

EL PROTESTO EN LA NUEVA LEY CAMBIARIA Y DEL CHEQUE

Gorka de Aurre Urtzaa
Sara Montes Egaña

La Ley 19/7985 de 16 de Julio, cambiaría y del cheque ha venido a resolver ciertamente no pocos problemas técnicos que hasta la fecha presentaban los tres instrumentos cambiarlos por antonomasia, a saber: la letra de cambio, el cheque y el pagare. El objeto del presente trabajo de investigación ha sido sencillamente la de analizar en que medida un aspecto concreto y al mismo tiempo de trascendencia vital en el curso de la letra de cambio, cual es la fase correspondiente al protesto se ha visto afectado y por lo mismo modificado por la Ley anteriormente referida puesto que entre otras cuestiones que a lo largo del trabajo se examinan y a diferencia de la anterior regulación, la modificación del protesto cuando consta expresamente en la misma letra de cambio la declaración firmada y fechada por el propio librado o en su caso por el domiciliatario o en su caso se hubiera emitido habiendo sido introducido la cláusula «sin gastos» pierde enteramente su carácter obligatorio con las consecuencias subsiguientes que de ello se derivan.

Orainsura arte izatez merkataritza ihardunean erabili izan diran tresnarik garrantzitsuenak diran harturen-txartel, txeke eta zor-txartelak aurkeztu izan dabezan arazo ugari eta larriak atontzeko asmoz argitaratu izan zan txeke eta harturen txartelekiko Uztailak 16ko 1985/19 Legeak aurrerakuntza nabarmenak agertarazten dauskuz. Eskuartean daukazun ikerlan honen helburua ez da besterik harturen-txartelaren bizitzan zehar protestoak daukan garrantzia ikusiaz gain, aitatutakolako arlo zehatz jakin batek dakarzan ondorioak aztertu eta harturen-txartelarekiko daben eragina ikertzea baino besterik. Beste alde batetik ikerlanean zehar aztertzen diran beste jakingarri batzuen artean lehenago izan zan arautegjaren aldera oraingoak agertarazten dauskuzan berezitasun eta ezbardintasunak be ailtatzen dira, beste batzuen artean ikertutako arloak harturen-txartelean bertan libratuak edo helbideratzaileak beren-bereki adierazpena eginez izenpetu eta urte-eguna ezarten dabenetan edo edoze-lan be «gasturik barik» txatala ezarri barik emondakoetan, besteak beste, protestoak bere derrigortasun izake-rea galdu egiten dauanari buruzkoa be ikusten da, horretatik eratorren diran ondorioak be aztertuz.

La loi 19/1985 du 16 juillet, changerait et le cheque a résolu sûrement bien des problèmes techniques que presentaren jusqu'à maintenant les trois instrumenta mutants par antonomase, c'est à dire: la lettre de change, le cheque et le billet à ordre. Le but de ce travail de recherche était simplement celui d'analyser dans quelle mesure un aspect concret et en même temps de transcendance vitale dans le cours de la lettre de change, quele est la phase correspondante au protêt s'est vue affectée et de ce fait modifiée par la Loi mentionnée antérieure-ment, vu que entre autres questions examinées au cours de ce travail et à la diferente de la régulation antérieure, la modification du protêt quand il figure expressément dans la même lettre de change la déclaration signée et datée par la propre tireur ou dans son cas le domiciliare ou dans son cas on aurait émis en ayant introduit la clause «sans frais» perd entièrement son caractère obligatoire avec les conséquences subsecuentes qui en dérivent.

1.— CONCEPTO

1.1.— Introducción

Una de las más específicas características de la letra de cambio consiste en que la realización del crédito que incorpora está solidariamente garantizada por todos los firmantes del título, y así lo recoge el artículo 50 de la Ley Cambiaria y del Cheque, al tratar de las acciones existentes por falta de aceptación y por falta de pago.

Sin embargo, dicha garantía sólo podrá hacerse efectiva cuando, una vez presentada la letra al pago en tiempo y forma, no sea pagada por el deudor.

Así dice el artículo 50 de la mencionada Ley:

«El tenedor podrá ejercitar su acción de regreso contra todos los endosantes, el librador y las demás personas obligadas una vez vencida la letra, cuando el pago no se haya efectuado.»

Ahora bien, el legislador ha condicionado el ejercicio de las acciones cambiarias a que se pruebe fehacientemente que la letra no fue pagada a su vencimiento. El propio rigor de las acciones cambiarias exigía, por otra parte, un riguroso sistema de prueba, y, de esta manera, surge en el derecho cambiario el protesto como especial sistema probatorio.

1.2.— Regulación Legal. Artículo 51.

«La falta de aceptación o de pago deberá hacerse constar mediante protesto levantado conforme previene el presente capítulo.

Producirá todos los efectos cambiarlos del protesto la declaración que conste en la propia letra, firmada y fechada por el librado en la que se deniegue la aceptación o el pago así como la declaración, con los mismos requisitos, del domiciliario o, en su caso, de la Careara de Compensación, en la que se deniegue el pago, salvo que el librador haya exigido expresamente en la letra el levantamiento del protesto notarial. En todo caso, la declaración del librado, del domiciliario o de la Careara de Compensación deberá ser hecha dentro de los plazos establecidos para el protesto notarial en el artículo siguiente.

El protesto notarial por falta de aceptación deberá hacerse dentro de los plazos fijados para la presentación a la aceptación o de los cinco días hábiles siguientes a su terminación.

El protesto por falta de pago de una letra de cambio pagadera a fecha fija, o a cierto plazo desde su fecha, o desde la vista, deberá hacerse en uno de los cinco días há-

hiles siguientes al del vencimiento de la letra de cambio. Si se tratara de una letra pagadera a la vista, el protesto deberá extenderse en el plazo indicado en el párrafo precedente para el protesto por falta de aceptación.

El protesto por falta de aceptación eximirá de la presentación al pago y del protesto por falta de pago.

En caso de suspensión de pagos, declaración de quiebra o concurso del librado, haya éste aceptado o no, o del librador de una letra no sujeta a aceptación, la presentación de la providencia teniendo por solicitada la suspensión de pagos o del auto declarativo de la quiebra o concurso, bastara para que el portador pueda ejercitar sus acciones de regreso.»

Esta regla es aplicable al pagare y al cheque y, en consecuencia, es valido para éstos lo que comentamos sobre la letra en todo lo referente al protesto y a la declaración equivalente.

En un primer análisis, podemos observar que la Ley Cambiaria evita cuidadosamente dar ningún concepto del protesto, de manera que el artículo 51 no contiene ningún elemento definitorio.

Ello no impide que podamos definirlo como un acto público y solemne, que se practica ante Notario público a instancia del tenedor del título, y, es por ello, que la intervención de ese fedatario le confiere al carácter oficial que imprime a los actos la fe pública registral, sin que pueda sustituirlo otro fedatario, como un Agente de Cambio y Bolsa, y así lo estableció la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 7 de Octubre de 1986.

El protesto se configura como una de las formas legales de acreditar, frente a todos los obligados cambiarlos, la falta de pago o aceptación de una letra de cambio.

Decimos que es una de las formas legales porque también existen otras que la Ley Cambiaria considera equivalentes al protesto como son la declaración denegatoria del librado, del domiciliatario o de la Careara de Compensación.

Es una importante innovación que presenta la nueva Ley frente al régimen legal anterior que no permitía (artículo 509 del Código de Comercio) sustituir el protesto por ningún otro acto o documento.

Esta posibilidad de acreditar la falta de pago por medio de esas declaraciones, unida, además, al reconocimiento legal (art. 56) de la cláusula «sin gastos» o «sin protesto», a parte de implicar un ahorro de gastos, contribuir a agilizar el ejercicio de los derechos cambiarlos del tenedor de la letra, decayendo la función «sacro-santa» del Notario y sacrificando la disciplina jurídica para poder atender a la realidad económica.

A la vista de la reforma, opinamos que el protesto cederá su puesto en la práctica bancaria a las declaraciones negativas equivalentes, por economía y, sobre todo, por la comodidad del último tenedor, que normalmente sera una entidad bancaria y, que si no se reglamenta un procedimiento adecuado para la emisión de estas declaraciones, podrán producirse abusos. Sin embargo, estas previsiones parecen no estar de acorde con la opinión que mantienen en la actualidad algunos tribunales que siguen defendiendo la primacía del protesto, como veremos más adelante.

1.3.— Función del protesto

El protesto cumple, dentro del mecanismo cambiario, una doble función probatoria y conservativa.

A.— FUNCION PROBATORIA

El protesto sirve para acreditar la falta de pago (o aceptación, en su caso); que el tenedor presentó la letra al cobro y que el principal obligado no la pago (o no la acepto).

El protesto hace frente a todos los obligados cambiarlos, no sólo ante el librado ante quien se formula el mismo, sino también frente a los restantes firmantes de la cambial, al tiempo que da fijeza, al determinar el estado en que se encuentra la letra en el momento de protestarla, determinando las personas obligadas, las posibles declaraciones en blanco, etc., cuestiones, todas ellas, que no podrán retocarse sin incurrir en falsedad. Además, si en el momento del protesto, el aceptante no niega categóricamente la autenticidad de su firma en la letra o la falta absoluta de representación, no podrá hacerlo ya después (art. 68-3.º, b. L.C.).

