

Año VI Julio - Diciembre de 1938 Nos. 25 y 26

Atención 

Revista de Derecho

SUMARIO

Héctor Brain R.	La interpretación de los contratos a través de la jurisprudencia Chilena	Pag. 1983
David Stitckin B.	Algunas consideraciones sobre el mandato para ejecutar actos solemnes	" 2039
Ramón Domínguez B.	La cuenta corriente mercantil ¿es un contrato consensual?	" 2053
Orlando Tapia S.	La responsabilidad extracontractual	" 2059 ^I
	MISCELANEA JURÍDICA	" 2085
	<i>(El delito de robo matrimonial)</i> JURISPRUDENCIA	" 2091
	JURISPRUDENCIA EXTRANJERA	" 2146
	LEYES Y DECRETOS	" 2159

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (CHILE)

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO

Contra Erasmo Seguel Rivas
ESTAFA
Julio 12 de 1938

Presunción de dolo en caso de que el girador revoque el cheque sin causa justificada

DOCTRINA.— *Habiendo el portador emitido hacer protes- el cheque relacionado en la tar el cheque, a pesar de que querella de fs. 22, los requi- el girador lo revocó sin que sitos exigidos en el artículo 13 existiera ninguna de las causa- de la Ley N.º 3845, no ha lu- les que lo autorizaban para ello, gar por ahora, a la encarga- no ha nacido en contra de és- toria de reo que se solicita, te la presunción de dolo, y por por cuanto dicho cheque no tie- lo tanto, no puede someterse ne el nombre del librado, ni en- a proceso. doso a favor de persona deter-*

Acordada en empate de votos.

EL JUZGADO

Temuco, 15 de Junio de 1938.

Vicente Herrera.— B. Rive- ra, Secretario.

LA CORTE:

Temuco, 12 de Julio de 1938.

Vistos y teniendo presente:

1.º) Que el cheque que rola a fs. 44 no se encuentra comprendido en ninguno de los casos a que se refiere el inciso 2.º del artículo 22 de la ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, que presume el dolo cuando el librador retira voluntariamente los fondos disponibles después de girado el cheque; cuando gira, a sabiendas, sobre cuenta cerrada; y cuando, puesto en su conocimiento el protesto del cheque por falta de fondos, no los consignare dentro de tercer día, con el objeto de efectuar el pago;

2.º) Que el inciso 3.º de esa disposición legal establece que el dolo se presumen, además, cuando el librador revoca el cheque sin que, a juicio del Tribunal, existan las causales a que se refiere el artículo 26, entre las cuales están las signadas con los Núms. 1.º y 5.º que contemplan el caso en que la firma del librador hubiere sido falsificada y cuando el cheque hubiere sido perdido, hurtado o robado;

3.º) Que, si bien el querellado, Erasmo Seguel, sostiene en su declaración de fs. 15, que en casa de don Arturo Iglesias le substrajeron el libreto de cheques de la cuenta N.º 4142 y que su firma estampada como librador en el cheque de fs. 44 es falsificada, lo primero no lo justificó, y aunque del oficio de fs. 1, emanado del Agente de la Caja Nacional de Ahorros de la ciudad de Los Angeles, aparece que el cheque de que se trata no fué pagado por disconformidad de la firma del girador y por haber orden escrita del mismo de no cancelarlo, lo que corrobora en su primera parte lo expuesto por el Cajero de esa institución, don Carlos Bastidas, al declarar a fs. 39; esta sola circunstancia no hace desaparecer la presunción legal de dolo que pesa sobre el querellado, toda vez que se encuentra comprobado en el proceso mediante los informes periciales de fs. 40 que la firma de éste es auténtica;

4.º) Que, no obstante lo expuesto, no puede darse por establecido el delito de estafa a que se ha hecho referencia en el considerando 2.º porque; para ello, habría sido menester que el cheque que rola a fs.

