Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria

(Incidencias de las modificaciones recientes a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución)*

Bruno Caprile Biermann

Magister (D.E.A. Droit Privé Général)

UNIVERSIDAD DE PARÍS II, FRANCIA

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SSM. CONCEPCION

1. La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ha dictado las circulares N° 3.195, de fecha 4.10.2002, y N° 3.199, de 21.10.2002, que modificaron la Recopilación de Normas de esa Superintendencia en lo relativo a la Boleta Bancaria de Garantía e introdujeron la denominada "Carta de Garantía Interbancaria", respectivamente.¹

2. Las circulares antes referidas importan una modificación del criterio que hasta ahora había sustentado la Superintendencia en cuanto a la naturaleza jurídica de la boleta bancaria de garantía. En efecto, mientras el tenor anterior daba pie para entender que la Superintendencia estimaba que la boleta era un depósito irregular unido a una estipulación en favor de otro que daba lugar a una prenda de dinero en favor del beneficiario, hoy día parece evidente que se la califica como una garantía a primer requerimiento, con lo que se recoge el planteamiento que en tal sentido hicieramos en otro trabajo anterior a la reforma.²

3. Las mismas circulares modificaron también el ámbito de aplicación de la boleta bancaria, que se extiende considerablemente, lo que naturalmente incrementará el uso de esta garantía y, consiguientemente, los litigios a que da lugar.

* Estando este trabajo en prensa, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras dictó la Circular N° 3224, de 27 de mayo de 2003, que modificó la normativa de la Carta de Garantía Interbancaria, que pasó a denominarse Carta de Garantía Interfinanciera.

¹ El tenor de las circulares puede consultarse en la página web de la Superintendencia: www.sbf.cl.

4. Finalmente, la circular N° 3.199 introdujo la denominada "Carta de garantía interbancaria", institución hasta ahora desconocida en nuestro medio, y que según la circular citada no es sino una "variante de la boleta bancaria de garantía". Interesa por tanto describir someramente la institución y sus particularidades que justifican que se la distinga como una variante de la boleta bancaria.

5. En los párrafos que siguen analizaremos sucintamente cada una de las tres cuestiones centrales que acabamos de enunciar:

1. LA SUPERINTENDENCIA MODIFICA SU CRITERIO Y RECONOCE QUE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA ES UNA GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO

6. Debemos recordar que, en el derecho nacional, se han formulado diversas doctrinas destinadas a explicar la naturaleza jurídica de la boleta bancaria de garantía, las que analizamos en detalle en nuestro trabajo sobre la materia.³ La más difundida y aceptada por la doctrina nacional⁴ es aquella que postula que la boleta es un depósito de dinero que efectúa el tomador en las arcas del banco emisor, unido a una estipulación en favor de otro, esto es, en favor del beneficiario, que daba lugar a una prenda de dinero otorgada por el tomador al beneficiario.

Para los partidarios de esta tesis, el tomador efectúa un depósito de dinero en las arcas del banco emisor; como lo depositado es dinero, cosa fungible y consumible, el depósito tiene el carácter de irregular (art. 2221 C.C.). Agregan que el depositante *estipula en favor de un tercero*, el beneficiario, quien no participa en la convención (art. 1449 C.C.). En virtud de esta estipulación, el beneficiario adquiere un derecho propio y directo en contra del banco emisor, aun antes de su aceptación: el derecho personal a exigir la restitución de la suma depositada. Terminan señalando que de esta forma se configura entre el tomador y el beneficiario una garantía que se califica de *prenda de dinero*.

En resumen, las relaciones del tomador con el banco emisor se rigen por el contrato de depósito; las del banco con el beneficiario, por la estipulación

a favor de otro; y entre el tomador y beneficiario se configura una prenda de dinero.

7. Pero dicha doctrina estaba lejos de ser la única. Así, don Alvaro PUELMA entiende que se trata de un negocio fiduciario;⁵ se imputa a don Pedro RODRIGUEZ GONZALEZ⁶ la afirmación de que su naturaleza sea la de una prenda que recae sobre un crédito. Para don Raúl VARELA MORGAN⁷ se trata de un título de crédito y para don Rodrigo WINTER IGUALT⁸ debe calificársela como un mandato o comisión mercantil conferido por el tomador al banco, que da origen a la emisión de un título de crédito por este último, existiendo un contrato innominado de garantía entre el tomador y el beneficiario.

8. La doctrina mayoritaria parecía contar con el favor de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, toda vez que el capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas de esa Superintendencia, que regula precisamente la boleta bancaria de garantía, parecía abanderizarse por esa teoría. Pese a que ignoramos las fuentes que la Superintendencia tuvo a la vista al dictar las circulares N° 3.195 y 3.199,⁹ del examen de las modificaciones se colige inmediatamente el cambio de criterio, para concluir que hoy día, según la Superintendencia, la boleta bancaria de garantía debe calificarse como una garantía a primer requerimiento. En los numerales que siguen procuraremos demostrar esa afirmación.

9. El capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en su tenor anterior a la modificación introducida por la circular N° 3.195, disponía que "La boleta de garantía es, en forma genérica, un depósito de dinero que constituye en un banco, el depositante o tomador, a favor de un beneficiario". Más adelante se leía "El depósito de garantía origina la emisión, por parte del banco, de la llamada "boleta de garantía". El tomador de la boleta puede enterar el correspondiente depósito en dinero efectivo o bien mediante un préstamo

³ CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La boleta bancaria de garantía: una garantía a primer requerimiento*, Editorial Jurídica de Chile, agosto 2002, N° 52 y 5.

⁴ En tal sentido VARELA VARELA, Raúl, comentario a Cas. fdo. 11/01/1947, RDI 1948, I, 120; GONZALEZ SAAVEDRA, Miguel, *La boleta bancaria de garantía*, Memoria, U. Católica de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1962, N° 182; SANDOVAL LOPEZ, Ricardo, *Derecho Comercial*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., 1999, T. II, N° 415 a 424, págs. 446 a 453; y "Las garantías a primer requerimiento. Situación en el derecho chileno", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 198, julio-dic. 1995, N° 197.