B.— FUNCION CONSERVATIVA: NECESIDAD DEL PROTESTO

El protesto, o la declaración equivalente, que produce los mismos efectos cambiarlos según la Ley, no es exigible en todos los casos como presupuesto necesario para el ejercicio de toda acción cambiaria, sino que tal exigencia depende de una serie de circunstancias.

El grado de exigencia de este requisito no es igual cuando se trata de ejercitar la acción directa que cuando lo que se pretende es actuaren vía de regreso.

La acción directa —la que posee el tenedor contra el aceptante o sus avalistas— no necesita en principio del protesto como presupuesto para ejercitarla (art. 49.2 L.C.). Y al decir protesto nos referimos a que tampoco necesita de la declaración negativa equivalente, que produce los mismos efectos cambiarlos (art. 51.2 L.C.).

Otra cosa es que, como medio de prueba de haber sido presentada al pago, le conveniga al tenedor protestar la letra u obtener la declaración negativa equivalente, lo cual siempre es aconsejable.

Por lo que respecta a la acción de regreso —la ejercitable contra los endosantes, librador o las demás personas que precedan en su obligación al tenedor— la exigencia del protesto como requisito previo al ejercicio de la acción, la establece la Ley con carácter general, salvo en el supuesto de que se dispense de ella mediante la inclusión de la cláusula «sin gastos» (art. 56 L.C.).

Por ello, decimos que el protesto, o la declaración equivalente en su caso, cumplen una función conservativa de los derechos de regreso nacidos de la letra.

Si el librado no satisface la letra a su vencimiento, el protesto levantado en tiempo y forma evita el perjuicio de aquella, y el tenedor de la letra protestada tendrá derecho a exigir de cualquiera de los obligados al pago en vía de regreso (librador, endosante, avalista) el reembolso de la letra, con los intereses que correspondan, más los gastos de protesto y de las comunicaciones (art. 50, 51, 58 y 59 L.C.).

Pero si, por el contrario, el tenedor demuestra falta de diligencia y deja perjudicar la letra, no levantando el protesto cuando fuera necesario, u omitiendo hacer la declaración equivalente por falta de aceptación o de pago, la Ley le sancionará con la pérdida de «todas sus acciones cambiarias contra endosantes, librador y las demás personas obligadas, con excepción del aceptante y de su avalista» (art. 63-b L.C.).

Del análisis de la Ley se desprende que no será necesario el levantamiento del protesto cuando la letra haya sido protestada previamente por falta de aceptación o cuando el librado o el librador sean declarados en concurso de acreedores, suspensión de pagos o quiebra.

— Si la letra ha sido protestada con anterioridad por falta de aceptación, el portador queda dispensado de presentarla al pago a su vencimiento y de protestarla si en ese momento no fuera pagada, puesto que se considera que el librado que se ha negado a convertirse en deudor cambiario ha demostrado suficientemente que no tiene intención de pagar la letra, por lo que carece de sentido gravar al tenedor con una repetición del proceso.

Ello no significa que no pueda hacerlo si lo desea o que tenga prohibido levantar el protesto, pero si no cumple con este requisito, no sufrirá los efectos del perjuicio de la letra.

— En caso de suspensión de pagos, quiebra o concurso del librado, tampoco es necesario el levantamiento del protesto para el ejercicio de las acciones en vía de regreso.

La razón es debida a que en los supuestos de concurso de acreedores o quiebra del librado, la declaración judicial del estado de insolvencia somete a los acreedores al principio de igualdad de trato, declarando ineficaz todo pago particular al margen del procedimiento concursal y porque dicha declaración supone el vencimiento anticipado de todas las deudas pendientes (art. 883 del C. de C. y 1.915 del C.C.), y la inhabilitación del deudor para la disposición de sus bienes (art. 878 del C. de C. y 1,914 del C.C.).

En cuanto al supuesto de suspensión de pagos, por el sometimiento a intervención de todos sus actos de gestión (art. 6 de la Ley de Suspensión de Pagos).

Los mismos efectos atribuidos a la suspensión de pagos, quiebra o concurso del librado se aplican al librador de una letra no sujeta a aceptación que se encuentre en dichas circunstancias, pues, en este caso, resulta que el librador es el único responsable de las mismas.

La prueba de que el librado o el librador se hallan en algunas de las situaciones de insolvencia descritas se realizara mediante la presentación de la providencia judicial en la que se tiene por solicitada la suspensión de pagos o del auto declarativo de la quiebra o del concurso de acreedores.

Por otra parte, la necesidad de la presentación de la letra al pago y el levantamiento del correspondiente protesto por falta de pago subsiste en los alemanos casos en los que se autoriza el regreso anticipado, como, por ejemplo, en el supuesto de que el librado hubiese sido objeto de un embargo infructuoso (ya sea este aceptante o no) (art. 50, letra b L.C.). En este caso, será preciso que el tenedor, a la vista de las pruebas que tenga sobre la situación de insolvencia del librado, proceda a presentar la letra al pago y a levantar el protesto antes del vencimiento, con lo cual tendrá libre la vía de regreso, pero se arriesga a que, si alguno de los obligados cambiarios al dirigir su acción contra el objeto el procedimiento, tenga que probar la ejecución infructuosa del patrimonio del librado.

El librador solo estará exonerado del protesto o declaración equivalente cuando expresamente estuviese dispensado de ello por la cláusula «sin gastos».,

2.— FORMA Y CONTENIDO DEL PROTESTO

La Ley Cambiaria distingue entre dos conceptos: levantamiento y notificación del protesto. Ahora nos referiremos al primero de ellos.

El levantamiento del protesto es un acto rigurosamente formal que se realiza de manera solemne, mediante un acto que exige la intervención notarial, aunque no la presencia de testigos, mediante acta en la que se copiará o reproducirá la letra.

2.1.— Plazo para su ejercicio

El plazo para levantar el protesto dependerá de si se trata de un protesto por falta de aceptación o por falta de pago; y si se refiere a letras giradas a la vista o de otra modalidad de vencimiento.

A.— POR FALTA DE ACEPTACION

En las letras pagaderas a la vista, la presentación a la aceptación no existe prácticamente, puesto que se funde con la presentación al pago y, por tanto, en esta modalidad no existe protesto por falta de aceptación sino por falta de pago.

En las letras con otras modalidades de vencimiento el protesto por falta de aceptación se bara dentro de los plazos fijados en la letra por el librador o endosantes cuando así lo exijan (art. 26 L.C.) o dentro de los cinco días hábiles siguientes a la terminación de dicho plazo. Y si no existiese ninguna indicación en la letra se entiende que la presentación a la aceptación es potestativa para el tenedor.

El protesto por falta de aceptación abre la vía de regreso sin necesidad de levantar un nuevo protesto por falta de pago (art. 50. a L.C.)

2.2.— Aclaraciones sobre el computo de los plazos

— Se establece que el protesto no podrá levantarse, en ningún caso, en el mismo día del vencimiento, dado que este debe quedar plenamente a disposición del deudor para que pueda liberarse de su obligación de pago.

— El protesto solo podrá realizarse en días laborales. Si debiera realizarse en un plazo cuyo último día fuera festivo, dicho plazo quedara prorrogado hasta el primer día laborable siguiente a su expiración. Los días festivos intermedios se incluirán en el computo del plazo (art 90 L.C.).

2.3.— El problema de la fuerza mayor

Siguiendo el criterio del artículo 64 de la Ley Cambiaria, distinguimos:

A.— FUERZA MAYOR SUBJETIVA

Es la que afecta personalmente al tenedor de la letra. A este supuesto se refiere el art. 64 en su último párrafo, negando que constituya fuerza mayor los hechos que solo afecten personalmente al tenedor o a la persona encargada por el de la presentación de la letra o del levantamiento del protesto.

B.— FUERZA MAYOR OBJETIVA

Es la definible como la venida de un acontecimiento no dependiente de los hechos del agente, no previsible e inevitable, por efecto del cual el tenedor de la letra se ha encontrado ante la imposibilidad de levantar el protesto. Ello sirve de base para que la Ley Cambiaria otorgue una prórroga del plazo para levantar el protesto.

La fuerza mayor no exonera al tenedor del levantamiento del protesto, sino que le obliga a realizarlo una vez que haya cesado.

Solamente en el caso de que dicha causa perdurara más de treinta días se autoriza al tenedor a proceder en vía de regreso sin necesidad de levantar el protesto.

El tenedor estará obligado, en los termines expuestos anteriormente, a comunicar sin demora a su endosante el acaecimiento de la fuerza mayor y a anotar esta comunicación, fechada y firmada por el, en la letra de cambio.

2.4.— Legitimación

A.— LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación activa para requerir el levantamiento del protesto corresponde al portador de la letra, entendiéndose por tal a aquella persona que se encuentra en posesión del título en virtud de una serie continuada de endosos, aunque el último este en blanco (art. 19 L.C.).

También se encuentra legitimado el cesionario de la letra, es decir, el que ha adquirido válidamente el título por un medio distinto del endoso. En este caso corresponderá al Notario cerciorarse de la legitimación del requirente, y puesto que no figura en el título, deberá solicitar la exhibición de los documentos por los cuales queda aquel investido de los derechos cambiarios.