Estafa

2133

44 hubiera sido protestado por falta de pago, conforme a lo prescrito en el artículo 33 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, formalidad que no fué cumplida en el presente caso, y siendo esto así, no ha comenzado a correr todavía para el querellado el plazo que tiene para purgar el dolo efectuando el pago del cheque, y las costas dentro del tercer día del requerimiento judicial, tal como lo prescribe el inciso 4.º del artículo 22 de la referida ley;

5.º) Que el citado artículo 22 ha establecido diversas presunciones de dolo: unas que dicen relación con el no pago del cheque por falta de fondos y las otras que se refieren al caso en que, teniendo fondos el girador, revoca un cheque. En ambos casos el cheque puede protestarse, como lo dice el artículo 33;

6.º) Que una de estas presunciones nace cuando, puesto en conocimiento del girador el protesto del cheque por falta de fondos, no los consigna dentro de tercer día, con el objeto de efectuar el pago. Pero las otras presunciones tienen vida sin necesidad de verificarse este trámite, por el solo hecho de retirar voluntariamente

dicho girador los fondos disponibles después de girado el cheque, de girar a sabiendas sobre cuenta cerrada y de revocar el cheque sin que, a juicio del Tribunal, existan las causas a que se refiere el artículo 26. En todos estos casos el dolo puede purgarse efectuando el pago del cheque y costas dentro del tercer día desde el requerimiento judicial;

7.º) Que, de consiguiente, como los cheques sólo pueden protestarse por falta de pago, — cualquiera que sea el motivo —, y esa diligencia debe efectuarse dentro del plazo que tiene el librado para pagarlo y con las formalidades que se mencionan en el inciso 2.º del artículo 33, es obvio concluir que, si el protesto no se hizo, no ha quedado constancia en forma legal de dicha falta de pago y no ha nacido la presunción de dolo que contempla el inciso 4.º del artículo 22;

8.º) Que estimar lo contrario significaría que un cheque que no fué protestado porque el portador se conformó con que no se lo pagaran, podría ser cobrado con posterioridad, mediante una acción criminal por estafa en la que, no sólo se persiguiera la sanción del delito, sino también las indem-

nizaciones civiles correspondientes;

9.º) Que es el protesto del cheque el que determina la situación del librador con relación al portador y al librado, puesto que dicha actuación es la que viene a dejar establecido que fué presentado para su cobro y cuáles fueron los motivos que se tuvo para negarse a pagarlo; y, según fueran ellas, saber si por el sólo hecho del no pago nació la presunción de dolo o si era necesario verificar la gestión previa de poner el protesto en conocimiento del librador para que ella naciera; y en uno y otro caso quedaba el derecho al girador para purgar ese dolo efectuando el pago dentro de tercero día desde el requerimiento judicial;

10.º) Que, por lo tanto, como el cheque con que se acciona en estos autos no ha sido protestado en el plazo y con las formalidades que la ley determina, no puede sostenerse que haya nacido la presunción de dolo que pudiera dar derecho al portador para ejercitar las acciones criminales que de ella pudieran derivarse;

11.º) Que si el cheque hubiera sido protestado, tenía abierto el camino el portador para

requerir al librador con el objeto de que se lo pagara y entonces habría llegado la oportunidad de discutir los motivos que tuvo este último para revocarlo; y si, a juicio del Tribunal, no hubieran existido las causales a que se refiere el artículo 26, quedaba al girador la facultad de purgar el dolo pagando el cheque y en caso de no hacerlo sufriría las consecuencias de su procedimiento doloso;

12.º) Que de todo lo anterior se deduce que no es procedente la encargatoria de reo del querellado, porque el querellante, — portador del cheque —, no hizo las tramitaciones legales para dejar establecido que dicho cheque no se le pagaba por orden del librador, — querellado —, no obstante que se ha establecido que es auténtica la firma de éste y que no se ha comprobado el extravío o sustracción de ese documento;

Por estos fundamentos y disposiciones legales citadas, se confirma, en la parte apelada, la resolución de fecha 15 del mes de Junio pasado, corriente a fs. 45 vta.

Acordada en empate de votos, con la opinión de los Ministros señores Léniz Prieto y

Estafa

2135

González Enriquez, y contra el parecer de los Ministros señores Marín y Rojas Espoz, quienes estuvieron por revocar la resolución en alzada y por declarar reo en esta causa a Erasmo Seguel Rivas, como presunto autor del delito de estafa, habiendo prevalecido la opinión de los primeros por ser más favorable al inculpado.

