

AÑO XXIX — ABRIL-JUNIO DE 1961 — Nº 116

REVISTA DE DERECHO

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

SUMARIO

	Pág.
FRANCISCO VARAS DODD	
Lo Jurídico en algunas obras de Shakespeare	3
EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ	
La subestimación del Derecho	15
RAMON DOMINGUEZ BENAVENTE	
Concepto del Derecho Sucesorio	39
CARLOS FERDINAND CUADROS	
La crisis del Procedimiento	83
MARIO CERDA CATALAN	
¿En cualquier tiempo puede notificarse el protesto de un cheque?	95
HECTOR OBERG YAÑEZ	
Comentario al artículo 91 del Código Tributario	105
TITO JARA TRONCOSO	
En torno a algunas realizaciones de la Jurisprudencia Sociológica	111
Declaración de principios y recomendaciones sobre la enseñanza del Derecho (Ciencias Jurídicas y Sociales) en América Latina	133
JURISPRUDENCIA	
<u>Corte de Apelaciones de Chillán</u>	
Nulidad de contratos y de testamento (Apelación de la sentencia definitiva). (Comentario de Ramón Domínguez Benavente)	143

**PUBLICACIONES DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
Y DEL H. CONSEJO PROVINCIAL DEL
COLEGIO DE ABOGADOS DE CONCEPCION**

MARIO CERDA CATALAN

Relator de la Corte de Apelaciones
de Concepción

**¿EN CUALQUIER TIEMPO PUEDE NOTIFICARSE
EL PROTESTO DE UN CHEQUE?**

I. PROPOSITO.

Analizaremos las disposiciones de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques y los principios relativos a la preparación de la vía ejecutiva, en cuanto nos proporcionan los elementos de juicio que responden a la interrogante planteada. Esto es, si en cualquier tiempo puede notificarse judicialmente el protesto de un cheque.

II. IMPORTANCIA DEL ASUNTO.

Se afirma que la Ley de Cheques no contiene un precepto, expreso o tácito, que señale la oportunidad en que debe practicarse la notificación judicial del protesto de un cheque, que "no ha señalado límite pasado el cual ya no pueda presentarse tal solicitud ni realizarse la diligencia de notificación" (Luis Guillermo Vásquez Méndez, "El Cheque", pág. 298, Editorial Jurídica de Chile).

Consecuentes con tal predicamento, los jueces decretan la práctica de las notificaciones de protestos de cheques solicitados, cualquiera que sea el tiempo que medie entre el protesto y la respectiva petición.

Ello importa debido a que nuestro más alto tribunal reiteradamente ha resuelto "que la notificación judicial a que se refiere el art. 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques tiene, como claramente se desprende del texto legal, como única finalidad la de poner en conocimiento de su girador el protesto de un cheque" y "que la citada gestión, por

su naturaleza, no permite al notificado promover cuestiones o defensas que miren al fondo del problema y que puedan ser materia de la acción o acciones que oportunamente y en forma legal deduzca el tenedor del documento, porque de lo contrario se vulneraría la ritualidad procesal establecida por la ley, desnaturalizando el verdadero rol que corresponde a este acto judicial no contencioso".

También interesa pues, transcurridos tres días de notificado judicialmente el protesto sin haberse consignado el valor del cheque y costas, el Juez del Crimen correspondiente procede a encarar reo al librador y a decretar su prisión preventiva, sin necesidad de oírlo y para otorgarle la excarcelación le exige caución en dinero o en efectos públicos por un monto no inferior a lo adeudado y costas.

III. INTERPRETACION ACTUAL.

Por las consideraciones anotadas la jurisprudencia no parece satisfecha con la liberalidad que los jueces demuestran al ordenar la práctica de las notificaciones de protestos de cheques, sin hacer discriminación alguna.

Sin embargo, las soluciones dadas hasta la fecha sólo crillan el problema sin ir al fondo. Tienden más, a amortiguar el efecto penal de la gestión en análisis.

Así, han declarado prescrita en cinco años la acción penal respecto del simple delito del artículo 22 de la Ley 7498, contados desde la fecha de giro del cheque, sin considerar que el término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito, esto es, desde que han transcurrido los tres días siguientes a la notificación del protesto sin consignar fondos, conforme al artículo 95 del Código Penal.