⁵ PUELMA ACCORSI, Alvaro, *Estudio Jurídico sobre Operaciones Bancarias*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1ª ed., 1971, N° 58 a 62, págs. 64 a 69; y N° 113 a 123, págs. 87 a 97.

⁶ RODRIGUEZ GONZALEZ, Pedro, *Dinero y Obligaciones de Dinero*, Editorial Jurídica de Chile, 1941, N° 78, págs. 85 y 5.

⁷ VARELA MORGAN, Raúl, "Apuntes taquigráficos de clase sobre Boleta de Garantía", en *Cursos de Derecho Bancario organizados por la Universidad Católica de Chile* y por ICARE, inédito, citado por GONZALEZ SAAVEDRA, Miguel, ob. cit., N° 103 y 104.

⁸ WINTER IGUALT, Rodrigo, *Boleta de Garantía*, Serie Estudios Financieros-Legal, Instituto de Estudios Bancarios Guillermo Subercaseaux, Ceser Impresores Ltda., 1995, págs. 86 y 5.

⁹ En la circular N° 3.195 se lee que "Esta superintendencia ha resuelto modificar algunas de las disposiciones relativas a la emisión de boletas de garantía, sobre la base de la experiencia recogida en el uso de este instrumento y de las consultas que se han recibido sobre diversos aspectos inherentes a sus aplicaciones y condiciones". Lamentamos que, pese a nuestros reiterados requerimientos, no nos fue posible obtener de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras mayores precisiones acerca de las fuentes citadas.

que le puede otorgar para ese fin la institución bancaria". En otro párrafo se disponía: "De acuerdo con lo dispuesto en el N° 10 del artículo 83 de la Ley General de Bancos -hoy artículo 69 N° 13-, la boleta de garantía presenta una caución y la institución con la que presenta mayor semejanza es con la prenda de dinero que se deposita en poder de un tercero".

10. Un estudio detenido de las modificaciones introducidas por la circular N° 3.195 permite deducir que éstas inciden en los siguientes aspectos:

11. a) **Se abandona la calificación tradicional de depósito irregular unido a una estipulación en favor de otro que da lugar a una prenda de dinero, al suprimirse las frases que permitían fundar esa teoría, y se reconoce que la boleta bancaria es una caución.**

En efecto, en el N° 1.1 del capítulo 8-11, se reemplazó la frase "La boleta de garantía es, en forma genérica, un depósito de dinero", por otra que reza "La boleta de garantía es una caución".

En el mismo sentido, se suprime la frase "la institución con la que presenta mayor semejanza es con la prenda de dinero que se deposita en poder de un tercero", supresión que elimina la referencia a otro de los pilares fundamentales de la teoría tradicional.

Finalmente, se suprime la frase del numeral 1.2, que disponía "el plazo que tiene el banco para restituir la cantidad depositada, después de haber sido requerido para ello". Esta modificación ataca el tercer pilar de la teoría tradicional, a saber, la existencia de una estipulación en favor de otro. Así, la doctrina tradicional sostenía que el tomador efectuaba un depósito irregular en las arcas del banco unido a una estipulación en favor del beneficiario, en virtud de la cual este último adquiriría la calidad de depositante. En ese contexto, era natural sostener que cuando el banco pagaba el importe de la boleta al beneficiario, no hacía sino "restituir la cantidad depositada". Hoy día parece claro que el banco emisor, al pagar la boleta, no está restituyendo depósito alguno, sino que cumple una garantía a la que se había obligado.

En síntesis, las modificaciones introducidas por la circular N° 3.195 eliminan los tres pilares de la doctrina tradicional: el depósito irregular, la prenda de dinero y la estipulación en favor de otro.

12. **La utilización de la expresión "caución" es técnicamente correcta. Debe recordarse que, si bien las expresiones "caución" y "garantía" suelen**

emplearse como sinónimas, la doctrina más entendida las distingue, con una relación de género a especie. "Se entiende por *garantía* todo acto o cualidad que se le agrega a un crédito, y por *caución* una *obligación* cuya función es asegurar el cumplimiento de otra"¹⁰ (art. 46 C.C.). En esa acepción, son garantías y no cauciones, por no ser obligaciones contraídas para asegurar el cumplimiento del crédito: la excepción de contrato no cumplido (art. 1552 C.C.), el derecho legal de retención (arts. 662, 756, 914, 1937, 2162 C.C. y 545 a 548 C.P.C.), los privilegios (art. 2470 C.C.), la cláusula de reserva de propiedad (arts. 680 y 1874 C.C.). La boleta bancaria de garantía es propiamente una caución, por ser una obligación que asume el banco emisor para asegurar el cumplimiento de otra obligación asumida por el tomador.

13. Nótese también que no todas las cauciones son accesorias, como ocurre precisamente en el caso de la boleta bancaria de garantía. Las garantías a primer requerimiento, entre las que se cuenta la boleta bancaria de garantía, tienen precisamente la característica de ser autónomas o independientes del negocio garantizado, por lo que no existe un vínculo de accesoriedad con éste. La solidaridad es también una caución que no puede ser calificada de accesoría y que, por lo mismo, escapa a la aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

14. b) **Entre las diversas cauciones, la boleta bancaria es una de aquellas que la doctrina conoce como garantía a primer requerimiento.**

Nos parece que la modificación introducida por la circular N° 3.195 es clara en tal sentido, al disponer que el banco "se compromete *incondicionalmente* a su pago a *soló requerimiento* del beneficiario". Más adelante agrega que "la obligación de pagar la boleta será siempre *incondicionada* para el banco". Los términos empleados son inequívocos, ya que se utiliza precisamente la expresión con que se designan estas garantías: "a primer requerimiento". La modificación recoge entonces el planteamiento central que hicieramos en nuestro trabajo sobre la materia, que se evocaba incluso en el título del mismo "La boleta bancaria de garantía: una garantía a primer requerimiento"¹¹. Tampoco debe olvidarse que los artículos 30 y 227 de la Ley 18.045, sobre mercados de valores, ya disponían expresamente que el banco emisor debía pagar la boleta a "simple requerimiento"¹².