El Ministro señor Marín funda su voto disidente en las siguientes **consideraciones**:

I. Que, partiendo de la base de que el cheque es un medio de pago, que se gira en solución de obligaciones o estipulaciones equivalentes, a no ser que contenga las palabras "para mí", indicadoras de un simple encargo o comisión de cobranza, y de que el dinero o numerario no se entrega materialmente en el acto mismo del pago, sino que necesariamente debe existir de antemano en poder del librado, de donde debe recogerlo el portador, el artículo 22 de la Ley N.º 3845, de 8 de Febrero de 1922, estableció que el que girare un cheque sin tener fondos suficientes en poder del librado, será responsable de los perjuicios irrogados al tenedor, y en caso de dolo, será castigado como reo de estafa. Y a renglón

seguido dispuso que el dolo se presume cuando, puesto el protesto del cheque por falta de fondos en conocimiento del librador, éste no los consignare dentro de tercero día con el objeto de efectuar el pago. Además de esa presunción legal de dolo, que es la principal, el mismo precepto consultó otras dos, que son su corolario: a saber: a) cuando el librador retira voluntariamente los fondos disponibles después de girado el cheque; y b) cuando gira a sabiendas sobre cuenta cerrada;

II. Que el Decreto Ley N.º 611, de 16 de Octubre de 1925, agregó otra presunción más de dolo, por medio de un inciso intercalado en el artículo 22 que dice: "El dolo se presume, además, cuando el librador revoca el cheque, sin que, a juicio del Tribunal, existan las causales a que se refiere el artículo 26". Y esa disposición está complementada por los nuevos incisos incorporados por el mismo Decreto Ley al artículo 26 de la Ley N.º 3845, como sigue: "La orden de no pagar el cheque que puede ser dada por el librador solamente en los siguientes casos: 1.º Cuando la firma del librador hubiere sido falsi-

ficada; 2.º Cuando el cheque hubiere sido alterado con respecto a la suma o a la persona del beneficiario, con posterioridad a la emisión; 3.º Cuando el cheque hubiere sido perdido, hurtado o robado. Se observará en tales casos lo dispuesto en el artículo 29”;

III. Que el artículo 29 de la Ley N.º 3845, estatuye que, en caso de pérdida, hurto o robo de un cheque, el portador practicará las diligencias siguientes:

1.º Dará aviso escrito del hecho al librado, quien suspenderá el pago del cheque por diez días; 2.º Publicará el aviso del hecho en un diario de la localidad durante cinco días; 3.º Requerirá del librador y endosantes, dentro del mismo plazo, la anulación del cheque extraviado y el otorgamiento de otro nuevo en su favor; 4.º En subsidio, acudirá al Juez para que prohíba al librado el pago del cheque extraviado. El juez resolverá breve y sumariamente, previa caución que garantice las resultas. La caución subsistirá por el término de un año si no se hubiere trabado litis, ni hubiere mérito para cancelarla”;

IV. Que, armonizando los

preceptos recordados precedentemente, resulta que el librador únicamente puede dar orden de no pagar un cheque: a) cuando su firma hubiere sido falsificada; b) cuando, con posterioridad a la emisión, el cheque hubiera sido alterado con respecto a la cantidad o a la persona del beneficiario; y c) cuando el cheque se le hubiere extraviado o le hubiere sido hurtado o robado, debiendo, en estas últimas situaciones, dar aviso escrito del hecho al librado para que suspenda el pago por diez días, publicar aviso en un diario local durante cinco días, y en subsidio, acudir al juez para que prohíba al librado el pago del cheque extraviado. Y en todos estos casos el dolo se presume, si el Tribunal estima que el librador ha revocado el cheque sin la existencia de las causales anotadas;