El autor de la citada obra "El Cheque", estima que debe aplicarse al cheque el artículo 761 del Código de Comercio relativo a la letra de cambio y, en consecuencia, que el derecho a pedir la notificación del protesto de un cheque prescribe en cuatro años contados desde el día del vencimiento del cheque.

Pero el mismo autor concluye que la solución vendrá del texto expreso de una ley que señale el límite, pasado el cual, no puede pedirse la notificación del protesto de un cheque.

IV. ROL DE LA NOTIFICACION JUDICIAL DEL PROTESTO.

Para esbozar una respuesta a la interrogante planteada, precisemos que la notificación judicial del protesto de un cheque, juega diversos roles, que son:

¿EN CUALQUIER TIEMPO PUEDE NOTIFICARSE

97

a) Constituye una gestión especial de requerimiento al girador para que, dentro de tercero día de notificado, consigne a la orden del tribunal el valor del cheque y costas, cuya entrega al tenedor debe decretar sin más trámites, como lo dispone el artículo 22 de la Ley 7498.

La notificación judicial del protesto del cheque será suficiente antecedente para retirar los fondos cuando éstos se consignan. Esta virtud de la notificación no deriva de ser el cheque un título ejecutivo por sí mismo, ya que tal percepción de fondos opera aunque se haya opuesto tacha de falsedad en el momento de la notificación del protesto o dentro de los tres días siguientes a su notificación (art. 43). Tampoco importa ejercer una acción, ejecutiva, ordinaria o especial; ni es un procedimiento ejecutivo propio. Es el efecto especial que "a este acto judicial no contencioso", con la calificación de la Excm. Corte Suprema, le da el artículo 22 de la Ley 7498, el que permite al tenedor obtener el pago del cheque protestado.

b) Constituye una gestión preparatoria de la vía ejecutiva respecto de cualquiera de los obligados al pago del cheque, conforme al inciso 1º del Nº 4º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, distinta a la gestión del artículo 435 del mismo Código.

Esta gestión preparatoria habilita al tenedor del cheque protestado para iniciar un juicio ejecutivo transcurridos tres días desde la notificación judicial del protesto, sin alegarse oportuna tacha de falsedad.

El juicio ejecutivo se iniciará cuando la gestión especial de requerimiento señalada en la precedente letra no satisfaga el crédito y el deudor tenga bienes o se accione contra otro de los obligados al pago del cheque.

c) Constituye una gestión previa para entrar al juicio criminal cuando el deudor no consigna fondos para atender el pago del cheque y costas en el plazo de tres días del requerimiento, de acuerdo con lo prevenido en el art. 22 de la ley en cuestión.

Este último rol, verdaderamente intimidante para quien giró un cheque a cuyo protesto pueda oponerle una tacha legal, sirve a cualquier tenedor, sea que merezca o no la protección de la justicia y le sirve en términos tales que jamás necesitará deducir acción o acciones en que el notificado pueda promover cuestiones o defensas que miren al fondo del problema.

En el proceso criminal se persigue la responsabilidad criminal del librador del cheque no pagado oportunamente y puede perseguirse su responsabilidad civil, haciéndola efectiva sobre la caución rendida para obtener su libertad.

El artículo 22 reglamenta la consignación de los fondos suficientes para atender el pago del cheque y costas judi-

ciales, hecha en su oportunidad ante el Juez que intervino en las diligencias. El artículo 45 reglamenta el depósito de dinero o de efectos públicos de un valor equivalente a título de caución, fuera de la fianza para obtener la libertad provisional y se efectúa en cualquier tiempo ante el Juez que conoce del proceso criminal respectivo.

Vemos, entonces, que la gestión de notificación judicial del protesto de un cheque juega, o puede jugar, un triple rol.

Si el notificado paga oportunamente, no hay cuestión. El asunto ha terminado. Tampoco la habrá, cuando el girador paga fuera de plazo y merece el sobreseimiento definitivo o la absolución, por cumplir con las condiciones que señala la Ley 14.601. De la misma manera, la falta de pago oportuno, sin fundamento, carece de trascendencia en nuestro estudio.

Pero hay casos en que, a la notificación aludida, no sigue el pago y esta negativa no sólo tiene un fundamento legal, sino que merece la protección de la justicia. Es el caso de cheques con protesto viciado por incompleto, erróneo o inoportuno, como será la falta de firma del portador en protestos por cuenta cerrada; si se protesta por falta de fondos, existiendo orden de no pago válidamente dispuesta; o si se protesta un cheque presentado al cobro fuera del plazo legal, etc.