Asimismo se consideran legitimados para instar el protesto por falta de pago, el endosario que ha recibido la letra en comisión de cobranza o en garantía, el representante del portador, y aquellas otras personas que posean facultades que los legitimen para el ejercicio de los derechos inherentes al título, como, por ejemplo, el administrador judicial (art. 197 del Rglto. Notarial).

En el supuesto de protesto por falta de aceptación resultará legitimado el mero detentador de la letra (art 25 L.C.).

B.— LEGITIMACIÓN PASIVA

Legitimados pasivos serán los obligados principales al pago de la letra de cambio: aceptante, domiciliatario, librado, indicatarios y aceptante por intervención.

Si la letra hubiera sido aceptada en nombre de otro, el protesto se levantara en relación con el representado, incluso en el caso de que se alegue la falta de poder del firmante de la letra, puesto que la excepción de falta de representación no tiene lugar con el protesto, ya que no es al fedatario público a quien debe corresponder la toma de decisiones en relación a la misma.

La obligación de levantar el protesto subsiste tanto en el caso de incapacidad del legitimado como en el supuesto de fallecimiento de la persona contra la que se iba a levantar el protesto, y el protesto se levantará a su nombre.

C.— EL PROTESTO AL AVALISTA

Resulta discutido si el protesto puede ser levantado frente al avalista del obligado principal.

Existe una tesis que mantiene la postura afirmativa, y para ello se basan en la equiparación que tanto el art. 37 como el art. 63 realizan de las figuras del aceptante y del avalista.

Frente a esta interpretación, existen autores que estiman que no debe ser levantado el protesto frente al avalista porque aunque se trata de un obligado directo, sin embargo, no es un obligado principal y, por lo tanto, sólo responderá del pago de la letra cuando este no sea realizado por aquel.

D.— SUJETOS HABILITADOS PARA EL LEVANTAMIENTO DEL PROTESTO: EL NOTARIO

La Ley cambiaria establece que el protesto deberá realizarse exclusivamente por notario.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos cambiarlos, nuestro legislado no ha incluido a otras personas (funcionarios judiciales o municipales), ni siquiera a otros feudatarios públicos, como por ejemplo, a los Agentes de Cambio y Bolsa.

Por otra parte, la competencia para levantar el protesto vendrá dada por el lugar indicado en el título para el pago (según art. 44 de L.C.).

El protesto se levantará generalmente en el despacho del propio notario autorizante, aunque ningún precepto legal impide que pueda hacerse en otro lugar.

2.5.— Contenido

El protesto debe ser redactado por el notario por medio de un solo acto, aunque este principio de unidad de acto debe ser entendido en sentido documental y no en sentido temporal.

Esto significa, por una parte, que se harán constar todas las diligencias en un mismo documento, denominado acta de protesto y, por otra, que las actuaciones practicadas se extenderán sucesivamente por el orden que se practiquen.

El protesto tiene carácter de acto público tanto a lo que se refiere a lo que el portado de la letra declara haber realizado, como en lo relativo a las declaraciones recibidas.

El acta de protesto deberá contener copia o reproducción de la letra (art. 52-1.º L.C.), en la que constarán, junto a las menciones esenciales, las aceptaciones, todos los endosos y avales y las indicaciones comprendidas en la misma. La omisión de cláusulas e indicaciones no esenciales no invalida el protesto.

La finalidad perseguida con esta exigencia es doble y consiste, de un lado, en asegurar la identidad de la letra protestada y, de otro, en precisar el estado de la letra en el momento del protesto y determinar las personas obligadas

Además, y aun cuando la Ley Cambiaria no se refiere a ello, deberá contener también la declaración de que la letra queda protestada junto a una serie de requisitos formales, tales como la fecha, la indicación del lugar, los nombres de las personas que instan el protesto y de aquel contra el que se levanta, el objeto del protesto y el nombre y la firma del notario autorizante del mismo (art 143 y ss. del Rgto. Notarial).

3.— DECLARACIONES EQUIVALENTES AL PROTESTO

La Ley Cambiaria admite que el protesto pueda ser sustituido por una declaración denegatoria de la aceptación o del pago hecha por la persona a la que se le requiere para dicha aceptación o pago (librado, aceptante o domiciliatario).

Así, se reconocen como equivalentes al protesto otros medios de prueba, como son:

a) La declaración estampada en la propia letra, firmada y fechada por el librado, negando la aceptación o el pago.

b) La declaración en los mismos términos, suscrita y fechada por el domiciliatario, normalmente una Entidad bancaria, que frecuentemente coincide también con la persona del último tenedor.

c) La declaración de la Careara de Compensación, también mediante fórmula inserta en la letra y en iguales términos, en la que se deniegue el pago.

Estas declaraciones no constituyen lo que pudiera llamarse un «protesto bancario».

Independientemente, para los supuestos de insolvencia presunta o efectiva, en los que se puede deducir racionalmente que la letra no va a ser atendida, no hay lugar a protestar por falta de aceptación o de pago; ni, por tanto, tampoco a formular la declaración equivalente, por lo que, en tales casos, habrá de acreditarse la situación insolvente del librado o del librador mediante los documentos judiciales siguientes:

a) El testimonio de la providencia judicial admitiendo la solicitud de suspensión de pagos del librado o del librador (art. 51.6.º L.C.).

b) El testimonio del auto judicial por el que se declara al librado o librador en quiebra o concurso.

La finalidad perseguida al establecer la regulación de la declaración equivalente ha sido doble: se trataba, por una parte, de evitaren lo posible los efectos de la publicidad del protesto que, en ocasiones, puede ser extraordinariamente lesiva para el deudor y, por otra, evitar los gastos y trámites del protesto, sin que falte una constatación de la negativa del deudor a la aceptación o al pago de la letra.

Sin embargo, y quizá para mantener el estímulo que, sin duda, puede ejercer la amenaza de la publicidad negativa que ocasiona el protesto, la ley establece que no cabra declaración equivalente contra la voluntad expresa del librador recogida en la letra (art. 51.2.º L.C.).

La declaración equivalente requerirá para su validez:

a) Que la sustitución del protesto no haya sido excluida expresamente por el librador mediante cláusula inserta en la propia letra que exija el levantamiento del protesto notarial.

b) Que la declaración se realice por escrito en la propia letra de cambio y aparezca firmada y fechada por el librado o el domiciliatario.

c) Que contenga la denegación del pago o el rehusé de la aceptación de la letra, no siendo indispensable que se hagan constar los motivos que han llevado a la adopción de tal postura negativa.

d) Que se haga en los plazos establecidos para el protesto notarial

La declaración equivalente producirá los mismos efectos que el protesto en cuanto a la conservación de las acciones cambiarias contra los obligados de regreso (art. 63, letra b L.C.).

Sin embargo, la tendencia que mantiene la reciente jurisprudencia no parece ser la que se desprende de la Ley.

Las sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2, Decano de los de San Sebastián y por la Audiencia de Pamplona niegan la ejecución de dos letras libradas con la cláusula «con gastos», que habían sido protestadas a través del Banco domiciliatario, valiéndose de la declaración equivalente que permite el artículo 51 de la Ley Cambiaria, sentando con ello la tesis de que en caso de cláusula «con gastos» no puede eludirse el protesto notarial.

La Sentencia de 30 de Septiembre de 1987, dictada por el Juzgado de Primera instancia n.º 2, Decano de los de San Sebastián, dice así en sus Fundamentos de Derecho:

«PRIMERO.— Efectivamente, como señala la parte actora a tenor del art. 51 de La Ley Cambiaria y del Cheque, de 16 de julio de 1985, producirá todos los efectos cambiarios del protesto la declaración que conste en la propia letra, fechada y firmada por el librado en la que se deniegue la aceptación o el pago, así como la declaración, con los mismos requisitos, del domiciliatario o, en su caso, de la Careara de Compensación en la que se deniegue el pago, salvo que el librador haya exigido expresamente en la letra el levantamiento del protesto notarial, cuestión esta última sobre las que las partes difieren, pues mientras la demandante no aprecia la más mínima indicación en las cambiales esgrimidas, la demandada interpreta que la expresión «CON GASTOS» es lo suficientemente ilustrativa como para entender tal exigencia, dejando al margen por ahora el detalle de que únicamente en dos de las letras es donde se plantea el tema, ya que la tercera no plantea ningún problema al aparecer el recuadro correspondiente en blanco, y así teniendo en cuenta conforme a las numerosísimas resoluciones dimanantes de las Audiencias Territoriales que con la cláusula «sin gastos» el librador de la cambial dispensaba al tenedor de la misma de la obligación del protesto cuando el efecto fuese impagado..., que a tenor del art. 56 de la mencionada Ley Cambiaria y del Cheque mediante la cláusula de devolución «sin gastos», «sin protesto» o cualquier otra indicación equivalente escrita en el título y firma, el librador podría dispensar al tenedor de hacer que se levante protesto por falta de pago para poder ejercitar las acciones en la vía ejecutiva, hemos de entender que la expresión «con gastos» este suficientemente clara como para presumirla voluntad inequívoca por parte del librador de no dispensar al tenedor de la cambial del pertinente protesto, sin perjuicio de la utilización de otros terminos más o menos claros, pues aunque la demandante haga hincapié en la falta del termino protesto, hay que fijarse en que el legislador también utiliza el de «devolución sin gastos», y lo que aun es más importante, deja vía libre a cualquier otra indicación equivalente.

