

# **La ley de venta en verde: las modificaciones introducidas por las leyes 19.932 y 20.007 a la promesa de compraventa de inmuebles que no cuentan con recepción definitiva y a la compraventa de inmuebles hipotecados\*\*\***

**Bruno Caprile Biermann**

Magíster (D.E.A.) en Derecho Privado General

UNIVERSIDAD DE PARÍS II, FRANCIA

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## **Introducción**

1. El objetivo que nos hemos propuesto con esta ponencia es analizar las modificaciones introducidas por las leyes N° 19.932, de 03.02.2004, y N° 20.007, de 11.04.2005, al contrato de promesa de compraventa de inmuebles que no cuentan con recepción definitiva, normativa que contiene también reglas aplicables al contrato de compraventa de inmuebles hipotecados.

2. La doctrina civilista ha desatendido el análisis de esta normativa, probablemente por la sencilla razón de que se introdujo en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y en su Ordenanza, en lugar de haberse incorporado en el artículo 1554 del Código Civil, como se proponía en el proyecto primitivo. **Durante la tramitación del proyecto se invocó que las reglas que se proponían se aplicarían exclusivamente a las promesas de compraventa de**

\* Este trabajo corresponde a la ponencia presentada por el autor en las VI Jornadas Chilenas de Derecho Civil, que tuvieron lugar en Olmué, el 7 al 9 de agosto de 2008.

\*\* Las citas de artículos sin referencia específica se entienden al Código Civil chileno.

Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

Abreviaturas:

LGUC: Ley General de Urbanismo y Construcciones

OGUC: Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

**inmuebles que no contaran con recepción definitiva, lo que, a juicio de los legisladores, justificó incorporarlas en la LGUC en lugar del Código Civil.**<sup>1</sup> Disentimos de esa decisión; creemos que hubiera bastado una redacción cuidadosa para dejar claramente establecido que en el artículo 1554 se contiene la reglamentación general del contrato de promesa y, en un artículo siguiente (¿1554 bis?) se regulaban los requisitos especiales de la promesa de compraventa de inmuebles destinados a vivienda, locales u oficinas que no contaran con recepción definitiva. La ubicación en el Código Civil, junto a las reglas del contrato que regula, hubiera contribuido a la divulgación de la nueva normativa, en lugar de pasar en cierta forma desapercibida entre las demás obligaciones del urbanizador, reguladas en el párrafo 4° del Capítulo II de la LGUC, artículos 134 y siguientes.<sup>2</sup> La situación se agravó con la aprobación de

<sup>1</sup> El proyecto que culminó en la Ley N° 19.932 se originó en una moción de los diputados Sres. Juan Bustos Ramírez, Patricio Hales Dib y Sergio Elgueta Barrientos, ingresada en la Cámara de Diputados el 18.04.2001, boletín N° 2694-07. Dicho proyecto proponía introducir la nueva normativa agregando un numeral 5° al artículo 1554 del Código Civil. Durante la tramitación, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados invitó al señor Pablo Ruiz-Tagle Vial, abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, quien “sostuvo que desde que la iniciativa, de acuerdo a su versión actualizada, buscaba proteger al promitente comprador en los contratos de promesa de venta en verde de oficinas y viviendas, le parecía positivo, pero lo estimaba contradictorio con las disposiciones actuales del artículo 1554, las que establecen una serie de requisitos copulativos cuya concurrencia determina la validez de todo contrato de promesa. En cambio, la nueva versión proponía dos incisos, redactados en forma imperativa, referidos a un tipo particular de contratos de promesa. Por todo lo anterior y en razón de que el proyecto contempla una norma de carácter especial, le parecía más apropiado enmarcarla dentro del ámbito de la Ley General de Urbanismo y Construcciones por cuanto su contenido excepcional no justificaba modificar todos los contratos de promesa, ya que abarca sólo un tipo muy determinado de ellos”.

Con posterioridad, el diputado Bustos, uno de los autores de la moción, presentó una indicación sustitutiva, la que contó, además, con el copatrocinio de los diputados señora Soto y señor Ceroni, en la que, luego de analizar la posibilidad de substituir el artículo 1° del proyecto para agregar la modificación que contiene no como un número más del artículo 1554 del Código Civil, sino como incisos finales del mismo artículo, a fin de limitar sus alcances solamente al contrato de promesa de compraventa de inmuebles, optó por introducir la modificación, con las debidas adecuaciones, a la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

A partir del Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 30 de abril de 2003, quedó asentado que la normativa se introduciría en la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