V. Que, en realidad, en las tres situaciones previstas en los incisos agregados por el Decreto Ley N.º 611 al artículo 26 de la Ley N.º 3845, la revocación del cheque no es procedente, sino que el girador debe denunciar el delito cometido, — ya sea falsificación, adulteración, hurto o robo, — y no sólo al librado para que no se

Estafa

2137

exponga a pagar mal, sino a la Justicia Criminal, a fin de que instruya el respectivo sumario y adopte las providencias del caso. Es casi un contrasentido revocar un cheque falso, pues lo que corresponde es perseguir el delito perpetrado mediante la falsificación de la firma del librador o la alteración de la suma girada o del nombre del beneficiario; e igual procedimiento debe adoptarse cuando al librador el cheque le ha sido substraído;

VI. Que, en la especie, hay indicios vehementes para considerar que efectivamente Erasmo Seguel Rivas, con fecha 19 de Noviembre de 1937, en esta ciudad, giró "al portador", dejando en blanco el nombre de éste, el cheque de fs. 44, N.º 2620885, por la suma de ocho mil quinientos pesos, contra la Caja Nacional de Ahorros de Los Angeles, por cuanto, aunque ha negado que sea suya la firma que aparece al pie de ese documento, del informe evacuado a fs. 40 por los peritos don Cicerón Monsalves y don Fernando Navarrete, en concordancia con las declaraciones de Jefferson González, fs. 6, y Abdón Retamal, fs. 6 vta., se desprenden fundadas presun-

ciones para estimar que esa firma es auténtica;

VII. Que el certificado de la Caja Nacional de Ahorros de Los Angeles, colacionado a fs. 1, acredita que, al ser presentado el cheque a la institución libradora, no fué pagado por existir disconformidad en la firma del girador Seguel y por tener orden de éste en el sentido de no efectuar el pago, o sea, por que el librador revocó el cheque;

VIII. Que, sentadas las anteriores premisas, corresponde examinar si en el presente caso concurre alguna de las causales a que se refiere el artículo 26 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, pues en caso negativo existiría una presunción legal de dolo en contra de Seguel; y desde luego puede manifestarse que deben ser descartadas las dos primeras de ellas, ya que, según lo expresado en el fundamento VI de este voto, hay presunciones fundadas para estimar que la firma del librador no ha sido falsificada, sino que es auténtica, y ya que el nombre del beneficiario aparece en blanco y que Seguel no ha insinuado siquiera que hubiera sido alterada la cantidad girada;

IX. Que, relativamente, a la tercera de las causales en referencia, esto es, al caso de extravío, hurto o robo del cheque, la verdad es que, de los antecedentes hasta ahora reunidos en el curso de la investigación sumarial, no aparece justificado que Seguel hubiera perdido el cheque o que le hubiere sido sustraído, y por el contrario, esos antecedentes, especialmente las declaraciones de Jefferson González y Abdón Retamal, fs. 6 y 6 vta., — que permitieron a esa institución de que se ha hecho mención, — inducen a admitir que el propio librador entregó el cheque al tenedor Samuel Soto. Y en todo caso, cabe observar que Seguel se limitó a ordenar a la Caja Nacional de Ahorros de Los Angeles que suspendiera el pago del cheque y a publicar un aviso en el diario "Las Noticias", de la misma localidad, anunciando que el cheque N.º 2620885 y otros más quedaban nulos por haberse extraviados, pero no ocidió al Juzgado para que prohibiera el pago, bajo caución de resultados, lo que era necesario puesto que la suspensión del mismo pago mediante el aviso que dió a la institución librada no podía extenderse por más de diez días; ni tampoco hizo de-

nuncia alguna a la Justicia a fin de que se instruyera el respectivo sumario y se investigara la substracción del documento, de que habría sido víctima;

X. Que, en las condiciones expuestas, y si se tiene además en cuenta que el girador estampó su firma en el cheque de fs. 44, haciendo en ella ciertas variaciones a su firma usual, y registrada en la Caja Nacional de Ahorros de Los Angeles, que permitieron a esa institución rehusar el pago por constatar disconformidad en la firma, hay que arribar a la conclusión de que no concurre en el caso de autos ninguna de las tres causales que autorizan al librador para revocar el cheque; y en esa virtud, debe presumirse que ha habido dolo de parte de Seguel y sometersele a proceso como reo de estafa;