Nos referiremos, en especial, al cheque cuyo protesto se pretende notificar pasado, por ejemplo, un año de su fecha, no a defectos en la notificación. Estimamos acertada la jurisprudencia que no admite reclamos por defectos en la notificación, aunque destacamos que aquélla supone la existencia de un protesto válido.

V. PLAZOS DE LA LEY 7498.

De los 51 artículos que forman la Ley 7498, 21 contienen plazos, en un total de 32 términos. Los más breves, los de los artículos 3, 26, 33 y 43. Los más largos, los de dos años, de los artículos 5 y 41, que se refieren propiamente a la cuenta corriente bancaria y no al cheque. Hay plazos de días en los artículos 4, 12, 22, 23, 24, 29, 39, 43 y 50; de meses, en los artículos 6, 21, 23, 24, 29, 41 y 49; y de años en los artículos 5, 34 y 41.

Los plazos más numerosos son los de días, contenidos en 9 artículos; les siguen los plazos de meses a que se refieren 7 artículos; los que contienen las expresiones "en seguida", "en el momento", "al tiempo", son 4; y de un año hay un solo plazo.

"La rapidez con que el tenedor del cheque puede obtener su pago forzoso en caso de no ser realizado en el banco librado al momento de su presentación" es el objetivo de la Ley 7498 como se encarga de precisarlo el Decreto 1971 de 1945 que

¿EN CUALQUIER TIEMPO PUEDE NOTIFICARSE

99

ordena publicar en el Boletín Comercial los cheques protestados.

Muchas de las facultades jurídicas otorgadas por esta ley, entre las cuales podemos señalar la presentación al cobro y el reclamo de pago, se encuentran limitadas en el tiempo, en términos de que su duración no va más allá del plazo determinado. Caducan, conforme al artículo 49 del Código Civil.

Una afirmación consecuencial podemos ya formular: los cheques son documentos con trámites rápidos y de vida cortísima y el plazo más extenso que se les aplica es de un año.

VI. COBRO Y RECLAMO DE PAGO.

La presentación al cobro debe efectuarla el portador en los siguientes plazos fatales que se cuentan desde la fecha de la emisión del cheque: a) cheque a cobrarse en la misma o en otra plaza que la de emisión: 60 y 90 días, respectivamente, y b) cheque a cobrarse en Chile y girado en el extranjero: 3 meses.

Por las leyes 7498 y 13.305 se extendieron y precisaron los plazos primitivos de la ley 3845. Se mantiene una diferencia curiosa: 90 días para cheques a cobrarse en otra plaza que la de emisión y si esta última está en el exterior, tres meses.

Correlativamente a la "presentación al cobro" (artículo 23) que hace el tenedor, "el librador deberá tener de antemano fondos en el banco" (artículo 22, inciso 1º).

En resumen: la primera obligación del tenedor es presentar el cheque al banco, oportunamente; la obligación del librador es tener de antemano fondos disponibles en el banco.

Cuando el cheque no es pagado por el banco, éste lo protesta sin necesidad de requerimiento, si lo rehusa por falta de fondos (art. 33).

Surge, entonces, una segunda obligación para el tenedor.

La obligación del tenedor es la de "reclamar el pago" (inc. 3º del artículo 23); la del girador "consignar fondos suficientes para atender al pago" (inciso 2º del artículo 22) "a la orden del tribunal" (inciso 5º del artículo 22).

Las dos obligaciones del tenedor se contienen en expresiones claramente diferenciadas, "presentarlo al cobro", "reclamar su pago".

La primera expresión no necesita comentarios; sí los necesita la segunda.

Al carecer de fondos un cheque presentado al cobro, el banco lo protesta y hace bien; hace lo único que le corresponde, ya que él "se obliga a cumplir las órdenes de pago hasta concurrencia del dinero depositado o el crédito estipulado (artículo 1º). A nadie se le ocurrirá que el tenedor "reclame el pago" al mismo banco,

Reclamar, o requerir, o instar, o exigir, resulta ser la acción de clamar o llamar con repetición o mucha insistencia, y ése es el sentido que le da nuestra legislación, como aparece, entre otros, de los artículos 578, 914 y 2517 del Código Civil, 589, 590, 591, 594, 773 y 777 del de Procedimiento Civil.