¹⁰ PENALILLO AREVALO, Daniel, *Obligaciones*, Departamento de Derecho Privado, 1995, T. II, vol. I, pág. 57.

¹¹ Cf. supra nota al pie N° 2.

¹² Para mayor detalle puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N° 149 y s., págs. 120 y s.

15. Se han definido las garantías autónomas como una "obligación de pagar una suma determinada, tomada en consideración a un contrato base y para garantizar su ejecución, pero constitutiva de una obligación independiente del contrato garantizado y caracterizada por la inoponibilidad de las excepciones derivadas de ese contrato".¹³

16. Entre los diversos tipos de garantías autónomas, la boleta bancaria es, por regla general, una garantía a primer requerimiento.¹⁴ En éstas, el principio de inoponibilidad de excepciones se aplica con especial vigor, toda vez que tales garantías deben ser pagadas a primer requerimiento y el cobro de la garantía es, para el beneficiario, discrecional, siempre que intervenga durante el período de vigencia previsto en el contrato y que no aparezca como manifiestamente abusivo... En esta situación, el garante y, a través suyo, el tomador, quedan totalmente entregados a la buena fe del beneficiario, bajo reserva de un hipotético recurso contra este último en caso de cobro injustificado.¹⁵ En definitiva, el cobro de la garantía queda entregado a la "simple declaración de voluntad del beneficiario".¹⁶

17. La calificación como garantía a primer requerimiento es trascendental, toda vez que de ella depende el estatuto jurídico aplicable a la boleta. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las garantías tradicionales, las normas legales que regulan la boleta bancaria son escasas: el artículo 69 N° 13 de la Ley General de Bancos (L.G.B.), complementado por el capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas de la Superintendencia. En ese contexto, cobra particular importancia la calificación que se atribuya a la institución, ya que de su naturaleza jurídica dependerá el estatuto que le será aplicable. Así, si se admite que se trata de una garantía a primer requerimiento, entonces se rige por el principio de inoponibi-

lidad de excepciones, en virtud del cual el garante no puede excusarse de pagar invocando excepciones o defensas derivadas del contrato garantizado. De ahí deriva que la extinción por cualquier causa del contrato garantizado, su nulidad o resolución, no liberan al banco emisor de la obligación de satisfacer la garantía. Por lo mismo, el incumplimiento del contrato base por el beneficiario e incluso el cumplimiento cabal del mismo por el tomador son, en principio, insuficientes para impedir o retardar el pago de la boleta.¹⁷

18. El rigor del principio de inoponibilidad de excepciones tiene un límite: se puede oponer al beneficiario el fraude o abuso manifiesto que resulte de prueba líquida. En las garantías autónomas es perceptible una constante tensión entre la aplicación estricta del principio de inoponibilidad de excepciones, indispensable para la eficacia de la garantía, y la necesidad de impedir los excesos en que puede derivar, particularmente en el caso de las garantías a primer requerimiento. La doctrina y jurisprudencia comparada han sentido, después de una larga evolución no exenta de ciertos movimientos pendulares, que el rigor del principio sólo cede en caso de fraude o abuso manifiesto que resulte de prueba líquida.¹⁸

19. c) En la boleta bancaria es el banco emisor (no el tomador) el que asume el rol de garante.

La doctrina tradicional considera que es el tomador el que otorga la garantía, ya que es éste quien constituye una "prenda de dinero" en favor del beneficiario. Esta concepción encontró acogida entre los operadores de la garantía, quienes suelen razonar sobre la base de que es precisamente el tomador el constituyente de la garantía. Un examen más detenido de muestra que, en realidad, es el banco emisor el que asume el rol de garante, pues es el mismo banco el que constituye una garantía personal para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del tomador para con el beneficiario. Este criterio fue recogido por la circular N° 3.195, que sustituyó la frase "La boleta de garantía es, en forma genérica, un depósito de dinero que constituye en un banco el depositante o tomador, a favor de un beneficiario" por la siguiente: "La boleta de garantía es una caución que constituye un banco, a petición de su cliente llamado el "Tomador" a favor de otra persona llamada "Beneficiario". Nos parece claro que hoy día el constituyente de la garantía ya no es el tomador, sino el banco emisor.

¹³ Cf. SIMLER, Philippe, *Garantías Autónomas*, Juris Classeur Civil, App. art. 2011 a 2043, fasc. 10, N° 2 (traducción libre). Del mismo autor puede consultarse *Cautionnement et garanties autonomes*, LITEC, 3ª ed., 2000. Para mayor detalle puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N° 135 y 5., págs. 109 y 5.

Se ha dicho también que son un "contrato por el cual un sujeto, dotado de una sólida posición financiera (normalmente un banco o una compañía de seguros), se obliga a pagar un determinado importe al beneficiario, con el fin de garantizar la prestación de un tercero, a simple demanda del beneficiario mismo. Y, por regla general, con renuncia a hacer valer cualquier excepción relativa a la existencia, validez o cohercibilidad del vínculo garantizado, existente entre el beneficiario y el deudor principal, al cual el garante permanece extraño" SESTA, Michèle, *Pagamento a prima richiesta*, en *Contrato e Impresas*, Cedam, Padua, 1985, N° 3, pág. 939, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Las garantías a primera de manda*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2, 1993, N° 2, pág. 94.

¹⁴ Para mayor detalle puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N° 151 y 5., págs. 121 y 5.