<sup>2</sup> En nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, no existe un cuerpo normativo especial que reúna la reglamentación de los contratos que celebre el promotor inmobiliario con sus clientes. Así, en Francia, además del Código del Urbanismo, se ha dictado el Código de la Construcción y de la Habitación, que regula, entre otras materias, la organización jurídica que pueden adoptar los constructores; la promoción inmobiliaria y las reglas especiales para los contratos de venta de inmuebles a construir con finalidad habitacional; el contrato de construcción de una casa individual, sea que se proporcione o no el plano; la venta de inmuebles a construir o remodelar; etc. En ese contexto, es lógico que se incluya en ese cuerpo normativo la regulación de los contratos que pueda celebrar el agente inmobiliario con sus clientes. La realidad es muy distinta en Chile, donde tradicionalmente la regulación de los contratos, incluidos los del sector inmobiliario, se rige por las reglas generales que contempla el Código Civil. La LGUC no consagra requisitos para tales contratos, sino que se limita a consignar prohibiciones de celebrarlos en determinadas situaciones, como, por ejemplo, si no se ha recibido el loteo y ejecutado las obras de urbanización. Una lectura rápida de las reglas del Párrafo 4° del Capítulo II de la LGUC, cuyo epígrafe es “*De las obligaciones del Urbanizador*”, basta para comprobar la veracidad de nuestra aseveración y constatar que el artículo 138 bis se aviene mal con esas reglas.

la Ley N° 20.007, que introdujo, nuevamente en la LGUC, reglas aplicables a la compraventa de inmuebles hipotecados, sea que cuenten o no con recepción definitiva. Pese a su ubicación, nos parece evidente que se trata de materias propias del derecho civil y que la doctrina del ramo no puede hoy día abordar el análisis del contrato de promesa de compraventa desatendiendo esas reglas. De hecho, no cabe duda de que la mayoría de las promesas de compraventa que se celebran en nuestro país dicen relación con inmuebles que no cuentan con recepción definitiva y, por lo mismo, la normativa que analizaremos les resulta aplicable. Silenciarlas es soslayar la realidad.

**3. Entrando en materia, es sabido que en cualquier desarrollo inmobiliario es frecuente que la empresa inmobiliaria o constructora y su cliente celebren un contrato de promesa de compraventa. Esta presenta ventajas para ambos:** el cliente normalmente obtiene un descuento sobre el precio de venta; tiene mayores opciones para escoger el inmueble que desea (piso, superficie, orientación, distribución, etc.) y capta la plusvalía durante el desarrollo del proyecto. Por su parte, la inmobiliaria o constructora que vende en verde reduce el riesgo de venta, al asegurar durante la construcción a futuros adquirentes y reduce el costo financiero del proyecto por los anticipos que recibe del cliente.

**La dificultad surgía en los casos en que el cliente anticipaba parte o la totalidad del precio al agente inmobiliario y éste caía en quiebra o insolvencia o sencillamente no concluía el proyecto.**<sup>3</sup> En la mayoría de esas hipótesis, el cliente derechamente perdía el anticipo. **Los autores del proyecto que culminó con la aprobación de la Ley N° 19.932 tuvieron la idea de que tales anticipos de dinero fueran garantizados** mediante los instrumentos que se dirán más adelante (por ahora avancemos que serán principalmente una boleta bancaria de garantía o una póliza de garantía), a fin de asegurar su restitución en tales eventos.

**4. A título introductorio, conviene efectuar una lectura reflexiva de los incisos primero y segundo del artículo 138 bis de la LGUC:**

“Artículo 138 bis. Las personas naturales o jurídicas que tengan por giro la actividad inmobiliaria o aquellas que construyan o encarguen construir bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas, que no

<sup>3</sup> A título ilustrativo de las dificultades que origina la quiebra de la inmobiliaria al promitente comprador: Corte Suprema, 04.10.2004, rol 4337-2004. En la especie, la inmobiliaria percibió la totalidad del precio al momento de la celebración del contrato de promesa, cayó con posterioridad en quiebra y el síndico instó por el remate del inmueble prometido vender, que continuaba en el patrimonio del fallido y que era detentado por el promitente comprador. En el fallo se hizo alusión a que los hechos eran anteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.932.

cuenten con recepción definitiva, y que celebren contratos de promesa de compraventa en los cuales el promitente comprador entregue todo o parte del precio del bien raíz, deberán otorgarlos mediante instrumentos privados autorizados ante notario y caucionarlos mediante póliza de seguro o boleta bancaria, aceptada por el promitente comprador. Esta garantía, debidamente identificada, se incorporará al contrato a favor del promitente comprador, en un valor igual a la parte del precio del bien raíz entregado por éste y establecido en el contrato de promesa respectivo, para el evento de que éste no se cumpla dentro del plazo o al cumplimiento de la condición establecidos por el promitente vendedor. La garantía permanecerá vigente mientras el inmueble se encuentre sujeto a cualquier gravamen o prohibición emanado directamente de obligaciones pendientes e imputables al promitente vendedor y hasta la inscripción del dominio en el registro de propiedad del respectivo conservador de bienes raíces, a favor del promitente comprador.