XI. Que la circunstancia de que el cheque de que se trata no haya sido protestado por falta de pago, estampándose al dorso del documento, al tiempo de la negativa, la causa, la fecha y la hora, con las firmas del portador y del librador, como lo indica el artículo 33 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Che-

Estafa

2139

ques, no altera la conclusión expresada en el fundamento que antecede, por cuanto el protesto es indispensable para los efectos civiles que contempla el artículo 34 de la misma ley y para el ejercicio de la acción ejecutiva, en conformidad al Decreto Ley N.º 778, de 19 de Diciembre de 1925, que substituyó el N.º 4.º del artículo 456 del Código de Procedimiento Civil, y en el orden penal, para la situación prevista en el inciso 2.º del artículo 22 de la ley citada, o sea, cuando el cheque se protesta por falta de fondos, en cuyo caso, el dolo se presume si el librador no consigna los fondos con el objeto de efectuar el pago dentro de tercero día después de notificado del "protesto del cheque por falta de fondos". Pero, en la especie, el cheque de fs. 44 no fué pagado por la institución librada, no porque el girador Seguel careciera de fondos disponibles en poder de la Caja Nacional de Ahorros de Los Angeles, sino porque aquél revocó el cheque, y además, porque su firma, aunque auténtica, era visiblemente disconforme con la que allí había dejado para cotejo. De modo que la ausencia de un protesto formal en el dorso del cheque, no es óbice para presumir el dolo en el presente caso, que es el que corresponde al nuevo inciso que el Decreto Ley N.º 611 agregó al artículo 22 de la Ley N.º 3845;

XII. Que, por otra parte, puede agregarse que no es posible confundir la presunción de dolo que se deriva de la revocación del cheque, con la que emana del hecho de girar un cheque sin tener de antemano fondos disponibles suficientes en poder del librado y no verificar el pago dentro de tercero día después de la notificación del protesto "por falta de fondos", porque obedecen a situaciones completamente diversas, sin otra similitud que la de ser ambas presunciones legales. En efecto, la presunción que milita en contra del librador que revoca el cheque sin causa aceptable, existía implícitamente en la misma ley como presunción judicial y es de sentido común, porque el que gira un cheque, que, como ya se ha expresado, se supone dado en pago de obligaciones equivalentes, y ulteriormente lo revoca, evidentemente defrauda al tenedor, lo priva del dinero que aparentó entregarle mediante el che-

que, lo engaña, en una palabra, lo estafa; y así el Decreto Ley N.º 611, no hizo sino convertir esa presunción en legal. En cambio, en el otro caso, la ley N.º 3845, deliberadamente, no quiso decir que constituía estafa el simple giro de un cheque sin fondos, porque ese hecho irregular, por lo general delictuoso, podía ser inocente y provenir de un descuido del librador en el arreglo de sus cuentas. El giro de un cheque sin fondos tiene todas las apariencias del engaño, pero no las suficientes en concepto del legislador para deducir, *prima facie*, la presunción legal de dolo; ha podido existir un error, y entonces, prudentemente, ha exigido la concurrencia de otra circunstancia más: que transcurran tres días después de la notificación del protesto sin que el librador acuda a pagarlo. El vencimiento de este plazo, cuando el girador está en conocimiento de que su cheque no ha sido pagado por falta de fondos, lo hace presunto reo de estafa. Demostrada así la innegable diferencia que existe entre ambas presunciones de dolo, no es dable exigir, para poner en ejercicio le primera de ellas, — como lo hace la mayoría del Tribunal, — un requisito que la ley ha señalado para el nacimiento de la otra: el protesto del cheque, porque las disposiciones penales son de derecho estricto y deben ser aplicadas a los casos que la propia ley determina, sin que sea lícito extenderlas por analogía a situaciones distintas, como acontece al pretenderse que, en el caso de autos, no obra en contra de Erasmo Seguel Rivas la presunción legal de dolo consecutiva, a la revocación injustificada que hizo del cheque de fs. 44, invocándose como razón la de que el portador emitió hacer consignar en el dorso de ese documento el respectivo protesto. Y de consiguiente, esa presunción debe surtir todos los efectos que le son inherentes para determinar la responsabilidad penal del inculpado;