SEGUNDO.— Aunque la parte demandada invoque la aplicación del artículo 1.467 n.º 2 de la L.E.C. solicitándose declare la nulidad del juicio por carecer las letras de fuerza ejecutiva, al no venir acompañadas de los pertinentes protestos notariales, no resulta ello posible ya que el último párrafo del art. 67 de la Ley de 16 de julio de 1985 expresamente indica la no aplicación del apartado legal invocado, debiendo entonces acudir al párrafo 1.º del art. 63, donde el legislador señala que el tenedor perderá todas sus acciones cambiarias contra el librador cuando siendo necesario no se hubiera levantado el protesto, quedando, por tanto, viva únicamente la acción respecto a una de las cambiales.»

Esta sentencie ha sido confirmada en apelación por la dictada por al Audiencia Territorial de Pamplona, el 2 de abril de 1988 y mantiene lo siguiente:

«PRIMERO.— La entidad ejecutante libradora de 3 letras de cambio, dos de ellas que contienen la cláusula «con gastos»... y otra con aquella en blanco,... ejercita acción cambiaria ejecutiva contra la entidad librada-aceptante, que opone la total nulidad del juicio por carencia de fuerza ejecutiva de las cambiales conforme al art. 1.467-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al 51 de la Ley Cambiaria y del Cheque, al carecer aquellas del oportuno protesto, y el juez «a que» manda seguir adelante la ejecución por el importe de la tercera cambial y no por los de las otras dos, de acuerdo con el art. 63-1.º de la Ley especial que, por ende, debieron ser protestadas...»

SEGUNDO.— La cuestión debatida debe constreñirse a si las dos cambiales que llevan expresada la cláusula «con gastos» debieran haber sido protestadas para tener

carácter ejecutivo; y sobre este concreto particular el contenido del artículo 51 de la Ley especial no puede ser contemplado de forma aislada, pues aun reconociendo que la declaración de la domiciliataria, al dorso, de haberse denegado el pago por la librada-aceptante puede sustituir al protesto notarial, sin embargo, ello ocurrirá siempre que cupiera tal posibilidad, tal y como expresa por otra parte el art. 53-b de la citada Ley, y tal posibilidad no puede aceptarse en el presente caso en contemplación conjunta del artículo 51 y 56 de la misma, ya que la dispensa del protesto conforme al segundo precepto solo cabe en supuestos de devolución sin gastos, sin protesto o cualquier otra indicación equivalente, lo cual quiere decir que en caso de la cláusula «con gastos» no puede eludirse el protesto, que debió haberse practicado para que las cambiales discutidas tuvieran fuerza ejecutiva.»

Esta conclusión a la que llegan las anteriores sentencias nos parece absolutamente errónea, ya que del propio art. 51 de la Ley Cambiaria se desprende claramente que, para que sea necesario el protesto notarial, es preciso que «el librador lo haya exigido expresamente en la letra».

No obstante, como medida de precaución, y por si prolifera esta tesis; y hasta que, en su caso, sea contrarrestada por la contraria que puedan dictar otras Audiencias o el Tribunal Supremo, en la practica, resulta prudente sugerir que se levante el protesto notarial en casos semejantes al contemplado en las sentencias que comentamos, cuando la cuantía, importancia o circunstancias del asunto lo aconsejen.

4.— LA NOTIFICACIÓN DEL PROTESTO

4.1.— Regulación Legal. Artículo 52.

«La declaración de quedar protestada la letra se bara por el Notario, dentro de los plazos previstos en el artículo anterior, mediante acta en la que se copiara o reproducirá la letra.

En los dos días hábiles siguientes, el Notario notificara el protesto al librado, mediante cédula extendida en papel común en la que figurarán su nombre, apellidos y la dirección de su despacho. En la cédula se copiará o reproducir la letra y se indicará al librado el plazo de que dispone, conforme al art. 53, para examinar el original, que estará depositado en la Notaría, para aceptar o pagar la letra, según los casos, o hacer manifestaciones congruentes con el protesto.

La cédula de notificación sera entregada por el Notario, o por quien este designe para ello, al librado, sus dependientes o parientes, o cualquier persona que se encuentre en el domicilio que corresponda. No hallando a ninguno de ellos, la notificación se considerará válidamente realizada con su entrega a cualquier vecino de dicho domicilio. La negativa a recibir la cédula no afectara la validez de la notificación. Todo ello se bara constar por diligencia en el acta de protesto.

Las entidades de crédito están obligadas a remitir al librado en el plazo de dos días hábiles, la cédula de notificación del protesto por falta de pago de las letras de cambio que estén domiciliadas en ellos.»

La ley expresamente hace aplicable este precepto al cheque (art. 147.2 L.C.), mientras que no sea incompatible con la naturaleza de este título también es extensivo al pagare.

La Ley Cambiaria establece que el levantamiento del protesto deberá ser notificado por el Notario al librado.

(No debemos confundir la obligación que incumbe al Notario de realizar esta notificación con la de comunicar la falta de aceptación o pago de la letra, que corresponde al tenedor del título y que viene regulada en el art. 55 de la Ley Cambiaria.

4.2.— Naturaleza y carácter de la notificación del protesto

No se trata simplemente de efectuar una simple notificación, es decir, del hecho de poner en conocimiento de algún obligado cambiario que el protesto ha tenido lugar, sino que la intención se extiende también a promover una conducta del notificado.

A través de la practica de la notificación se informa al destinatario que la letra ha sido protestada y se le emplaza para que acuda a la notaría a pagarla o a hacer las manifestaciones que tuviere por conveniente.

Así la notificación cobra la naturaleza de un requerimiento que se hace al librado, sin que ello suponga desvirtuar el significado que tiene el protesto.

La Ley determina que la notificación es requisito esencial para la validez del protesto, ya que éste es un acto complejo que comprende la realización de múltiples diligencias, las cuales se van haciendo constar sucesivamente en el acta de protesto (art. 52.3 LC.).

Así se recoge en la sentencia de 21 de Marzo de 1988 del Tribunal Supremo, que dice lo siguiente:

«...el protesto constituye un proceso o acto notarial complejo, del que forma parte esencial la diligencia de notificación al librado; y que, si bien es verdad que es cuestión que incumbe al Notario, no por eso es menos cierto que sin una notificación correctamente efectuada se produce el perjuicio de la letra, con la consiguiente pérdida de las acciones cambiarias regresivas, tanto en vía ordinaria como en vía ejecutiva; pérdida contra la cual no cabe alegar que había sido debida a circunstancias de fuerza mayor».

En el mismo sentido se declara en la sentencia, también del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 1987.

4.3.— Forma de realizarla

La notificación se realizará mediante cédula que contendrá:

- la identificación del Notario que ha levantado el protesto, con expresión de su nombre y apellidos y la dirección de su despacho profesional.
- copia o reproducción de la letra protestada.
- plazo de que dispone el notificado para examinar la letra, pagarla o hacer las manifestaciones oportunas

La notificación deberá hacerse en un plazo que comprende los dos días hábiles siguientes a aquel en que el Notario declaró protestada la letra, el cual debe enmarcarse entre los señalados para el levantamiento del protesto (art. 51 L.C.).

Si la letra contuviera indicaciones o fuesen varios los librados y residieran en plazas diferentes, podrá reproducirse el protesto en la localidad de que se trate dentro de los 8 días siguientes a la fecha del protesto precedente (art. 54 L. C.) y, acto seguido, en un plazo similar al indicado anteriormente, deberá realizarse la correspondiente notificación.

4.4.— Persona legitimada para realizarla

La notificación deberá realizarse por un Notario, única persona capacitada legalmente para extender la correspondiente cédula de notificación (art. 52 L.C.).

Sin embargo, el hecho de la entrega de la cédula al librado podrá ser realizado por el Notario o por otra persona que el designe para ello (art. 52.3 L.C.).

En este último caso, la actividad de esa otra persona queda limitada a la entrega de la cédula y a dejar constancia de quien la ha recibido o de la negativa a recibirla. Sin embargo, dicha persona no quedara amparada por la fe pública en sus actuaciones y sus declaraciones podrán ser impugnadas por los medios ordinarios.

Por lo tanto, el tenedor que insta el levantamiento del protesto valorara si le conviene la intervención personal del Notario y requerirle a este para que así lo haga.

El Notario será responsable de las actuaciones que realice la persona por él elegida, siempre que ésta se mueva dentro del ámbito de sus funciones y lo será tanto contractualmente, respecto al tenedor o persona que requirió sus servicios, como extracontractualmente, respecto a los daños causados a terceros (art. 1.903 C.C.).

4.5.— Persona a quien se dirige la notificación

La notificación del protesto deberá dirigirse siempre al librado (art. 52.2 L.C.).