Los notarios públicos no autorizarán los contratos de promesa de compraventa a que se refiere el inciso anterior si no se ha constituido la garantía a favor del promitente comprador”.

**5. Durante el análisis de la normativa será necesario tener en cuenta la evolución de las reglas,** para lo cual es imprescindible explicar, desde ya, que se introdujeron mediante la **Ley N° 19.932**, que fue publicada en el Diario Oficial de 03.02.2004 y entró en vigor *in actum*, que introdujo el artículo 138 bis de la LGUC. La aplicación inmediata de esa ley suscitó múltiples dificultades en el mercado inmobiliario, que fueron resueltas en parte mediante el **Decreto Supremo N° 61**, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 28 de abril de 2004, que incorporó el artículo 3.4.7 en la OGUC. Finalmente, la **Ley N° 20.007**, publicada en el Diario Oficial de 11.04.2005, modificó el artículo 138 bis de la LGUC procurando paliar los graves defectos que no habían podido ser superados por la norma reglamentaria. Tal como se verá durante el análisis, esa evolución denota imperfecciones legislativas de forma y de fondo: el camino se ha hecho al andar, en base al ensayo y error. La discusión sigue abierta y no sería extraño que surgieran nuevas modificaciones legislativas, ya que actualmente existen varios proyectos en trámite en el Congreso Nacional, aun cuando su estado de avance es incipiente.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> En el Cámara de Diputados se tramitan los siguientes proyectos:

1°) El que modifica la LGUC, en materia de protección de promitentes compradores, boletín 4763-14, ingresado el 03/01/2007, fecha en que se dio cuenta del mismo y pasó a la Comisión de Vivienda y Urbanismo de dicha Cámara. Desde entonces no se registran avances en su tramitación.

2°) El que modifica la LGUC, en materia de contratos de promesa de compraventa, estableciendo que la entrega de los inmuebles se debe realizar dentro de un plazo, que es ineficaz la cláusula compromisoria y una evaluación legal de perjuicios por retrasos, faltas e incumplimientos, boletín 6002-14,

6. Para el análisis del tema que nos ocupa nos referiremos en un primer momento al ámbito de aplicación de la nueva normativa (I) y luego a sus efectos (II).

## I. Ámbito de aplicación

7. Para dilucidar el ámbito de aplicación de las reglas es necesario distinguir según los sujetos que celebran la convención (A), el objeto que se promete vender (B) y la naturaleza jurídica del acto jurídico que se otorgará (C).

### A. En cuanto a los sujetos

8. El artículo 138 bis de la LGUC prescribe que la normativa se aplica a “las personas naturales o jurídicas que tengan por giro la actividad inmobiliaria o aquellas que construyan o encarguen construir bienes raíces”. El D.S. N° 61, de 28.04.2004, precisó que la normativa se aplica a “**las personas naturales o jurídicas cuyo giro habitual sea el negocio inmobiliario o la construcción, en los términos previstos en el artículo 18 de la Ley de la Renta**”. Por su parte, el artículo 18 de la Ley de la Renta, en la parte pertinente, dispone que:

“Artículo 18. En los casos indicados en las letras a), b), c), d), i) y j) del N° 8 del artículo 17, si tales operaciones representan el resultado de negociaciones o actividades realizadas habitualmente por el contribuyente, el mayor valor que se obtenga estará afecto a los impuestos de Primera Categoría y Global Complementario o Adicional, según corresponda.

Cuando el Servicio determine que las operaciones a que se refiere el inciso anterior son habituales, considerando el conjunto de circunstancias previas o concurrentes a la enajenación o cesión de que se trate, corresponderá al contribuyente probar lo contrario.

Se presumirá de derecho que existe habitualidad en los casos de subdivisión de terrenos urbanos o rurales y en la venta de edificios por pisos o departamentos, siempre que la enajenación se produzca dentro de los cuatro años siguientes a la adquisición o construcción, en su caso. Asimismo, en todos los demás casos se presumirá la habitualidad cuando entre la adquisición o construcción del bien raíz y su enajenación transcurra un plazo inferior a un año”.

---

ingresado el 31/07/2008, fecha en que pasó a la Comisión de Vivienda y Desarrollo Urbano de la Cámara. Tampoco registra avances desde entonces.

## B. En cuanto al objeto

9. La normativa se aplica a los “bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas, que no cuenten con recepción definitiva” (art. 138 bis LGUC). Desde luego, los actos que se celebren respecto de sitios, con o sin urbanización, quedan entonces excluidos. Por lo demás, para éstos rige la proscripción de los loteos brujos y la prohibición legal de los artículos 136 y 137 de la LGUC.