XIII. Que la argumentación referente a que, por no haberse protestado el cheque por falta de pago, "no ha comenzado a correr todavía para el quereilado el plazo que tiene para purgar el dolo efectuando el pago del cheque y las costas dentro de tercero día del requerimiento judicial, tal como lo prescribe el inciso 4.º del artículo 22 de la ley", que se formula en el considerando 4.º del voto de

mayoría, y que se reitera más adelante, al decirse al final del fundamento 6.º, que: "si el protesto no se hizo, no ha quedado constancia en forma legal de dicha falta de pago y no ha nacido la presunción de dolo que contempla el inciso 4.º del artículo 22", además de no conciliarse con el claro sentido del precepto que se cita, está fuera de los términos de la cuestión y no tiene atinencia con el problema que corresponde dilucidar y resolver en esta oportunidad;

XIV. Que, en verdad, según se ha manifestado en las consideraciones I y II de este voto, el artículo 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, establece en sus tres primeros incisos cuatro presunciones legales de dolo en contra del librador: a) cuando gira el cheque sin tener de antemano fondos disponibles suficientes en poder del librado y no efectúa el pago dentro de tercero día después de notificado el protesto por falta de fondos; b) cuando retirare voluntariamente los fondos disponibles después de girado el cheque; c) cuando gira a sabiendas sobre cuenta cerrada; y d) cuando revoca el cheque sin la concurrencia de

alguna de las causales indicadas en el artículo 26. Y el inciso 4.º de esa misma disposición, refiriéndose a otra materia ajena al nacimiento de esas presunciones, prescribe que: "El dolo puede purgarse efectuando el pago del cheque y costas dentro de tercero día desde el requerimiento judicial", esto es, consulta la manera cómo el girador puede purgar el dolo en que ha incurrido; aunque sea doloso su proceder, la ley le otorga un plazo de tres días para pagar el valor del cheque y las costas, y así eximirse de responsabilidad penal. Por lo tanto, no puede hablarse con propiedad de "la presunción de dolo que contempla el inciso 4.º del artículo 22"; ni confundirse el plazo de tres días contado desde la notificación del protesto del cheque por falta de fondos, transcurrido el cual nace en contra del librador la presunción de dolo si no verifica el pago, con el otro plazo de tres días, — contado desde el requerimiento judicial —, independiente del primero, dentro del cual el girador puede purgar el dolo, efectuando el pago del cheque y las costas, y que para su vigencia requiere que ya exista un dolo que sa-

near, sea que él derive de causalidad de los cuatro casos en que la ley presume el dolo del librador;

XV. Que, en la especie, no es pertinente esclarecer si ha empezado o no a correr el plazo de tres días concedido al girador para purgar el dolo, porque lo único que hay que resolver es si gravita o no en contra de Erasmo Seguel Rivas la presunción legal de dolo, consecuencial al hecho de haber revocado injustificadamente el cheque de fs. 44, puesto que si se conceptúa que, a pesar de no concurrir ninguna de las causales que lo autorizaban para dar lícitamente el orden de no pagar el cheque, no ha habido dolo de parte suya, sería a todas luces ocioso y hasta ilógico averiguar si ha podido o no purgarlo. Y al argüirse que no ha nacido en contra del girador la presunción de dolo, porque no ha corrido aun el plazo dentro del cual puede purgarlo, se cae en una petición de principio, por cuanto se exige como condición para admitir esa presunción, una circunstancia que la ley ha contemplado para el caso de haberse producido el dolo, que no tiene relación alguna de causalidad con la pre-

sunción, que es extraña a su nacimiento y que es posterior a su existencia, ya que su efecto es el de sanear el dolo cometido por el girador;