Si la letra protestada tuviera indicaciones o fuesen varios los librados, se enviará cédula de notificación a todos los que residieran en la misma plaza, sin perjuicio de reproducir el protesto y la notificación con nuevos plazos, similares a los ya indicados anteriormente para aquellos que residieran en localidades diferentes (art. 54 L.C.), si así lo considerase conveniente el tenedor. De esta forma parece indicarlo el termino «podra».

Ante las dificultades que pueden presentarse en determinados casos para la localización del librado, la Ley permite que, de no hallarse el librado en su domicilio, la cédula pueda entregarse a sus dependientes, parientes o cualquier otra persona que allí se encuentre, puesto que la finalidad perseguida es poner en conocimiento del librado el hecho del protesto, y es presumible que las mencionadas personas, por su proximidad o trato, se lo hagan saber rápidamente (aunque, a veces sea presumir demasiado).

Aunque la Ley no mencione nada al respecto, lógicamente, dichas personas deberán ser idóneas en un doble sentido: tener alguna relación con el librado, ya que la mera presencia en el inmueble no debe ser suficiente para legitimarlos como receptatarios de la notificación, y tener capacidad suficiente para saber que se trata de una notificación y que debe serle entregada al librado inmediatamente.

No hallando a ninguna de ellos, la notificación será también válida si se realiza a cualquier vecino de dicho domicilio

Hay que recordar en este punto que el artículo 202 del Rgto. Notarial establece que, al realizar la entrega de la cédula de notificación a persona distinta del librado, habrá que advertir al que la reciba de la obligación que tiene de hacersela llegar a aquel.

La negativa a recibir la cédula no afectara a la validez de la notificación. Tanto la entrega de la cédula de notificación como la negativa a recibirla se harán constar por diligencia en el acta de protesto.

4.6.— Problema de la dualidad de domicilios

La mayor dudase plantea cuando en la letra aparece designado el librado con un domicilio y, además, figura otro domicilio para el pago —normalmente el de una entidad bancaria—, pues la Ley solo manda notificar el protesto al librado (y en su defecto a sus dependientes o parientes o cualquier persona) que se encuentre «en el domicilio que corresponda», pero no especifica cuales de los dos (art. 52.3, L.C.).

Teniendo en cuenta que la Reforma, en este aspecto, esta inspirada en el principio de la notificación personal al librado —o a los indicatarios o librados si hubiese varios—, hemos de entender que es al librado a quien hay que notificar, en el domicilio que conste como suyo en la letra; pero como, por otra parte, lo que hay que acreditar es que se presentó la letra en el lugar de pago (como en el caso de la domiciliación bancaria), en el deberá notificarse el protesto.

Por lo tanto, en tales casos entendemos que deberán hacerse dos notificaciones: una, en el domicilio del librado; y otra, en el lugar fijado para el pago; de la misma manera que el supuesto de que existan indicaciones o sean varios los librados (art. 54 L.C.).

Esta conclusión general tiene una excepción: cuando el domiciliario sea una Entidad de crédito, en cuyo caso bastara con notificar el protesto al librado en el domicilio de la Entidad bancaria.

Esta parece ser la razón por la que la nueva Ley impone a las Entidades bancarias la obligación de remitir al librado, en el plazo de dos días hábiles, la cédula de notificación del protesto por falta de pago de las letras de cambio domiciliadas en las mismas (art. 52.4 L.C.). Si en estos casos, la notificación la tuviese que hacer el Notario directamente al librado, entonces no tendría razón de ser la obligación impuesta a las Entidades de crédito.

Es decir, que si la letra esta domiciliada, bastará con notificar el protesto al librado en el domicilio fijado para pago y, al no encontrar allí al librado, deberá entregarse la cédula «a cualquier persona» que allí este —normalmente al director de la Entidad bancaria donde se domicilio la letra— puesto que en tal lugar no es fácil encontrar ni al librado ni a dependientes suyos ni a parientes.

4.7.— Omisión de la notificación

La omisión de la notificación o su práctica irregular invalidan el protesto y, por tanto, ocasionan el perjuicio de la letra de cambio.

Nos remitimos a las ya mencionadas sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 1987 y de 21 de Marzo de 1988.

Sin embargo, cuando la irregularidad se haya debido a una práctica defectuosa de la notificación, la misma podrá subsanarse reiterando la diligencia, siempre que se actúe dentro de los plazos marcados por la Ley.

Frente a esta posición, existe otra opinión doctrinal que entiende que esta omisión dará lugar a la exigencia de responsabilidad por parte del librado en vía extracambiaria, pero que de acuerdo con los antecedentes históricos, tal omisión no afectara a los derechos y acciones que se deriven de la letra de cambio.

4.8.— Diligencias posteriores

A.— REGULACION LEGAL. ARTICULO 53

«Sea cual fuere la hora en que se huviere hecho la notificación, el Notario retendrá en su poder la letra sin entregar esta ni testimonio alguno del protesto al tenedor hasta

las catorce horas del segundo día hábil siguiente al de la notificación. Durante ese tiempo y en horas de despacho podrán los interesados examinar la letra en la Notaría y hacer manifestaciones congruentes con el protesto.

Si este fuera por falta de pago y el pagador se presentare en dicho plazo a satisfacer el importe de la letra y los gastos de protesto, el Notario admitirá el pago, haciéndolo de la letra con diligencia en la misma y en el acta de haberse pagado y cancelado el protesto.

De análoga manera, si el protesto fuera por falta de aceptación, la cancelación se anotara en el acta, si la letra fuese aceptada.

Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la expiración del plazo establecido en el párrafo primero de este artículo, el Notario procederá a la devolución de la letra al tenedor con copia del protesto, si la hubiere solicitado. No obstante, el tenedor podrá retirarla desde el mismo momento en que hubiere expirado el plazo del párrafo primero.»

Precepto aplicable al pagare y también al cheque, por emisión expresa de la Ley (art. 147.2 L.C.).

B.— PAGO POSTERIOR AL PROTESTO

El Notario tiene la obligación de retener la letra en su poder, sin devolverla al tenedor, ni entregar tampoco testimonio del protesto hasta las 14 horas del segundo día hábil.

Se trata de un plazo de suspensión legal que permite a la persona a quien fue hecho el protesto rectificar su actitud negativa de aceptación o pago y evitar las posibles consecuencias del protesto.

Los interesados podrán examinar la letra en la Notaría y hacer las manifestaciones que estimen oportunas en relación con el protesto. En este caso, el Notario recogerá tales manifestaciones en el acta de protesto

También podrán aceptarla letra, con lo que el Notario procederá a cancelar el protesto y a anotarlo en el acta.

Y, por último, también podrán proceder al pago de la letra que habrá de incluir el importe de la letra y los gastos del protesto. El Notario entregará al pagador la letra con una diligencia en la misma y en el acta constara el pago y la cancelación del protesto.

Pasado el mencionado plazo, el tenedor tiene derecho a obtener inmediatamente la letra y una copia del acta de protesto si la hubiere solicitado. En todo caso, el Notario deberá proceder a la entrega de dichos documentos en los cinco días hábiles siguientes a la expiración del plazo de retención.

5.— SUPUESTOS ESPECIALES

5.1.— Regulación Legal. Artículo 54

«Si la letra protestada contuviera indicaciones o fueren varios los librados, se enviará cédula de notificación a todos los que residieran en la misma plaza, en la forma y con los efectos señalados en el artículo 52.

Si residieran en plaza diferente, podrá reproducirse el protesto en la localidad de que se trate dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha del protesto precedente.»

Precepto aplicable al pagare y al cheque por remisión expresa de la Ley (art. 147.2 L. C.) siempre que no sea incompatible con la naturaleza del título.

5.2.— Pluralidad de librados o indicatarios

El destino normal de la letra es el ser pagada a su vencimiento. Cuando son varios los librados, es decir, son varias las personas que figuran como posibles pagadores, o la letra contiene indicaciones, es de interés que todas ellas sean notificadas del protesto, por si alguna estuviese dispuesta a pagarla letra.

El que deban ser notificadas todas esas personas no quiere decir que hayan de levantarse tantos protestos como librados o indicatarios aparezcan en la letra, sino que basta con enviarles únicamente cédula de notificación (art. 54.1 L.C.), y sólo en el supuesto de que los librados residieran en plaza diferente, podrá reproducirse de nuevo el protesto, dentro del plazo de ocho días hábiles después del protesto precedente (art. 54.2 L.C.). En este último supuesto, únicamente si lo considerase conveniente el tenedor, pues así parece indicarlo el termino «podrá».

Si la letra esta domiciliada, entendemos que la notificación a todos los que residan en la misma localidad podrá hacerse simultáneamente donde este domiciliada la letra, para lo cual el domiciliatario —si es una entidad bancaria— esta obligada a enviar a los librados respectivos las cédulas de notificación (art. 52.4 L.C.).

6.— EL AVISO A LOS INTERESADOS DEL IMPAGO

6.1.— Regulación Legal. Artículo 55

«El tenedor deberá comunicar la falta de aceptación o de pago a su endosante y al librador dentro del plazo fijado de ocho días hábiles. Este plazo se computará de la forma siguiente:

- 1.º En el caso de protesto notarial, desde la fecha del mismo.
- 2.º En el caso de la declaración escrita a la que se refiere el art. 51, párrafo 2.º, desde la fecha que en ella conste.
- 3.º En el caso de la cláusula de devolución «sin gastos» desde la fecha de presentación de la letra.

Dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha en que el endosante haya recibido la comunicación, deberá a su vez comunicarlo a su endosante, indicándole los nombres y direcciones de aquellos que hubieren dado las comunicaciones precedentes. La misma obligación corresponder a todos los endosantes hasta llegar al librador. Los plazos antes mencionados correrán desde el momento en que se reciba la comunicación precedente.

Toda comunicación que se realice a un firmante de la letra deberá hacerse en el mismo plazo a su avalista. Si no consta su dirección, la comunicación deberá efectuarla el avalado.

En el caso de que un endosante no hubiere indicado su dirección o la hubiere indicado de manera ilegible, bastará que la comunicación se haga al endosante anterior a él.

El que tuviere que efectuar una comunicación podrá hacerlo en cualquier forma, incluso por la simple devolución de la letra de cambio, pero deberá probar que ha dado la comunicación dentro del término señalado. Se considerará que se ha observado este plazo cuando la carta en que se haga la comunicación se haya puesto en el correo dentro de dicho plazo.

El que no hiciere la comunicación dentro del plazo antes indicado conserva su acción pero será responsable, si ha lugar, del perjuicio causado por su negligencia, sin que lo reclamado por daños y perjuicios pueda exceder del importe de la letra de cambio.»

Precepto aplicable al pagare y al cheque por remisión expresa de la Ley (art. 147.2 L.C.).

La Ley establece un sistema de notificación del impago diferente del de la notificación del protesto, que persigue una comunicación efectiva de este hecho a fin de que los obligados cambiarlos puedan adoptar las medidas oportunas para pagar la letra, liberarse o ejercitar las correspondientes acciones de reembolso.

6.2.— Obligación de avisar a los obligados en vía de regreso

La obligación de comunicación es general para todos los tenedores, sean o no Entidades de crédito, y el plazo es de ocho días hábiles, que se computarán, no a partir del recibo de la letra con el protesto —lo que resultaba un plazo dilatado, ocasionando posibles perjuicios al librador, que al no conocer el impago de la letra, pudo entre tanto seguir concediendo nuevo crédito al librado—, sino que se contarán a partir de la fecha misma del protesto o de la declaración equivalente o de la presentación de la letra si fue librada bajo la cláusula «sin gastos».

La Reforma exige que cada cesionario pase el aviso a su cedente recorriendo a la inversa el camino de ida, hasta llegar al librador, último eslabón de la cadena, disponiendo cada comunicación de dos días hábiles desde que, a su vez, el recibiera el aviso.

No será necesario notificar el impago al endosante que transmitió la letra «sin responsabilidad», ni a los endosatarios que recibieran la letra en garantía o por poder, puesto que no son obligados cambiarlos.

En cambio, toda comunicación que se realice a un firmante de la letra deberá hacerse en el mismo plazo a su avalista, pero si no constalara su dirección, la comunicación deberá efectuarla el avalado.

El derecho que tiene todo obligado cambiario a ser notificado del impago es renunciable, pudiendo ejercitarse la renuncia mediante una cláusula que figure en la propia letra (por ejemplo: «sin aviso»). La cláusula «sin gastos» no supone dispensa de la obligación de comunicación de la falta de pago

6.3.— La forma del aviso

La Leyes flexible al no exigir una forma determinada, siempre y cuando el aviso contenga los datos indispensables para identificar la letra, de modo que podrá realizarse verbalmente, por escrito, por teléfono, por correo, etc., sirviendo también como aviso la simple devolución de la cambial, siendo recuente este procedimiento en la práctica bancaria de los últimos años, hasta hace poco.

Se pueden plantear problemas de prueba a tenedores y endosatarios, especialmente en caso de extraño de letras, salvo que lleven registros debidamente legalizados, en los que anoten los avisos o las devoluciones de las letras a sus cedentes, por riguroso orden cronológico.

Lo que sí exige la Leyes que se pruebe que se ha realizado en el termino establecido

6.4.— La omisión del aviso

Es importante la innovación que introduce la Reforma sobre la responsabilidad del cesionario al no avisar a su cedente dentro de los dos días hábiles siguientes al tener conocimiento del protesto, porque responderá de posibles daños y perjuicios por negligencia, hasta el límite del importe de la letra.

La responsabilidad que nace de esta acción de daños es un supuesto de responsabilidad contractual y no una acción cambiaria, puesto que no nace de la relación cambiaria. Por ello, la omisión del aviso o el incumplimiento de los plazos no produce el decaimiento de las acciones cambiarias.

La norma pretende que la noticia del impago de la letra llegue lo antes posible a los obligados en vía regresiva, especialmente al librador, a quien la demora en conocer el incumplimiento del librado le puede ocasionar —y de hecho, frecuentemente le ocasiona— grandes perjuicios, al seguir otorgando nuevo crédito al librado en la creencia de haber pagado la letra anterior.

A primera vista, parece que al librador que recibe una letra devuelta le bastara con multiplicar el número de transmisiones por dos días cada una y con ese resultado saber si habrán transcurrido más fechas de las debidas, lo que indicaría que alguno de los cesionarios habría incumplido el plazo.

Pero la Ley lo que exige es que el endosante comunique la devolución dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha en que haya recibido a su vez el aviso y, por tanto, a ese plazo habrá que añadirle el tiempo que tarde la comunicación en llegara su destinatario que, si es por correo, tardará más que si es transmitida por telegrama o entregada personalmente.

Todo ello puede dar lugar a conflictos sobre quien ha sido el incumplido, por lo que la Ley hace recaer la carga de la prueba al avisador, que deberá acreditar que la comunicación la hizo dentro del plazo legal.

La reclamación de daños y perjuicios podrá ejercitarse tanto por vía de excepción, frente al negligente que reclama el pago en regreso, como por vía de acción si se hubiese reintegrado el valor de la letra.

7.— LETRAS QUE NO NECESITAN PROTESTO

7.1.— La cláusula «sin gastos»

A.— REGULACION LEGAL. ARTICULO 56

«Mediante la cláusula de «devolución sin gastos», «sin protesto», o cualquier otra indicación equivalente escrita en el título y firmada, el librador, el endosante o sus avalistas podrán dispensar al tenedor de hacer que se levante protesto por falta de aceptación o por falta de pago para poder ejercitar sus acciones de regreso, tanto por la vía ordinaria como ejecutiva

Esta cláusula no dispensará al tenedor de presentar la letra dentro de los plazos correspondientes ni de las comunicaciones que haya de dar. La prueba de la inobservancia de los plazos incumbirá a quien lo alegue contra el tenedor.

Si la cláusula hubiere sido escrita por el tenedor, producirá sus efectos con relación a todos los firmantes; si hubiere sido insertada por un endosante o avalista, sólo causará efecto con relación a estos. Cuando a pesar de la cláusula insertada por el librador, el

portador mande levantar el protesto, los gastos que el mismo origine serán de su cuenta. Si la cláusula procediere de un endosante o de un avalista, los gastos del protesto, en caso de que se levante, podrán ser reclamados de todos estos firmantes.

Este precepto es aplicable al pagare y, por remisión expresa (art. 147.2 L.C.), es también extensible al cheque.

La Reforma ha venido a poner punto final a las discusiones doctrinales sobre el significado de la cláusula «sin gastos», ante la laguna existente en la regulación del Código de Comercio.

B.— CONCEPTO

En la práctica cambiaria española se ha venido insertando la cláusula «sin gastos», puesta en el extremo inferior izquierdo de la letra en un lugar sombreado destinado a tal fin en los impresos oficiales.

La razón de la inclusión de esta cláusula en la nueva regulación no responde necesariamente a una conveniencia del librado-aceptante (ya que frente a él la letra es ejecutiva sin protesto), sino que, por el contrario, obedece al recelo que siente el librador sobre el posible incumplimiento de aquel, lo cual induce a aminorar los gastos derivados del impago.

La cláusula contiene una dispensa del protesto que extiende su eficacia a los sucesivos firmantes de la letra y atribuye dos efectos: se renuncia a invocar la caducidad por falta de protesto y se ponen a cargo del tenedor los gastos de protesto si lo levantara, puesto que este se ha vuelto innecesario.

Así lo declara el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de Octubre de 1987:

«La cláusula «sin gastos» dispensa del protesto al tenedor de la letra de cambio, dado que implica un desistimiento o renuncia al mismo, acto este que se integra en el marco del poder dispositivo del tenedor de la cambial, que puede, consiguientemente, abdicar de los beneficios que la referida diligencia le otorga.»

C.— REQUISITOS FORMALES

La Ley Cambiaria no exige una fórmula única sino que admite que pueda ponerse «devolución sin gastos», «sin protesto» o cualquier otra mención similar, como «sin gastos», que es la que se utiliza más frecuentemente.

La fórmula deberá escribirse en la letra y no en un documento independiente para que tenga efectos cambiarios; y, además, deberá ir suscrita por la persona que la establezca.