10. La Ley N° 19.932 cometió un error inexcusable, puesto que, pese a que pretendía regular exclusivamente las denominadas “ventas en verde”, es decir, las promesas de compraventa de inmuebles que no contaran con recepción definitiva, sus reglas no lo establecieron expresamente, de modo que en definitiva terminó aplicándose también a la promesa de venta de bienes raíces que contaran con recepción definitiva. El Ministerio de Vivienda y Urbanismo procuró corregir esta falencia por la vía reglamentaria, durante la redacción del D.S. N° 61; sin embargo, la Contraloría General de la República objetó, con razón, que tal modificación excedía el ámbito de la potestad reglamentaria. La solución llegó con la Ley N° 20.007, que modificó el inciso primero del artículo 138 bis, especificando que el ámbito de aplicación se circunscribía a los bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas “que no cuenten con recepción definitiva”.

## C. En cuanto al acto jurídico

*1° La extensión a cualquier acto jurídico que implique la entrega de una determinada cantidad de dinero para la adquisición del dominio de una vivienda, local comercial u oficina, que no cuente con recepción definitiva:*

11. Bajo el imperio de la Ley N° 19.932, la normativa se aplicaba exclusivamente al contrato de promesa de compraventa. Por lo mismo, la práctica ideó toda suerte de subterfugios para que el interesado efectuara anticipaciones de dinero al agente inmobiliario o constructora eludiendo el otorgamiento de la garantía. Así, por ejemplo, se recurrió al otorgamiento de cierres de negocio, de ofertas unilaterales de compra y otros actos que, como no podían ser calificados como contratos de promesa de compraventa, no les resultaba entonces aplicable la exigencia de otorgar la garantía. Se razonaba sobre la base de que la exigencia de la garantía era de aplicación restrictiva, circunscrita exclusivamente al acto jurídico para el cual la ley la establecía, es decir, el contrato de promesa de compraventa, de tal suerte que si el acto jurídico no podía ser calificado como tal, escapaba a la exigencia de la garantía. Como decíamos, proliferaron las ofertas unilaterales de compra, en virtud de

las cuales el interesado en adquirir un inmueble proponía la celebración de un contrato de promesa o derechamente de compraventa al agente inmobiliario. Este último se limitaba a recibir la oferta, postergando su manifestación de voluntad en orden a aceptarla o rechazarla para después que obtuviera la recepción definitiva municipal del inmueble. De esa forma, el acto conservaba su carácter unilateral y, por lo mismo, no podía ser calificado como contrato de promesa, que como todo contrato debe ser un acto jurídico bilateral. Al efectuar la oferta unilateral, el interesado dejaba a disposición de la inmobiliaria una cantidad de dinero (el anticipo), al cual se atribuyó el carácter de garantía de seriedad y cumplimiento de la oferta, garantía que podía ser calificada como una transferencia fiduciaria de la propiedad de una suma de dinero a título de garantía.<sup>5</sup>

**12. La Ley N° 20.007, de 11.04.2005, puso atajo a esos excesos, al prescribir que (el subrayado es nuestro):**

**“Las disposiciones anteriores se aplicarán a cualquier acto jurídico que implique la entrega de una determinada cantidad de dinero para la adquisición del dominio de una vivienda, local comercial u oficina, que no cuente con recepción definitiva, excepto a aquellos regidos por la Ley General de Cooperativas o la Ley N° 19.281, sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa, aun cuando no cuenten con recepción definitiva”.**

Con la regla trascrita, la exigencia del otorgamiento de la garantía ya no está circunscrita a los contratos de promesa de compraventa, sino que se extiende a “cualquier acto jurídico”, unilateral o bilateral, cualquiera sea su calificación. La única exigencia es que se entregue una determinada cantidad de dinero para la adquisición del dominio de una vivienda, local comercial u oficina, que no cuente con recepción definitiva.

**13. Lamentablemente, subsisten algunos subterfugios, a los cuales nos referiremos más adelante,<sup>6</sup> y también existen dificultades de aplicación. Así, es común que se otorguen órdenes de reserva y que, en ese momento, se anticipe una cantidad de dinero.** Tras esta práctica no se esconde, necesariamente, la intención de eludir el otorgamiento de la garantía, sino más bien la urgencia de ambas partes de constatar un auténtico interés y de amarrar el negocio. Para ilustrarlo, basta considerar que el interesado puede visitar el

<sup>5</sup> Para un desarrollo de tales garantías, consúltese nuestra monografía CAPRILE BIERMANN, Bruno (2002) N° 75 y s., p. 69 y s.

