba el meollo del problema. El mero tenedor invocó una representación que no fue desconocida por el requerido a juzgar por el contenido de los protestos. Y que aun cuando lo hubiera sido entonces, o de haber hecho uso el requerido del derecho, que le acuerda el art. 1938 Cód. Civil de pedir el instrumento de la procuración con resultado negativo, la posterior demanda que provocó el pleito importaría la ratificación del mandato con los efectos retroactivos previstos en los arts. 1935 y 1936, Cód. Civil.

VII. CONCLUSIÓN

13. En resumen, y con todo respeto para los autores del fallo que declara ineficaces a los protestos realizados por meros tenedores, quiero poner en relieve con este breve comentario, lo que para mí constituye el error básico de la sentencia, es decir, no haber advertido que esos meros tenedores no actuaron en sus propios nombres, sino en uso del mandato que les había conferido la legítima portadora. Pienso, por tanto, como conclusión, que los escribanos, pese a este fallo, podemos sin inquietudes seguir instrumentando escrituras en las que el requerimiento sea realizado por un mero o simple tenedor "por cuenta y orden" del legítimo portador.

"El protesto sólo tiene por efecto documentar el requerimiento del pago y la negativa del mismo. Ese acto no legitima la tenencia por parte de quien lo hace y tampoco surte ese efecto aunque el tenedor invoque que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lo hace por cuenta de un tercero" (C. N. Com., Sala C, 6/4/927. L.L., 127 - 1127).