Esta es la opinión mantenida por la reciente sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva de 13 de Abril de 1988, así como en la de 11 de Julio de 1988:

«En el caso, dirigida la reclamación en juicio ejecutivo por el tomador de unas letras de cambio no protestadas contra el librador de las mismas, la inclusión en éstas de la cláusula «sin gastos», pero carente de la firma específica del librador, no puede impedir que deban considerarse perjudicadas por falta de protesto, conforme al artículo 63 L.C.C. porque el artículo 56 en relación con el artículo 1.8 de dicha Ley no admite otro entendimiento que el de considerar rígidamente condicionada la dispensa del protesto a la firma expresa de la cláusula «sin gastos» por el librador, como requisito formal específico, distinto y añadido a la firma que con carácter general ha de poner el librador en toda letra de cambio, pues de otro modo carecería de sentido dicho artículo 56 L.C.C., que sería totalmente superfluo y bastaría esta última firma para

legitimar todo el contenido de la letra, eliminándose así en gran medida el especial rigor con que se configura la posición del aceptante respecto de los obligados cambiarios en vía de regreso.»

Sin embargo, hay autores, y la práctica generalizada también, que mantienen que aunque la Ley dice que la cláusula deberá ir firmada, ello no supone que necesariamente su autor tenga que firmar al pie de la misma, sino que, en el supuesto de ser estampada por el librador, se entenderá que la firma de este se refiere a la integridad de la declaración fundamental, incluida la cláusula «sin gastos» si la incorporo a ella:

Por ello, en vista de la línea mantenida por los tribunales, es recomendable estampar la firma al pie de la cláusula y cubrir siempre el espacio destinado a ella, bien sea con la mención «sin gastos», «con gastos» o bien inutilizando el espacio con una simple raya, para evitar sorpresas posteriores.

En el nuevo formato, aprobado por O.M. de 11 de Abril de 1986, se destina un espacio para «cláusulas», de carácter accesorio, entre los que tiene cabida la cláusula «sin gastos».

La cláusula puede ser introducida en la letra por el librador, los endosantes o sus avalistas y producirá diferentes efectos según quien la inserte, como más adelante veremos. En ningún caso la cláusula «sin gastos» podrá ser establecida por el aceptante. Esta conclusión se desprende, de un lado, del propio texto del artículo 56, en el que no se contempla al aceptante entre los facultados para introducirla en la letra, y, de otro, porque la posibilidad de que el aceptante pudiera establecer dicha cláusula en el momento de la aceptación supondría una modificación de la declaración cambiaria original, lo cual equivaldría en nuestro derecho a una negativa de aceptación, atendiendo al artículo 30 párrafo 2.º de la Ley Cambiaria.

D.— EFECTOS

d.1.— Efectos generales

En primer lugar, aclarar que solo afecta al ejercicio de la acción de regreso, puesto que para la acción en vía directa no es necesario el protesto, salvo exigencia expresa.

El establecimiento de la cláusula «sin gastos» dispensa al tenedor de una letra de cambio de hacer que se levante el protesto, tanto por falta de aceptación como por falta de pago, para poder ejercitar sus acciones de regreso por la vía ejecutiva o por la vía ordinaria.

En el caso de que algunos de los facultados para introducir dicha cláusula tuviera intención de excluir tan solo bien el protesto por falta de aceptación o bien por falta de pago, habrá de hacerlo constar así expresamente en la letra.

El tenedor puede protestar la letra o no y, en ambos casos, conservara las acciones cambiarias. Pero si decide levantar el protesto serán de su cuenta los gastos que con tal motivo se originen.

Los demás efectos generales de la letra girada bajo la cláusula «sin gastos» no difieren del supuesto en que no conste tal mención, lo que significa que el tenedor tendrá la misma obligación de presentar la letra al pago en los plazos correspondientes (art. 56 Párrafo 2.º y art. 63 L.C.) y de las comunicaciones que haya de dar (art. 55 y 56 L.C.).

La prueba de la falta de presentación o de comunicación será difícil de realizar en la práctica cuando no exista protesto (aunque se puede solicitar una declaración del librado corroborando los hechos, la cual podrá figuraren la letra o fuera de ella). Pero el librado puede rehusar a hacerla, con lo que no quedara otro recurso, si se quiere tener una seguridad

absoluta en cuanto al medio de prueba, que recurrir al protesto. De este modo, se puede producir un efecto contrario al que se buscaba con la dispensa del protesto, con el inconveniente añadido de que, si se levanta el protesto, no se podrán repercutir sobre otro obligado los gastos del mismo.

La práctica bancaria, con el fin de solventar esta dificultad, ha venido a equiparar, mediante pacto con sus clientes, la presentación la letra con el envío de un aviso que reproduce la misma, práctica que es elevada a rango legal por el art. 43 párrafo 3.º de la Ley Cambiaria.

Sin embargo, otra postura doctrinal mantiene, en relación a este tema de la prueba, que el legislador lo que ha querido establecer en la nueva regulación es una presunción iuris tantum de que la letra ha sido presentada dentro del plazo y desplaza la carga de la prueba de la inobservancia de los plazos sobre quien lo alegue contra el tenedor, lo que resultará muy difícil de probar, ya que se trata de un hecho negativo.

La jurisprudencia parece que va a seguir la primera tendencia y así se constata en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Octubre de 1987:

«En materia de carga de la prueba, si bien la moderna doctrina procesalista suele partir de la fórmula de que a cada parte le corresponde alegar y probar los hechos que constituyen el fundamento de su pretensión, no puede olvidarse que ello es una regla general a veces no aplicable por las dificultades que presenta; por ello, suele acudir a atribuir a cada parte la prueba de aquella que le sea más fácil acreditar por estar más próxima a la misma. Sobre tales bases, en el caso aquí contemplado, en que por el endosante de una letra a quien se exige su pago, se alega la falta de presentación al cobro por parte del endosatario, es obvio que:

- a) quien más fácilmente podía probar la presentación de la cambial cuestionada al cobro era el Banco tenedor.
- b) El medio más apto para acreditar ese hecho es el protesto, diligencia que no se efectuó porque la entidad bancaria, haciendo uso del derecho que le concedía la cláusula «sin gastos», incorporada a la letra, no lo efectuó.
- c) por ello, las consecuencias que puedan derivar del ejercicio de tal derecho, concretamente la justificación de su presentación al cobro, pueden recaer sobre dicho Banco, que no ha probado la tan repetida presentación al cobro.».

d.2.— Efectos particulares sobre los obligados de regreso

Los efectos de la cláusula «sin gastos», en relación con cada una de las personas obligadas en vía de regreso, dependen de la posición que ocupe en la letra la persona que haya puesto la cláusula:

— Si la cláusula fue establecida por el librador, producirá sus efectos en relación con todos los firmantes de la letra, con lo cual, el tenedor podrá dirigirse en vía de regreso, sin necesidad de protesto, contra todos los obligados cambiarlos. Pero, si a pesar de la cláusula, el tenedor manda levantar el protesto, éste cargará con los gastos.

— Si la cláusula fue establecida por un endosante o avalista (éste último, del endosante o del librador), sólo producirá efectos con respecto a estos. Ello significa que, para poder ejercitar las acciones de regreso contra el resto de los obligados, será preciso que se proceda al levantamiento del protesto. Los gastos de protesto podrán reclamarse a todos los firmantes

puesto que el librador había girado inicialmente sin esa mención, y la declaración del librador obliga a todos.

Como podemos observar, la cláusula «sin gastos» no prohíbe el levantamiento del protesto, sino que lo convierte en facultativo para el tenedor con respecto a aquellos obligados que quedan sujetos a los efectos de la misma, independientemente de que se puedan o no reclamar los gastos del mismo.

d.3.- La letra perjudicada

Se entiende que una letra se perjudica cuando no se efectúan determinadas actuaciones que exige la Ley para conservar las acciones cambiarias en vía de regreso, lo cual ocurre cuando se ha dejado de presentar la letra dentro de plazo o, siendo necesario, no se ha levantado el protesto o realizado la declaración negativa.

Del mismo modo, cuando se ha estipulado en la letra la devolución «sin gastos», y no se presente la letra al pago dentro del plazo, también se perjudicará la letra, perdiendo todas las acciones cambiarias de regreso, tanto las ejecutivas como las ordinarias (art. 63.c L.C.).

7.2.— Otros supuestos en los que no es necesario el protesto

Hemos mencionado anteriormente que, aunque en la letra no exista una cláusula dispensatoria, existen supuestos en los que no es necesario el protesto o la declaración equivalente para el ejercicio de las acciones cambiarias no solo en vía directa sino también de regreso (art. 51.2 L.C.).

Cuando el librado o el librador se encuentren sujetos a un proceso concursal o cuando al librado se le hubiere realizado un embargo infructuoso de sus bienes, es de suponer que será inútil presentar la letra al pago y formular el protesto porque las posibilidades de pago de la letra serán nulas.

Para estos casos, la Ley prevee la posibilidad de abrir la vía de regreso sin esperar al vencimiento de la letra, supliendo la prueba del protesto o declaración equivalente por la providencia en la que se admita la solicitud de suspensión de pagos, o por el auto en el que se declare la quiebra o concurso (art. 51.6 L.C.).

7.3.— El fallecimiento del librado

La Ley Cambiaria, a diferencia del Código de Comercio (art. 502), no menciona nada sobre la necesidad de levantar protesto en el caso de fallecimiento de la persona a cuyo cargo se gira la letra, por lo que se presenta la duda de si, en tales casos, puede dispensarse del protesto o, por el contrario, habrá que levantarlo necesariamente.