<sup>6</sup> Cf. *infra* N° 52.

departamento o casa piloto (sic) durante el fin de semana, ocasión en la cual es imposible firmar inmediatamente una promesa de compraventa, no sólo porque las notarías están cerradas, sino además porque la inmobiliaria le exigirá ciertos antecedentes para confirmar la capacidad económica del interesado para concretar el negocio. El cliente suele entregar, al firmar la orden de reserva, una cantidad de dinero, las más de las veces mediante un cheque. Creemos que esos pagos, sea que se efectúen a título de reserva o incluso como gastos operacionales, deben ser garantizados, atendido el claro tenor del inciso final del art. 138 bis, arriba transcrito.<sup>7</sup>

**14. La Ley 20.007 liberó de la exigencia de la garantía a los contratos que regidos por la Ley General de Cooperativas y al *leasing* inmobiliario, regulado este último por la Ley N° 19.281, sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compra.** Se comprende mal la exclusión de las operaciones inmobiliarias regidas por la Ley General de Cooperativas, si se considera que éstas no han estado liberadas de escándalos en que los asociados pierden sus ahorros. Desde luego, las cooperativas no celebran contratos de promesa de compraventa con sus asociados, lo que las liberaba de la exigencia de otorgar garantía bajo el imperio de la Ley 19.932, en su redacción primitiva. Sin embargo, al dictarse la Ley N° 20.007 y extenderse el ámbito de aplicación de la normativa, la exigencia de la garantía les hubiera alcanzado, por lo que el legislador las liberó expresamente. Las presiones se impusieron a la *ratio legis*.

## **2° La extensión a la compraventa de inmuebles hipotecados:**

**15. La Ley N° 20.007 introdujo una regla aplicable a la compraventa de inmuebles hipotecados que normalmente se olvida, a lo que contribuye su ubicación en la LGUC, en lugar del Código Civil, entre las reglas de la compraventa o de la hipoteca.**<sup>8</sup> El artículo 138 bis inciso final prescribe que (el subrayado es nuestro):

<sup>7</sup> No resulta fácil determinar la naturaleza jurídica de las denominadas *órdenes de reserva*. La calificación como contrato de promesa de compraventa conduce casi siempre a su nulidad, pues en ellas no se da cabal cumplimiento a las condiciones esenciales de ésta, establecidas en el artículo 1554 del Código Civil. Se trata, sin lugar a dudas, de un acto preparatorio, lo que conduce también a la clásica discusión de si en el derecho chileno se admiten contratos preparatorios innominados o si éstos deben sujetarse necesariamente a los requisitos de la promesa; nos parece que esta última tesis debe considerarse hoy día superada (Cf. ABELIUK MANASEVICH, René (1983) N° 18, p. 29; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003) N° 2073, p. 840). En un litigio anterior a la reforma de la Ley 19.932, la inmobiliaria que recibió y cobró un cheque de un cliente que luego se arrepintió de concluir el negocio, antes de haber suscrito el contrato de promesa de compraventa, sostuvo que el referido cheque se había entregado en arras, en conformidad al artículo 1803 del Código Civil y, subsidiariamente, que existía una obligación natural que la autorizaba a conservar los fondos. La Corte Suprema rechazó esas alegaciones y ordenó la devolución del importe del cheque. C. Suprema, 21.04.1999, GJ 226, p. 51-55.

<sup>8</sup> Cf. *supra* N° 2.

“En todo caso, las disposiciones contenidas en el presente artículo se aplicarán a las **compraventas de viviendas, locales comerciales u oficinas** cuando al momento de celebrarse dicho contrato el inmueble se encuentre **hipotecado**, en cuyo evento la garantía que se otorgue se mantendrá **vigente mientras no se proceda al alzamiento** de dicha hipoteca, **salvo que el acreedor hipotecario concurra a la escritura de compraventa alzando** la hipoteca y la prohibición de gravar o enajenar si la hubiere”.

16. **El objetivo de la norma, loable por cierto, es evidente:** precaver el riesgo de que el comprador, al momento de la suscripción del contrato de compraventa, pague la totalidad o parte del precio al agente inmobiliario y que éste no traspase los fondos al acreedor hipotecario para obtener el alzamiento de la hipoteca. El riesgo de que el comprador haya desembolsado el precio y no obstante no pueda obtener el alzamiento se cautelaría, a juicio de los redactores, exigiendo una boleta bancaria o póliza que se mantendría vigente mientras no se proceda al alzamiento de la hipoteca.

17. **En la práctica, la regla no siempre será eficaz, pues la regla general es que las partes no firmen simultánea sino sucesivamente la escritura de compraventa.** En los hechos, bien puede ocurrir que el inmueble que se vende esté hipotecado y que el comprador pague el precio al vendedor al momento de celebrar la compraventa. En la escritura se incluirá una cláusula de alzamiento, con lo cual se razonará, prima facie, que no es necesario el otorgamiento de la garantía. Surge entonces la interrogante: ¿qué ocurre si, con posterioridad, el banco no firma el alzamiento? El notario no habrá incurrido en responsabilidad alguna, pues sólo puede autorizar las escrituras públicas una vez que éstas estén completas y hayan sido firmadas por todos los comparecientes (art. 413 inc. final COT). Si el banco en definitiva no firma, por no haber recibido el pago, la escritura “no se considerará pública o auténtica”, atendido lo dispuesto en los artículos 404 inc. penúltimo y 426 N° 6 del COT. La nulidad de la compraventa tampoco tendrá sentido, por la sencilla razón de que la compraventa aún no se ha perfeccionado, pues no se ha completado la solemnidad (escritura pública). Finalmente, la sanción penal tampoco será aplicable, pues el tipo previsto en el art. 470 N° 9 del Código Penal está limitado al “contrato de promesa de compraventa”.