¹⁵ SIMLER, Philippe, *Garantías Autónomas*, Juris Classeur Civil, ob. cit., fasc. 10, N° 62 (traducción libre).

¹⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Las garantías a primera demanda*, ob. cit., N° VIII, pág. 104.

¹⁷ Para mayor detalle puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N° 164 y 5., págs. 129 y 5.

¹⁸ Para mayor detalle acerca del principio de inoponibilidad de excepciones, su límite (el fraude o abuso manifiesto), y los mecanismos procesales para detener el pago de la boleta puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N° 238 y 55.

20. d) **La modificación reafirma que la calificación de garantía a primer requerimiento es valedera tanto para las denominadas boletas "contra efectivo" como para las que se emiten "contra crédito".**

El capítulo 8-11, en su tenor anterior a la circular Nº 3.195, distinguía claramente entre el "depósito de garantía", en que el tomador enteraba en forma efectiva el importe de la boleta en las arcas del banco emisor, y la "boleta de garantía", en que el tomador obtenía un crédito en el mismo banco emisor, documentado generalmente mediante un pagaré, con el cual se entendía que enteraba el depósito necesario para la emisión de la boleta.¹⁹ Como es natural, la distinción sirvió para fundar la teoría del depósito irregular: se afirmaba que el tomador obtenía un crédito del banco emisor y luego depositaba el dinero recibido en las arcas del mismo banco para obtener la emisión de la boleta de garantía. La distinción se fundaba en los mismo términos del art. 69 Nº 13 de la L.G.B., que alude a "depósitos o boletas de garantía".

La modificación introducida por la circular Nº 3.195 constituye un avance, pues el "depósito de garantía" y la "boleta de garantía" dejan de ser percibidas como instituciones distintas, para afirmarse que no son sino "dos maneras" de obtener que el banco emita una boleta bancaria, que "en ambos casos el banco emite un documento llamado "boleta de garantía".²⁰

21. Creemos que la circular Nº 3.195 pudo haber ido más allá y reconocer derechamente que estas modalidades no inciden en la calificación de la boleta, sino en las garantías que preconstituye el banco emisor para recuperar el importe de la boleta, para el caso que sea obligado a pagarla.

¹⁹ En el Nº 1.1 del Capítulo 8-11 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en su tenor anterior a la modificación introducida por la circular Nº 3.195, se leía: "Cuando el depósito se constituye en forma efectiva por el tomador, se le llama propiamente "depósito de garantía", y cuando el tomador obtiene un crédito en el mismo banco emisor, que se documenta generalmente mediante un pagaré, se le denomina "boleta de garantía", sin que esta distinción produzca efectos prácticos para el beneficiario". Más adelante se agregaba que "El tomador... obtiene la emisión de la boleta mediante un depósito en dinero efectivo o un préstamo que la institución bancaria le otorga para tal fin".

²⁰ La circular Nº 3.195 dispuso que "Existen dos maneras de obtener que un banco emita una boleta de garantía para caucionar una obligación de una persona a favor de otra. La primera es que se obtenga la emisión de una boleta con la constitución de un depósito de dinero en el banco por parte del tomador. La otra es que el banco la emita con cargo a un crédito otorgado al tomador, quien suscribe un pagaré u otro título de crédito a favor del banco". "Aun cuando en el primer caso se llamaría propiamente depósito de garantía, en realidad, en ambos casos el banco emite un documento llamado "boleta de garantía", en el que se compromete incondicionalmente a su pago a solo requerimiento del beneficiario. La existencia de un depósito o de un crédito sólo mira a las relaciones entre el banco y el tomador y no interesa al beneficiario, por cuanto la obligación de pagar la boleta será siempre incondicional para el banco."

Tal como sostuviéramos en nuestro trabajo sobre la materia,²¹ las modalidades de boleta "contra efectivo" o "contra crédito" sólo interesan para precisar los efectos entre el tomador y el banco emisor y, más precisamente, la forma en que el banco emisor recupera los fondos pagados al beneficiario en el caso que la boleta sea cobrada. El Nº 1.1 del capítulo 8-11 dispone expresamente que esta distinción "no produce efectos prácticos para el beneficiario".

Antes de emitir la boleta, el banco puede exigir al tomador garantías que aseguren el cumplimiento de la obligación de restitución para el caso en que la boleta se haga efectiva. La obligación garantizada es, en la especie, la del tomador de restituir al banco lo que deba pagar al beneficiario en caso que este último presente la boleta a cobro. Así, es frecuente que el banco exija, además de la suscripción de un pagaré por el importe de la boleta, un garante que avale dicho pagaré, e incluso la constitución de garantías hipotecarias o prendarias. La garantía más perfecta será la entrega de una cantidad de dinero equivalente al importe de la boleta, cantidad que quedará en poder del banco para el caso en que ésta se haga efectiva. Creemos que esta entrega de dinero no puede ser calificada de "depósito", sino como una garantía fiduciaria, es decir, como la transferencia fiduciaria de la propiedad del dinero que efectúa el tomador al banco a título de garantía.²² Evidentemente, si la boleta es cobrada, el banco se pagará con la garantía en dinero, debiendo procederse a ajustar los eventuales saldos, lo que no es más que la forma natural de realización de las garantías fiduciarias.

22. e) **Dado que se trata de una garantía, la boleta bancaria no puede cederse conforme a las normas de derecho común que rigen la cesión de créditos nominativos (arts. 1901 y s. C.C. y arts. 162 y s. C.CO.).**

El capítulo 8-11, en su tenor anterior a la modificación introducida por la circular Nº 3.195, disponía que "Por otra parte, como la Ley 18.092 sobre letras de cambio y pagaré, en su artículo 18, permite el endoso aun cuando el documento no esté a la orden, conviene agregar en las boletas de garantía el término "no endosable", que el mismo artículo establece para que sea aplicable la transferencia conforme a los preceptos que rigen los créditos nominativos, permitiendo sin embargo el endoso en comisión de cobranza, todo lo cual se aviene con la naturaleza jurídica de este especial documento".