— Para el ejercicio de la acción directa no hace falta protesto ni declaración equivalente, pero será necesario acreditar que se presentó la letra al pago, y mal se puede justificar tal extremo cuando la persona que debía pagarla ha fallecido.

— Por lo que respecta a la acción de regreso, lo lógico es que, fallecido el librado, sus herederos puedan atender el pago de la letra, con lo cual, es adecuado pensar que deberá protestarse la letra y entregarse la cédula de notificación a sus herederos o derecho habientes.

8.— EFECTOS DEL PROTESTO

Los efectos del protesto no se producen de un modo inmediato, puesto que la Ley ordena a los Notarios retener la letra en su poder y no entregarla, ni tampoco el testimonio del protesto, hasta las catorce horas del segundo día hábil al de la notificación (art. 53). Una vez

pasado el plazo de retención, si la letra es aceptada o pagada se cancelará el protesto y, en caso contrario, producirá los siguientes efectos:

— un efecto probatorio respecto a la actitud del librado sobre la aceptación o pago de la letra (art. 51 L.C.).

— un efecto conservativo de las acciones cambiarias de regreso (art. 50 y 63 L.C.).

Ningún acto o documento, salvo, la declaración equivalente del librado o de la Careara de Compensación, puede sustituir estas funciones del protesto que evitan el perjuicio de la letra.

— también produce el efecto de la constitución en mora del deudor y, por lo tanto, el devengo de intereses calculados al tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos (art. 58.2 L.C.).

Además de estos, el protesto produce otros que podemos denominar secundarios: la imputación de los gastos a quien hubiera dado lugar al protesto, o la consideración del endoso posterior al protesto o a la declaración equivalente por falta de pago o al vencimiento del plazo establecido para levantarlo como una cesión ordinaria (art. 23 L.C.).

9.— LA INEFICACIA DEL PROTESTO

El protesto es un acto solemne, que tiene eficacia y validez jurídica, únicamente, si se ha producido conforme a los requisitos que establece la Ley Cambiaria, y las irregularidades que pueda adolecer le privan de efectividad para la conservación de la acción de regreso.

El artículo 63.b de la Ley Cambiaria es claro y no precisa comentario: el tenedor perderá la acción de regreso contra el librador y las demás personas obligadas, con excepción del aceptante y su avalista, cuando siendo necesario no se hubiera levantado el protesto.

La necesidad de que el protesto sea levantado por Notario nos remite, además, a la normativa del Rglto. Notarial para la regulación de los documentos públicos. Así se recoge en la vieja sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Diciembre de 1879.

La ineficacia del protesto producirá una excepción oponible por los obligados en vía de regreso, contra los que intente accionar el tenedor, por pérdida de la acción, al no haberse levantado válidamente el protesto, por falta de las formalidades necesarias, del n.º 2 del art. 67 L.C. o por extinción de la acción de regreso, del n.º 3 del mismo art. 67 L.C.

Señalamos los supuestos de ineficacia del protesto, que dan lugar a la extinción de la acción cambiaria de regreso.

9.1.— Falsedad del protesto

La falsedad del protesto surge como presupuesto penal y, desde ese punto de vista, pueden señalarse los siguientes supuestos:

1.— Suposición de documento. Puede producirse cuando se acciona a virtud de una primera copia del acta de protesto entregada por el Notario, cuando en realidad no existe matriz alguna del protesto en su protocolo.

Se trata de un supuesto contemplado en el artículo 302.7 del Código Penal.

2.— Suponiendo en el acta haberse entendido el requerimiento de protesto con el propio tenedor, o haber entregado la cédula de notificación al propio librado sin que ninguna de las personas supuestamente intervinientes hubiera realmente actuado.

A este supuesto se refiere la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 12 de junio de 1957.

3.— Atribuyendo al librado notificado, o en general a personas intervinientes en el protesto, manifestaciones diferentes a las que realmente verificaran.

Es el supuesto previsto en el art. 302,3 del Código Penal.

4.— Alteración de la fecha del protesto, al efecto de que aparezca realizado dentro de termino hábil.

Es el supuesto del art. 302.5 del Código Penal.

5.— Notificación de la cédula en lugar distinto del señalado para el pago, en la letra domiciliada en Entidad de Crédito, o notificación a vecindad inexistente.

Este supuesto se contempla en la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 19 de junio de 1957.

Todos estos supuestos de falsedad del protesto producen su ineficacia jurídica, si bien ha de tenerse en cuenta, que la simple existencia del documento notarial de protesto tiene la presunción de su legalidad, por lo que la carga de la prueba de falsedad corresponde al opositor que la alega.

La falsedad del protesto, dejando aparte la vía penal, puede plantearse en el juicio cambiario al amparo de los numeros 2 y 3 del art. 67 de la Ley Cambiaria.

9.3.— Extemporaneidad del protesto

El protesto levantado fuera del plazo legal es un protesto extemporáneo que no produce efecto alguno, y causa la perdida de la acción de regreso del tenedor de la letra.

Por ello, señalamos:

1.— Que es nulo el protesto levantado antes del vencimiento.

Antes del vencimiento, y de no concurrir los supuestos recogidos en el art. 50 L.C., los obligados de regreso son meros garantes y no deudores directos

2.— Es nulo el protesto levantado el mismo día del vencimiento ya que, durante ese día, el librado puede pagar.

Ese día pertenece al deudor y de levantarse el protesto, el mismo sería nulo y el tenedor respondería de daños y perjuicios,

3.— Es nulo el protesto tardía o extemporáneo, es decir, el levantado fuera de los plazos señalados en la Ley Cambiaria.

Todos estos supuestos de extemporaneidad pueden alegarse como causa de oposición por los demandados en vía de regreso.

9.3.— Irregularidades formales en el protesto

Dado el carácter solemne del protesto, éste es nulo cuando se infringen sus requisitos formales, establecidos en la Ley Cambiaria.

El Acta de protesto debe contener:

- La fecha del Acta
- La designación del requirente que presenta la letra al protesto.

- La declaración notarial del protesto.
- La expedición de la cédula de notificación con expresión del obligado al que se notifica
- La notificación con expresión del lugar y a quien se notifica.
- La firma del Notario.

La falta de alguno de estos elementos formales del protesto provoca su nulidad.

Ahora bien, se ha estimado que no constituían irregularidades formales las simples omisiones de extremos no esenciales, los errores en la descripción de elementos necesarios, y en este sentido son de tener en cuenta la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 8 de Febrero de 1973 sobre error en la fecha de la cédula de notificación del protesto, y la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia, de 23 de Septiembre de 1944 sobre falta de transcripción del timbre de la letra en el acta de protesto, también cabe mencionar la sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres de 29 de Enero de 1981 que se refiere a la divergencia en el texto de la letra y su transmisión en el acta de protesto.

10.— RESPONSABILIDAD POR EL PROTESTO ILEGITIMO

El protesto levantado ilegítimamente, fuera de los casos previstos en la Ley o sin la observancia de los requisitos formales, puede ser causa de daños tanto para el deudor como para el acreedor. Para el primero, porque el protesto sin las condiciones legales le puede ocasionar un descrédito injustificado, y para el segundo, porque si el protesto deviene nulo o ineficaz se vera privado de las acciones en vía de regreso.

El daño del deudor suele producirse por el descrédito que produce el levantamiento del protesto, lo cual refiere al incumplimiento de sus obligaciones cambiarias (aunque en España no se dé, como en Italia, la publicación del protesto en un Boletín y en un Registro de protestos, ello no excluye una publicidad de hecho que se produce cuando llega la noticia del protesto, de manera privada, a conocimiento público).

Por ello, siempre que se acrediten los presupuestos legales de la acción, puede reclamarse la correspondiente indemnización por los perjuicios causados.

Esta acción de daños y perjuicios se regula por las normas específicas de las acciones de indemnización de daños, es decir, con prueba del perjuicio sufrido y cuantificación del daño a efectos de fijar la indemnización.

La responsabilidad del daño sufrido puede ser imputada, según los casos, al acreedor requirente del protesto o al Notario, o a ambos a la vez.

10.1.— Responsabilidad del acreedor requirente

Se produce en casos de actuación dolosa del requirente, o incluso en supuestos culpables.

Así la jurisprudencia y la doctrina han analizado diversos supuestos de hecho que enumeramos, aunque sin animo exhaustivo.

1.— Cuando el acreedor requirente protesta la letra con violación de acuerdos habidos con el deudor, como, por ejemplo, un convenio de renovación o prórroga del vencimiento.

2.— Cuando el acreedor requirente tiene conocimiento de que la firma del deudor puesta en la letra es falsa, pese a lo cual formula contra el el protesto.

10.2.— Responsabilidad del Notario

Se produce frente al sujeto pasivo del protesto en general, pero puede producirse también contra el requirente.

Examinamos algunos supuestos de responsabilidad del Notario frente al deudor.

1.— Cuando al Notario protesta la letra por cantidad muy superior el capital cambiario.

2.— Cuando el protesto se levante sin los requisitos legales o extemporáneamente por culpa del Notario.

En estos supuestos la responsabilidad del Notario será por culpa aquilina.