**Atendido lo expuesto, creemos que el resguardo del comprador no está en la exigencia de la garantía, sino en aplicar el mecanismo que ha sido creado por la práctica, a saber, posponer el pago para después que el inmueble se encuentre inscrito a su nombre, libre de gravámenes,** dejando el vale vista u otro documento mercantil con el cual se pagará el precio en poder del notario autorizante, con una carta de instrucciones en que se le encomienda entregarlos al vendedor una vez practicada la inscripción conservatoria y acreditado que está libre de gravámenes.

**18. Es legítimo interrogarse si, con la normativa en estudio, el notario debiera cerciorarse, cada vez que autorice una compraventa, que el inmueble vendido no está hipotecado.** Una eventual infracción comprometería su responsabilidad, no sólo la administrativa, sino también la civil por los daños causados al comprador. El inciso 2° del mismo artículo parece liberarlo, pues restringe la obligación al contrato de promesa de compraventa, al disponer que: “Los notarios públicos no autorizarán los contratos de promesa de compraventa a que se refiere el inciso anterior si no se ha constituido la garantía a favor del promitente comprador”. Sin embargo, el art. 138 bis inciso final prescribe que “En todo caso, las disposiciones contenidas en el presente artículo se aplicarán a las compraventas...”, lo que conduce, en una interpretación armónica, a imponerle la misma prohibición de autorizar para los contratos de compraventa de inmuebles hipotecados, si no se acredita la constitución de la garantía o concurre el acreedor hipotecario alzando. Se trata de una carga pesada, que no se condice con la concepción de la función notarial que impera en nuestro medio, en que generalmente se limita a dar fe de la autenticidad de las firmas de los otorgantes, sin entrar al análisis substantivo de los actos que se celebran. La sola aserción efectuada por el vendedor de que el inmueble está libre de hipotecas pudiera estimarse insuficiente para liberar de responsabilidad al escribano, pues se trata de una cláusula de estilo en las compraventas. Sin embargo, una declaración especial, inserta en la misma escritura, en que ambas partes aseveren que el inmueble no está hipotecado y que, por lo mismo, no es necesaria la constitución de garantía o la concurrencia del acreedor hipotecario, dejaría al notario a resguardo, sin perjuicio de la responsabilidad del vendedor.

**19. Es lícito interrogarse por qué la normativa se aplica exclusivamente a la compraventa de “viviendas, locales comerciales u oficinas”,** en circunstancias que la misma razón existe para la compraventa de otros inmuebles, tales como sitios o terrenos, con o sin urbanización. **En todo caso, la regla se aplica a la compraventa de inmueble que ya cuentan con recepción municipal,** puesto que, si no la tuvieran, la celebración del contrato estaría prohibida (arts. 136 y 137 LGUC y arts. 10 a 12 Ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria).

## **II. Efectos**

20. Cumpliéndose los requisitos precedentes, habrá lugar a la aplicación de la normativa, cuyos efectos dicen relación con la agravación de las formas (A) y con la exigencia de la garantía (B). El no otorgamiento de la garantía impide cumplir la formalidad de que la caución, debidamente identificada, sea “incorporada al contrato”, por lo que analizaremos en el primer acápite las sanciones por el incumplimiento de las formalidades y también por el no otorgamiento de

la garantía. Luego, en la segunda parte, analizaremos las garantías admitidas y una visión comparada de éstas, para determinar las ventajas e inconvenientes de cada una.

## A. La agravación de las formas y la sanción en caso de incumplimiento

### 1° *Las formalidades impuestas a la promesa:*

21. Es sabido que el artículo 1554 N° 1 del Código Civil exige que la promesa se celebre por escrito. Nótese que basta la escrituración; no se exige escritura pública, aun cuando la promesa recaiga sobre bienes raíces.<sup>9</sup> **La Ley N° 19.932 estableció que las personas que celebren los contratos de promesa de compraventa regidos por dicha ley “deberán otorgarlos mediante instrumentos privados autorizados ante notario”** y que “Los notarios públicos no autorizarán los contratos de promesa de compraventa a que se refiere el inciso anterior si no se ha constituido la garantía a favor del promitente comprador”. El notario se erige así en una suerte de contralor de la legalidad de los actos que autoriza, función que, por lo demás, existe desde antiguo para el contrato de promesa. Los artículos 136 y 137 de la LGUC lo ilustran y, más recientemente, la Ley N° 19.579, de 17.08.1998, prohíbe a los notarios públicos autorizar contratos de promesa de compraventa de viviendas adquiridas de los Servicios de Vivienda y Urbanización, que no estuvieren pagadas.