²¹ Ob. cit., Nº 156, pág. 124.

²² Para mayor detalle puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., Nº 75 y s., págs. 69 y s.

La frase en cursiva, que fue suprimida por la circular N° 3.195, razonaba sin lugar a dudas bajo los postulados de la teoría tradicional. Así, si bien el documento "boletera de garantía" no podía circular por endoso translativo de dominio, puesto que en él se incorporaba la mención "no endosable", no era menos cierto que el tomador había efectuado un "depósito irregular" en las arcas del banco, y el crédito que adquiría el tomador contra el banco por el mismo "depósito" podía circular conforme a las normas del derecho común que rigen la cesión de créditos (arts. 1901 y s. C.C. y arts. 162 y s. C.CO.). En otras palabras, si bien el tomador no podía endosar la boletera bancaria, nada le impedía ceder a un tercero el crédito de que disponía contra el banco por el dinero "depositado".

Se trata de uno de los tantos inconvenientes a que conducía la teoría tradicional, al entender que existía un verdadero depósito irregular.²³ Ya dijimos que, a nuestro juicio, en la boletera de garantía no existe tal depósito. Tratándose de las conocidas como "boletas contra crédito", no existe tal depósito, toda vez que no se vislumbra la entrega, elemento esencial de ese contrato real. En las "boletas contra efectivo", en cambio, el dinero entregado por el tomador al banco emisor no es sino una garantía fiduciaria para asegurar la obligación de restitución del mismo tomador para con el banco para el caso que el beneficiario cobre la boletera.

La supresión de la frase referida manifiesta claramente que las normas de la cesión de créditos nominativos no son aplicables y constituye un argumento más para desechar la teoría tradicional en pro de la que la califica como una garantía autónoma.²⁴

II. LA EXTENSION DEL AMBITO DE APLICACION DE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTIA

23. La circular N° 3.195 extendió notablemente el ámbito de aplicación de la garantía, no sólo en cuanto a los sujetos que pueden requerir al banco la constitución de la garantía (1), sino también en cuanto a las obligaciones que pueden ser garantizadas (2).

1. La extensión en cuanto a los sujetos que pueden requerir al banco el otorgamiento de la garantía.

24. La circular N° 3.195 dejó claramente establecido que el tomador de la boletera puede requerir su emisión sea para garantizar obligaciones propias o de un tercero. En efecto, la citada circular modificó el N° 1.1 del capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas, disponiendo que la boletera bancaria de garantía puede tener por objeto "garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída por el tomador o un tercero a favor del beneficiario". Más adelante, al describir las partes que intervienen en la operación, agregó: "el tomador de la boletera de garantía, que puede ser depositante o deudor del importe de la misma y que no necesariamente será el que contrae la obligación que cauciona la boletera".

Nótese que la redacción anterior a la modificación permitía cuestionar la validez de la boletera emitida para asegurar el cumplimiento de la obligación de un tercero, ya que el capítulo 8-11 disponía que el tomador requería la boletera "en garantía del buen cumplimiento de una obligación asumida por aquél ante ese beneficiario". Además, al describir al tomador, preceptuaba que "el tomador de la boletera de garantía es aquella persona que necesita garantizar el cumplimiento de una obligación principal".

2. La extensión en cuanto a las obligaciones cuyo cumplimiento puede asegurarse mediante la emisión de una boletera bancaria de garantía.

25. La circular N° 3.195 extendió también el ámbito de aplicación de la boletera bancaria de garantía en cuanto a las obligaciones cuyo cumplimiento puede asegurarse mediante esta caución. El segundo numeral del capítulo 8-11 dispone hoy día que "Las empresas bancarias pueden emitir boletas de garantía para garantizar el cumplimiento de obligaciones de dar, hacer o no hacer, sea para cumplir su objeto o la indemnización de perjuicios por el incumplimiento, con exclusión de las obligaciones de crédito de dinero defi-

²³ Otra de las grandes dificultades de la idea del depósito era la posibilidad de que el dinero "depositado" por el tomador en las arcas del banco pudiera ser embargado por un acreedor del mismo tomador, lo que generó la consagración expresa de la inembargabilidad que prevé el art. 69 N° 13 de la L.C.B. Para mayor detalle puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N° 8 y 9, págs. 20 y 21, 96 y s., págs. 84 y s.

²⁴ Para mayor detalle acerca de la validez de la transferencia o transmisión de la garantía, tanto de la boletera bancaria como de garantías autónomas que no sean boletas bancarias de garantía, puede consultarse nuestro trabajo sobre el tema, ob. cit., N° 166 y s., págs. 130 y s.

nidas en el artículo 1º de la Ley 18.010. Dentro de este concepto se comprenden las que tengan por objeto garantizar la devolución de los anticipos recibidos a cuenta del pago de una obligación de hacer”.

26. Las modificaciones introducidas por la circular N.º 3.195 al texto anterior²⁵ inciden en los siguientes aspectos:

27. a) La boleta, que antes sólo podía garantizar el cumplimiento de obligaciones de hacer, puede hoy día asegurar obligaciones de dar, hacer o no hacer, con la sola exclusión de las operaciones de crédito de dinero definidas en el artículo 1º de la Ley 18.010.

Con anterioridad a la circular N.º 3.195, “las empresas bancarias sólo podían emitir boletas de garantía para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de hacer, esto es, para caucionar obligaciones que no sean de crédito de dinero”. No obstante, se permitía emitir boletas que garantizaran la devolución de anticipos (que sin lugar a dudas es una obligación de dar) siempre que éstos hubieren sido recibidos a cuenta del pago de una obligación de hacer.

Hoy día se permite a los bancos emitir boletas de garantía para garantizar el cumplimiento de obligaciones de dar, hacer o no hacer, con la sola exclusión de las obligaciones (debiera decir operaciones) de crédito de dinero definidas en el artículo 1º de la Ley 18.010. Se mantiene la posibilidad de emitir boletas que garanticen la devolución de anticipos recibidos a cuenta del pago de una obligación de hacer.