XVI. Que, aun más, el plazo de tres días establecido en el inciso 4.º del artículo 22 de la ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, debe computarse desde "el requerimiento judicial" que debe practicarse en los cuatro casos indicados en las letras a), b), c) y d) del fundamento XIV de este voto; y en esa virtud, ese requerimiento no puede ser confundido con la notificación "del protesto del cheque por falta de fondos", que se hace al librador a fin de que dentro de tercero día consigne los fondos para efectuar el pago bajo apercibimiento de presumir que ha incurrido en dolo. Son situaciones diferentes, cuya diversidad se comprende con sólo enunciarlas. Siendo así, no se ajusta a la ley exigir el "protesto del cheque", como condición *sine qua non*, para que pueda efectuarse el requerimiento, a contar del cual el girador dispone de tres días para purgar el dolo. Al hacerse ese requerimiento, no se notifica el "protesto del cheque", porque, como se ha dicho, el

Estafa

2143

protesto se pone en conocimiento del librador con el único objetivo de que pague el cheque en el caso de haberlo girado sin haber tenido fondos disponibles en poder del librador, y de que, en el evento de no haberlo, nazca en su contra la presunción de dolo;

XVII. Que, como corolario de lo expresado en los fundamentos precedentes, se infiere que las razones que invoca el fallo de mayoría para justificar la necesidad imprescindible de que el cheque de fs. 44 hubiera sido protestado, carecen de apoyo en la ley y no sirven para cohonestar la conclusión a que llega el mismo fallo;

XVIII. Que, finalmente, en el considerando VIII de esta resolución, se atribuye a la falta de protesto del cheque un alcance que no puede tener, pues se da a entender que al no protestarse el cheque, "el portador se conformó con que no se lo pagaran", y que no puede cobrarlo con posterioridad; y sobre este particular, debe expresarse que la omisión del protesto, — en el sólo caso de no ser pagado el cheque por falta de fondos, — además de impedir al tenedor el ejercicio de la acción criminal, —

puesto que no podría dar vida a la presunción de dolo señalada en la letra a) del fundamento XIV de este voto —, le vedaría deducir la acción ejecutiva, porque no podría acogerse a la disposición del Decreto Ley N.º 778, de 19 de Diciembre de 1925, que sustituyó el N.º 4.º del artículo 456 del Código de Procedimiento Civil. Relacionando ese precepto, con la reforma que introdujo el Decreto Ley N.º 611, de 16 de Octubre de 1925, al reemplazar el artículo 34 de la ley N.º 3845, por el texto actual de esa disposición, se desprende:

1.º Que, para presentar el cheque a la ejecución, es preciso que la firma del obligado esté judicialmente reconocida o mandada tener por reconocida, o haya sido autorizada por un Notario;

2.º Que si el cheque no reviste estos caracteres de autenticidad, tenga en subsidio, en su favor, el antecedente de haber sido notificado el protesto al obligado, y de no haber éste, en el acto de la notificación o dentro de tercero día, opuesto tacha de falsedad; y

3.º Que la acción ejecutiva ha de ser entablada antes de un año, contado desde la fe-

cha del protesto. Todavía, siempre queda al tenedor el ejercicio de la acción ordinaria que prescribe en veinte años, para perseguir el cobro del valor del cheque de la persona obligada a su pago. De modo que la ausencia del protesto no significa que el portador se conforme con el no pago y que no pueda cobrar el cheque con posterioridad, ya que puede preparar la ejecución por el reconocimiento de la firma, y aun le queda la acción ordinaria. Y por lo tanto, nada obsta a que, en el caso de dolo, junto con perseguir el castigo del girador responsable del delito de estafa, pueda cobrar la cantidad defraudada y todos los perjuicios que le hayan sido irrogados.

El Ministro señor Rojas Espoz acepta todos los fundamentos del voto de minoría del Ministro señor Marín.

Publíquese y devuélvanse.

Mario Léniz Prieto.— Urbano Marín.— M. González Enríquez.— Darío Rojas Espoz.

Pronunciada por los señores Presidente accidental don Mario Léniz Prieto, Ministros titulares don Urbano Marín y don Manuel González Enríquez, y Ministro Suplente, don Darío Rojas Espoz.— *H. Brito N., Secretario.*