22. Desde luego, cabe observar que los notarios no autorizan los instrumentos privados, sino las firmas estampadas en éstos. Ahora bien, **el notario dispone de dos formas de autorizar las firmas que se estampen en documentos privados:** para aquellos que se suscriban en su presencia usará la fórmula “firmó ante mí” y para aquellos en que la autenticidad de las firmas le conste, certificará “autorizo las firmas” (arts. 401 N° 10; 425 y 443 del COT). Creemos que con cualquiera de ellas se satisface la exigencia legal para la validez de la promesa.

23. **Conviene recordar que, al momento de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.932, hubo quienes se interrogaron si la promesa de compraventa podía otorgarse por escritura pública.** La duda era legítima, pues la ley establecía en términos imperativos (“deberán”) que la solemnidad era el instrumento privado autorizado por notario. Sin embargo, la razón se impuso, pues naturalmente la escritura pública otorga mayor certeza que un instrumento privado autorizado. El D.S. N° 61 dispuso la interrogante, al disponer que la promesa podía otorgarse “por escritura pública si ambas partes así lo acordaren”.

<sup>9</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003) N° 2081, p. 845.

**24. Si el promitente vendedor no tiene por giro habitual el negocio inmobiliario o de la construcción, en los términos previstos en el artículo 18 de la Ley de la Renta, la normativa no le resulta aplicable.<sup>10</sup> ¿Cómo puede verificarlo el notario y salvar su responsabilidad al autorizar el contrato?** Creemos nuevamente<sup>11</sup> que una declaración especial, inserta en la misma escritura, en que ambas partes así lo reconozcan y declaren que, por lo mismo, no es necesaria la constitución de la garantía, dejaría al notario a resguardo, sin perjuicio de la responsabilidad del promitente vendedor.

**25. El artículo 138 bis de la LGUC establece que la garantía, “debidamente identificada, se incorporará al contrato”. El D.S. N° 61 precisa la forma de identificar la garantía,** que en síntesis se cumple mediante el certificado que debe emitir la entidad bancaria o aseguradora, con las menciones que el mismo decreto establece. Creemos que debe dejarse constancia expresa en el contrato de la aceptación de la garantía por parte del promitente comprador, toda vez que el artículo 138 bis exige que la caución sea “aceptada por el promitente comprador”.

*2° Las sanciones en caso de incumplimiento de las solemnidades y de no otorgamiento de la garantía:*

**26. La omisión de las solemnidades antes referidas, incluido el no otorgamiento de la garantía, que impide naturalmente hacer referencia a la misma en el contrato, acarrea la nulidad absoluta de la promesa de compraventa, sin perjuicio de las eventuales sanciones penales,** reguladas en el artículo 470 N° 9 del Código Penal.

**27. Creemos que las sanciones civiles y penales previstas por la normativa en estudio no aseguran la satisfacción de los fines que se pretenden, como procuraremos demostrarlo en las líneas que siguen.**

28. El incumplimiento de las formalidades, la falta de autorización notarial o sencillamente la omisión de la garantía conducen a la **nulidad absoluta de la promesa de compraventa**. Sin embargo, dicha sanción de poco servirá al promitente comprador que anticipó fondos al promitente vendedor. En efecto, la nulidad judicialmente declarada conduce a las acciones restitutorias, pero lo más probable será que, a esa altura, la inmobiliaria o constructora esté en quiebra o en notoria insolvencia, de tal modo que la sentencia que declara la nulidad carecerá de toda eficacia práctica.

<sup>10</sup> Cf. *supra* N° 8.

<sup>11</sup> Cf. *supra* N° 18.

Desde luego, el promitente comprador puede reclamar **la indemnización de los perjuicios derivados de la nulidad del contrato**. Sin embargo, si la inmobiliaria o constructora carece de solvencia para restituir el anticipo, con mayor razón lo será para el pago de una indemnización, sin tomar en cuenta el tiempo que tardará el juicio.