La modificación es sustancial. Mientras antes de la circular N.º 3.195 las obligaciones que podían ser garantizadas mediante la boleta bancaria

²⁵ El N.º 2 del capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en su tenor anterior a la modificación introducida por la circular N.º 3.195, disponía: “Las empresas bancarias sólo pueden emitir boletas de garantía para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de hacer, esto es, para caucionar obligaciones que no sean objeto de crédito de dinero. Dentro de este concepto se comprenden también las que tengan por objeto garantizar la devolución de los anticipos recibidos a cuenta del pago de una obligación de hacer. Las que se requieran a favor de organismos del sector público, se sujetarán a lo señalado en el N.º 3 de este capítulo”.

²⁶ Asimismo, se encuentran comprendidas dentro de los fines para los cuales pueden emitirse, las boletas de garantía que se otorguen para caucionar el fiel desempeño del cargo de director de una sociedad anónima, cuando los estatutos de la sociedad así lo contemplen, y para garantizar el correcto y cabal cumplimiento de las obligaciones de los Corredores de Bolsa y Agentes de Valo- res, en virtud de las disposiciones legales expresamente contenidas en la Ley 18.045 de 1981”. Por su parte, el N.º 3 del mismo capítulo, referido a las “Boletas de garantía a favor de instituciones, empresas u organismos del sector público”, disponía que “Los bancos podrán emitir boletas de garantía a favor de instituciones, empresas u organismos del sector público para garantizar obligaciones que representen la entrega diferida de una suma de dinero, cuando la exigencia de otorgar tales boletas emane de la institución a cuyo favor se extiendan los referidos documentos”.

eran más bien excepcionales, hoy día se constituyen en la regla general. En rigor, hoy día toda obligación puede ser garantizada mediante una boleta bancaria, salvo las operaciones de crédito de dinero definidas en el artículo 1º de la Ley 18.010. Nótese que las únicas exceptuadas son las operaciones de crédito de dinero, de modo que las obligaciones de dinero que no son operaciones de crédito de dinero,²⁶ tales como el saldo de precio de una compraventa,²⁷ la obligación de pagar la renta de arrendamiento, etc., pueden ser objeto de esta caución. Más adelante veremos que excepcionalmente se admite que ciertas operaciones de crédito de dinero puedan ser garantizadas mediante una variante de la boleta bancaria: la carta de garantía interbancaria.²⁸

28. b) La boleta no sólo puede asegurar el cumplimiento en naturaleza de las obligaciones antes referidas, sino también el cumplimiento por equivalencia o indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento de las mismas.

La circular N.º 3.195 permitió expresamente que la boleta pueda asegurar no sólo el cumplimiento en naturaleza de las obligaciones referidas en el numeral precedente, sino también “la indemnización de perjuicios por el incumplimiento”.

Hay que tener presente que una cosa es que la boleta pueda garantizar “la indemnización de perjuicios por el incumplimiento” y otra distinta es la forma en que se determinarán esos perjuicios. En rigor, si se estipula en la boleta que ésta asegura el pago de los perjuicios, pero las partes no previeron la forma en que se evaluarán los perjuicios, no quedará más remedio que recurrir al juez para su determinación.

El punto se relaciona con otro que analizamos detenidamente en nuestro trabajo sobre la materia,²⁹ a saber, las diferencias que normalmente se producirán entre el monto de la boleta bancaria de garantía y el de los perjuicios efectivos que haya sufrido el beneficiario, ya sea porque el monto de la boleta excede el de los perjuicios, ya sea porque es inferior a éstos. En ese texto expusimos que, a nuestro juicio, el otorga-

²⁶ Para la distinción entre obligación de dinero y operación de crédito de dinero puede consultarse ABELUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 1993, N.º 359, págs. 299; RAMÍOS PAZOS, René, *De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., 1999, N.º 52, págs. 63.

²⁷ El art. 26 de la Ley 18.010, sobre operaciones de crédito de dinero, hace aplicables las reglas de los arts. 2º, 8º y 10 de la misma ley a las obligaciones de dinero constituidas por saldos de precio de compraventa de bienes muebles o inmuebles. En consecuencia, para los demás efectos legales, la obligación de pagar el saldo de precio de una compraventa es una obligación de dinero y, por lo mismo, su pago puede ser caucionado mediante una boleta bancaria de garantía.

²⁸ Cf. infra N.º 35.

²⁹ Ob. cit., N.º 231 v. s., págs. 171 v. s.

miento de una boleta bancaria de garantía no importa per se la estipulación de una cláusula penal, de modo que, a falta de ésta, si el monto de la boleta excede al de los perjuicios efectivos, el beneficiario debe restituir la diferencia al tomador. Asimismo, en el caso inverso, el beneficiario tiene derecho a demandar al tomador el pago de los perjuicios no cubiertos por la boleta. Por lo mismo, subrayamos la conveniencia para el acreedor de estipular una pena cuyo monto fuera igual o superior al de la boleta. Así, producido el incumplimiento, al beneficiario le basta cobrar la boleta y luego compensar el monto de ésta con el de la cláusula penal, haciendo definitivamente suyos los fondos.

29. c) Finalmente, la circular N° 3.195 unificó el tratamiento de las boletas de garantía emitidas en favor de privados y aquellas en favor de instituciones, empresas u organismos del sector público.

La circular N° 3.195 suprimió el N° 3 del capítulo 8-11, que regulaba las "boletas de garantía a favor de instituciones, empresas u organismos del sector público", unificando el tratamiento con aquellas que se emiten en favor de agentes del sector privado, reguladas en el N° 2 del mismo capítulo 8-11. Por lo mismo, incorporó la mención de que "se encuentran comprendidas dentro de los fines para los cuales pueden emitirse, las boletas de garantía que se otorguen para caucionar el pago de impuestos, derechos de aduana u otras cargas pecuniarias a favor de entidades del sector público o privado".