En consecuencia, el reclamo para obtener el pago de un cheque protestado lo efectúa el tenedor ocurriendo al Juzgado respectivo para que ordene la notificación del protesto al girador y éste pague o sufra las consecuencias. Que este reclamo no importa el ejercicio de una acción ejecutiva u ordinaria, ya lo señalamos y aún agregamos que la Excm. Corte Suprema, lo llama "acto judicial no contencioso".

Además, que el reclamo del pago de un cheque se manifiesta mediante la notificación judicial del protesto, es una afirmación simple frente a lo que disponen los artículos 22 de la Ley 7498 y 10 del Código Orgánico de Tribunales, que imponen al acreedor una actitud activa tendiente a instar al deudor para que pague el documento en cuestión.

No se habla en el artículo 22 de "requerimiento", como se hacía en la Ley 3845, porque la Ley 7498, mejorando la técnica penal allí empleada, eliminó las presunciones de dolo y su purga, estableciendo derechamente el delito si no se paga oportunamente.

El librador, por su parte, cumple con su única obligación, consignar los fondos correspondientes al cheque protestado en el plazo respectivo a contar desde que se le requiere, o más bien, desde que se le notifica judicialmente el protesto.

Una segunda afirmación fluye de lo dicho: el tenedor de un cheque lo presenta al cobro ante el banco, y reclama su pago ante el juzgado civil correspondiente por medio de la gestión no contenciosa de notificación del protesto del cheque. El girador lo paga por medio del banco o ante el Juzgado. Sólo dos etapas tras una única prestación, el pago.

VII. PLAZO PARA NOTIFICAR JUDICIALMENTE UN PROTESTO DE CHEQUE.

a) Si aceptamos que la notificación judicial del protesto de un cheque es la manera como se reclama su pago, tal notificación debe efectuarse en los plazos de 60 ó 90 días o de 3 meses, a que se refieren los incisos 1º y 2º del artículo 23, por ordenarlo así, su inciso 3º.

La afirmación precedente resulta lógica si tenemos presente que el citado inciso 3º del artículo 23 dispone que "el portador de un cheque que no reclame su pago dentro de los plazos señalados, perderá su acción contra los endosantes". En otras palabras, el portador de un cheque protestado que no hace, primero, notificar judicialmente y en su oportunidad el protesto, pier-

¿EN CUALQUIER TIEMPO PUEDE NOTIFICARSE

101

de, en seguida, la acción que pueda ejercer contra los endosantes.

Concordemos esta disposición con el inciso 1º del Nº 4º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la notificación judicial del protesto de un cheque a cualquiera de los obligados a su pago sin que se alegue tacha de falsedad oportuna, da al instrumento la calidad de título ejecutivo, para entender mejor, que si no hay primero o previamente notificación judicial del protesto al endosante, no hay acción ejecutiva en su contra, en seguida o posteriormente.

Si el portador del cheque protestado no hace, primero, notificar oportunamente al librador, carece de la acción ejecutiva que a continuación pudiera ejercer a su respecto, si por hecho o culpa del banco, posteriores al plazo respectivo, aquél (el girador) se encuentra imposibilitado de pagarlo. Es el contenido de la segunda parte del inciso 3º del artículo 23. Vemos que las exigencias para el girador son mayores que las que se imponen al endosante, en razón de ser aquél el directamente obligado al pago.

Con respecto al girador, el tenedor tiene que hacer notificar primero, el protesto dentro de los plazos respectivos. Si no procede así y posteriormente el banco hace imposible el pago, pierde su acción.

Ahora, si ni siquiera presenta el cheque al cobro, jamás el tenedor podrá contar con la acción ejecutiva de la Ley 7498 y el procedimiento penal subsiguiente.

¿Y qué acción pierden endosante y tenedor? ¿Toda acción o la acción ejecutiva? Solamente la acción ejecutiva y la acción penal. Porque éstas son las únicas acciones a que se refiere la Ley 7498. Y porque el inciso 2º del artículo 34 de la Ley 3845, que luego transcribiremos, fue eliminado por innecesario pues siempre podrá obtenerse la declaración de un derecho mediante el ejercicio de una acción ordinaria.