III. LA CARTA DE GARANTÍA INTERBANCARIA: UNA VARIANTE DE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA

30. La circular N° 3.199, de 21 de octubre de 2002, modificó la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, incorporando el capítulo 8-12 sobre "Cartas de garantía interbancarias. Movilidad de garantías".³⁰

La misma circular define la carta de garantía interbancaria como una variante de la boleta bancaria de garantía, por lo que la relación entre ambas instituciones es evidente. En efecto, en la circular N° 3.199 se lee que "La carta de garantía interbancaria es un documento que, como una variante de la boleta bancaria de garantía, se reconoce como

un instrumento válido para caucionar obligaciones que un deudor tenga en una institución financiera distinta de aquella que la otorga". Por lo mismo, todas las propiedades y características de la boleta y, en especial, el principio de inoponibilidad de excepciones, son aplicables a la carta de garantía interbancaria. La obligación perentoria de pagar la carta de garantía "de inmediato y sin más trámite", contenida en el N° 2 letra b) de la circular, reafirma que se trata de una garantía a primer requerimiento.

31. La aplicación de la carta de garantía interbancaria está limitada a las dos finalidades específicas que la misma circular N° 3.199 establece y que, dado que se trata de una institución desconocida hasta ahora, nos atrevemos a transcribir :

"a) Servir de garantía del cumplimiento de una obligación asumida por un cliente en otra institución financiera. Para este efecto, el banco emisor deberá contar con la provisión de fondos correspondiente o bien otorgar un crédito que le permita cumplir con la garantía otorgada. La aplicación más frecuente en estos casos, será aquella que ha motivado el uso de la carta de resguardo a que se refiere el capítulo 9-5 de esta recopilación, esto es, la asunción por parte de un banco de la obligación de pagar una suma de dinero a otra institución financiera, cuando éste se ha allanado a alzar una hipoteca o una prohibición que garantice cualquier obligación de que sea titular. En este caso el banco pagador, emisor de la carta de garantía, se compromete a pagar cuando se haya inscrito una hipoteca o prohibición a su favor. El otorgamiento de esta carta de garantía no irroga la obligación del banco de contabilizarla como un crédito al cliente. Una vez emitida, compromete pura y simplemente al emisor frente a la institución beneficiaria, independientemente de las relaciones que aquel tenga con el solicitante".

"b) Garantizar a otro banco la obligación de un cliente que le ha otorgado garantías reales. Ej.: Un cliente del Banco A ha constituido hipoteca a su favor sobre una propiedad que está tasada en \$ 100.000.000 y le ha otorgado una línea de crédito de \$ 25.000.000. El cliente quiere obtener otro crédito en el Banco B, pero no dispone de otra garantía.

Le pide entonces al Banco A que le otorgue una carta de garantía interbancaria por \$ 20.000.000 a favor del Banco B, amparada en la hipoteca que tiene constituida en el primero de ellos.

Este sistema de carta de garantía interbancaria no es diferente de aquel de la boleta bancaria de garantía, pero existirá una condición o plazo, que

³⁰ Como se dijo, el tenor de la circular puede consultarse en la página web de la Superintendencia: www.sbf.cl.

hará exigible el documento. Al cumplirse dicho plazo o condición, el banco emisor deberá pagar la obligación asumida, de inmediato y sin más trámite".

32. Tal como se señala en la letra a) precedente, la aplicación más frecuente del supuesto previsto en esa letra será el que hasta ahora ha motivado el uso de la carta de resguardo, regulada en el capítulo 9.5 de la Recopilación de Normas. Mediante este instrumento se rompía el círculo vicioso que se daba cuando en una operación debía comparecer un banco alzando los gravámenes constituidos en su favor (Banco A) para que se constituyeran nuevos gravámenes en favor de otra institución bancaria (Banco B). Es el caso en que un sujeto desea obtener el alzamiento de la hipoteca constituida en favor del Banco A para constituir una nueva en favor del Banco B, el cual le prestará el dinero necesario para anticipar el pago al Banco A. Normalmente, el Banco A exigía que, antes de otorgar el alzamiento de los gravámenes constituidos en su favor, se le pagara el crédito. Por su parte, el Banco B se oponía a liberar los fondos que servirían precisamente para pagar al Banco A, mientras éste no alzara los gravámenes en su favor. Este círculo vicioso se rompía mediante la utilización de la denominada "carta de resguardo", en virtud de la cual el Banco A concurría desde ya al alzamiento de los gravámenes constituidos en su favor,³¹ contra el compromiso asumido por el Banco B en el documento conocido como carta de resguardo, de que tan pronto se inscribieran en el Conservador respectivo los gravámenes en su favor, procedería a pagar al Banco A el importe de la deuda.

A partir de la circular N° 3.199, el Banco A podrá exigir al Banco B que, antes de proceder al alzamiento, se otorgue en su favor una carta de garantía interbancaria, documento que, sin duda, le da mayor seguridad en el pago, por tratarse de una variante de la boleta bancaria de garantía.

33. La aplicación prevista en la letra b), arriba transcrita, ofrece una solución ingeniosa y hasta ahora inexistente a un problema de ordinaria ocurrencia. En efecto, siguiendo la misma hipótesis que formula la circular N° 3.199, es frecuente que un cliente tenga constituida una hipoteca con cláusula de garantía general en favor de un Banco A y necesite un nuevo crédito, sin que disponga de otra garantía. Hasta ahora el cliente debía escoger entre una de las siguientes alternativas: sea se resignaba a obtener el nuevo préstamo en el mismo Banco A, en las condiciones que dicho banco se dignara ofrecerle, o bien debía obtener el al-

zamiento de la hipoteca del Banco A y constituir una nueva y única hipoteca en favor del Banco B, que le facilitaba los fondos para prepagar al Banco A más los adicionales que requería.³²

En la decisión del cliente pesan fuertemente los elevados costos que trae aparejado el alzamiento y constitución de nuevos gravámenes (honorarios profesionales por estudio de títulos y redacción de las escrituras, derechos notariales y registrales, duplicidad del impuesto al mutuo) y el tiempo necesario para materializarlos, los que en la práctica muchas veces hacen ilusoria la elección.

Nótese que, en el caso propuesto, el Banco B no puede aceptar como garantía una segunda hipoteca en su favor, ya que, si la primera hipoteca en favor del Banco A había sido otorgada con cláusula de garantía general, se expondría a que, con posterioridad a la constitución de la segunda hipoteca, el Banco A concediera nuevos créditos al mismo cliente, los que se pagarían preferentemente a los del Banco B.

La carta de garantía interbancaria surge entonces como un mecanismo eficaz para que el cliente pueda obtener el nuevo crédito en el Banco B, sin necesidad de recurrir al alzamiento y constitución de nuevos gravámenes. El cliente deberá comparar los costos que trae aparejada la carta de garantía interbancaria con los del alzamiento y constitución de nuevas hipotecas.

34. A través de la modalidad de aplicación antes descrita se obtiene la "movilización" de una garantía real, como es la hipoteca, que sirve de base para el otorgamiento de una garantía personal, como es la carta de garantía interbancaria. La expresión "movilidad de garantías", utilizada en el mismo título del capítulo 8-12, es gráfica en tal sentido. La carta de garantía interbancaria, al igual que la boleta bancaria de garantía, son garantías personales, toda vez que mediante ellas el banco emisor asegura con todo su patrimonio el pago de las mismas al beneficiario.³³

35. Merece destacarse que la carta de garantía interbancaria permite asegurar el cumplimiento de operaciones de crédito de dinero, lo que está vedado a la boleta bancaria de garantía. Esta observación explica

³¹ El banco A, al otorgar el alzamiento, suele tomar un resguardo adicional, consistente en condicionar su alzamiento a que efectivamente se inscriban en el Conservador de Bienes Raíces competente los gravámenes en favor del Banco B.

³² En el último tiempo la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ha manifestado especial preocupación por asegurar a los deudores del sistema financiero el acceso a las sucesivas reducciones de tasas que se han producido en el mercado. Así, además de la publicación periódica de las tasas de interés, dictó la circular N° 3.205, de 28/11/2002, que regula la "extinción anticipada de créditos hipotecarios mediante la contratación de un nuevo préstamo. Oportunidad de la información que debe entregarse a los interesados".

³³ Para mayor detalle puede consultarse nuestro trabajo, ob. cit., N° 158 y s., págs. 126 y s.

³⁴ Cf. supra nota al pie N° 9.

quizá la modificación introducida por la circular N° 3.195 al N° 4 del capítulo 8-11, que permite a los bancos emitir boletas de garantía en favor de otra entidad bancaria o de una sociedad financiera. Puede conjeturarse³⁴ que la circular N° 3.195 suprimió la frase "en el bien entendido de que tales boletas no se emiten para caucionar créditos concedidos a terceros", dado que la Superintendencia tenía conciencia de que en los días posteriores dictaría la circular relativa a las cartas de garantía interbancaria, en que la finalidad de esa variante de la boleta es precisamente "caucionar créditos concedidos a terceros".

36. Antes de concluir, no nos queda sino reiterar que las modificaciones introducidas por las circulares N°s 3.195 y 3.199 a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras deben valorarse, pues, como se dijo, perfeccionan la regulación jurídica de la boleta bancaria de garantía al darle su correcta calificación, la de una garantía autónoma. Debe valorarse también la extensión del ámbito de aplicación de la boleta, ya que satisface uno de los presupuestos necesarios para el desarrollo y expansión del crédito, a saber, la existencia de un adecuado régimen de garantías. Esperamos que los planteamientos vertidos en este texto, preparado transcurridos apenas dos meses desde la dictación de las circulares referidas, sean confirmados por la aplicación que de las mismas efectúen los operadores y por los fallos que dicten los tribunales de justicia.

Empresas individuales de responsabilidad limitada

Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003

Sergio Fernández Fernández

Senador

Origen e historia del proyecto

Son pocas las oportunidades en que una moción parlamentaria —dada la preeminencia legislativa del Poder Ejecutivo— llega a ser consagrada como ley de la República: tanto por la amplia gama de materias que la Constitución reserva a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República como por la dinámica de las urgencias legislativas, también controladas por el primer mandatario, las posibilidades de que un proyecto de ley de un parlamento se convierta en norma de aplicación general son bastante restringidas. Encontrar materias de interés relevante y de alto impacto social que, además, tengan viabilidad legislativa, suele ser un desafío complejo para los parlamentarios en su función como legisladores.

Por eso, es para mí una gran satisfacción el que este proyecto sobre Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L.), que consagra una nueva institución en el ordenamiento comercial chileno, sea hoy realidad y, más aún, una realidad evidentemente exitosa: ya en el segundo mes posterior a la vigencia de la Ley N° 19.857, el Diario Oficial registraba un promedio de casi cuatro de estas empresas creadas diariamente. Esa cifra y la opinión común entre abogados, pequeños y medianos empresarios dan testimonio de que esta nueva figura legal, en muy corto tiempo, se ha convertido en una herramienta de creciente presencia en el medio comercial chileno.

Este proyecto tuvo su origen en una inquietud nacida en mis años de cátedra universitaria y ejercicio de la profesión de abogado. En esas actividades se me hizo evidente que Chile requería imprescindiblemente crear un estatuto jurídico especial para el empresario individual: la imposibilidad de separar su patrimonio personal de aquel que él destina a la gestión de sus negocios era una traba para la generación de nuevas actividades economi-

³⁴ Cf. supra nota al pie N° 9.