Además, el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil otorga al tenedor de un cheque, con o sin protesto o sin protesto notificado, la posibilidad de premunirse de un título ejecutivo por la gestión preparatoria de la vía ejecutiva del reconocimiento de la firma estampada en el documento.

b) El artículo 34 de la primitiva Ley de Cheques, 3845, de 8 de febrero de 1922 decía: "La acción ejecutiva contra el librador o endosantes de un cheque protestado deberá iniciarse dentro del plazo de dos meses contados desde la fecha del protesto y después de tres días de puesto ese protesto en su conocimiento. Expirado el plazo de dos meses sólo subsistirá la acción ordinaria".

El Decreto Ley 611 de 16 de octubre de 1925 reemplazó tal precepto por el que se contiene en el artículo 34 de la Ley 7498.

El nuevo artículo 34 no significó que el legislador se apartara de los presupuestos necesarios para ejercer las acciones ejecutiva y penal, esto es, la notificación judicial previa y oportuna del protesto. Obedeció a la idea de extender el plazo de prescripción y de no repetir o contradecir los plazos para efectuar la notificación judicial del protesto contenidos en el inciso 3º del artículo 23.

c) Sabemos que toda prescripción extintiva y luego la del artículo 34 de la Ley 7498 requieren como condiciones esenciales, la inercia del tenedor, el transcurso de un año y su alegación por el obligado al pago.

Aplicados estos elementos a la materia en estudio suponen que el tenedor, desde la fecha del protesto del cheque, esto es, desde que el banco rehusó el pago, se encuentra en la necesidad de instar porque tal pago se efectúe. Efectuará el requerimiento de pago por medio de la notificación judicial del protesto y si en un año no practica este requerimiento habilita al deudor para valerse de tal negligencia excusándose de pagar.

Repugna al espíritu jurídico la idea de que, pasado un año contado desde el protesto, NO PUEDA ejercerse con buen éxito la acción ejecutiva que da la ley y SI PUEDA practicarse, sin objeción de la justicia, un requerimiento, como es la gestión del artículo 23 que va a servir sólo para imponer prisión por una deuda que civilmente no puede cobrarse.

Hay más correspondencia y armonía entre los artículos 23 y 34 de la Ley 7498 si concluimos, de acuerdo con el artículo 22 del Código Civil, que la notificación judicial del protesto de un cheque debe hacerse en un plazo menor que el de un año.

Entiéndase que si la notificación judicial del protesto hecha extemporáneamente sólo se usara en la vía civil, sin trascendencia en un procedimiento criminal, carecería de mayor importancia, ya que en la causa civil se anularían sus efectos con la excepción de prescripción. Pero sabemos que la diligencia se efectúa exclusivamente para intimidar al deudor con el ejercicio de la acción penal, en la cual, nada vale alegar la caducidad de la notificación.

En conclusión, creemos que los fundamentos del juez para negarse a tramitar una solicitud de notificación de protesto de cheque por considerarla extemporánea podrían ser los que siguen, que resumen lo dicho: "Vistos y teniendo presente: 1º) Que la notificación del protesto del cheque que se solicita, constituye el reclamo de pago a que se refiere el inciso 3º del artículo 23 de la Ley 7498;

2º) Que, en efecto, según su sentido natural y obvio, "reclamar" es pedir con repetición e insistencia el pago de lo de-

¿EN CUALQUIER TIEMPO PUEDE NOTIFICARSE

103

bido; reclamo que se formula al librado quien sólo protesta el cheque cuando rehusa su pago, sino al librador, por el procedimiento del inciso 2º del artículo 22 de la referida ley, el cual no puede iniciarse sino a petición de parte;

3º) Que la solicitud de autos no ha podido formularse a la fecha, porque estableciendo el artículo 23 que el reclamo debe efectuarse dentro de los plazos que indica, no vale si se ejecuta después de terminar el plazo, y

4º) Que existe más correspondencia y armonía entre todo el articulado de la Ley 7498 y en especial entre sus artículos 23 y 34, si concluimos que la diligencia pedida debe efectuarse antes de poder prescribir la acción ejecutiva.

De conformidad con las disposiciones legales citadas y lo que previenen los artículos 22 y 49 del Código Civil, se declara sin lugar la petición de fs. 2º.