**29. La nulidad también puede causar dificultades a la promitente vendedora, la inmobiliaria o constructora.** Partamos del supuesto de que ésta ha cumplido a cabalidad sus obligaciones, concluyendo las obras en tiempo y forma. Sin embargo, si el promitente comprador se arrepiente y sencillamente no desea celebrar la compraventa prometida, le bastará invocar la infracción de las formalidades que prescribe el artículo 138 bis de la LGUC o la omisión de la garantía para obtener la nulidad del contrato y, por esa vía, la restitución de sus anticipos. Caerán también las cláusulas penales que pudieron haberse estipulado en la promesa. **En definitiva, el incumplimiento de las formalidades o el no otorgamiento de la garantía dejan a la inmobiliaria en descubierto, pues aun cuando concluya las obras satisfactoriamente, cualquiera de sus promitentes compradores podrá liberarse del compromiso impunemente.**

**30. El cumplimiento forzado de la promesa** resultará imposible, puesto que, en la hipótesis en estudio, el acto es nulo absolutamente. Además, como seguramente dicho cumplimiento será imposible, pues la inmobiliaria no está en situación de concluir las obras o de transferir el inmueble, la ejecución forzada conduce al cumplimiento por equivalencia, supeditado también a la solvencia del promitente vendedor.

**31. La sanción penal tampoco parece adecuada,** no sólo porque el tipo está bastante restringido, como se verá en seguida, sino también porque la generalización de las sanciones penales por incumplimientos contractuales parece no ser aconsejable ni prudente.

Conviene recordar que, durante la tramitación legislativa, la sanción penal figuraba en la moción presentada por los diputados autores del proyecto y fue mantenida en la Cámara de Diputados. Sin embargo, el Senado la suprimió, lo que obligó a la formación de una Comisión Mixta, para que resolviera esta y otras divergencias. La Comisión Mixta, en el tercer trámite constitucional, repuso la sanción penal, agregándole sin embargo entre las exigencias del tipo el **"ánimo de defraudar"**, que será necesario probar.

El tipo también exige el **"perjuicio patrimonial para el promitente comprador"**, de tal suerte que basta restituir el anticipo para escapar de la pena.

El reproche penal se dirigirá contra quien **"suscribiere o hiciera suscribir contrato de promesa de compraventa... sin cumplir con las exigencias es-**

tablecidas por el artículo 138 bis” de la LGUC. Al respecto, parece injusto que puedan quedar expuestos a la pena empleados de segundo orden, que se han limitado a implementar la política de la empresa, en concreto, el apoderado que suscribía las promesas, que no necesariamente coincidirá con el dueño, y el vendedor que trató con el promitente comprador. Nos parece que el tipo se circunscribe al contrato de promesa de compraventa, único que contemplaba la Ley 19.932, en su redacción original, sin que pueda extenderse a las figuras que incorporó la Ley N° 20.007, a saber, la suscripción de “cualquier acto jurídico que implique la entrega de una determinada cantidad de dinero para la adquisición del dominio de una vivienda, local comercial u oficina, que no cuente con recepción definitiva” o la compraventa del inmueble hipotecado (art. 138 inc. final).

**32. Existe también una sanción administrativa para la inmobiliaria o constructora, regulada en el artículo 20 de la LGUC,** que conduce a la aplicación de una multa, sin perjuicio de la paralización o demolición de todo o parte de la obra, según procediere, a menos que el hecho sea constitutivo de delito o tenga una sanción especial determinada en la LGUC o en otra ley.

**33. Ya habíamos anunciado previamente que la infracción puede incluso comprometer la responsabilidad administrativa y civil del notario autorizante.** Creemos que la sanción penal no afectará en principio al escribano, toda vez que, si bien puede considerársele entre quien “hiciera suscribir” el contrato, no parece sensato reprocharle un “ánimo de defraudar”.

**34. Recapitulando, la nulidad no sirve, pues normalmente el dinero ya se esfumó y la sanción penal es restringida y su generalización para los incumplimientos contractuales es inconveniente. ¿Cómo asegurar entonces la eficacia de la normativa y la restitución efectiva de los anticipos al promitente comprador? De lege ferenda, creemos que debiera imponerse la obligación de consignar en la publicidad inmobiliaria la exigencia legal de garantizar los anticipos, como ocurre en España.**<sup>12</sup> Una obligación de ese tipo permitiría divulgar la existencia de la normativa y propender entonces a que se otorgue la garantía.

<sup>12</sup> En España, la Ley 57, de 27 de julio de 1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, prescribe en su artículo 5 que: “Será requisito indispensable para la propaganda y publicidad de la cesión de viviendas mediante la percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción, que se haga constar en las mismas que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley; haciendo mención expresa de la Entidad garante, así como de las Bancarias o Cajas de Ahorro en las que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas en cuenta especial. Dichos extremos se especificarán en el texto de la publicidad que se realice”.

También pudiera contribuir a facilitar el recupero de los anticipos el establecimiento de una **causal de preferencia** a favor del promitente comprador.

**Una solución efectiva parece ser involucrar en el proceso a las instituciones crediticias que financian la ejecución del proyecto inmobiliario.** Es el camino que se ha seguido desde 1967 en Francia<sup>13</sup> y desde 1968 en España,<sup>14</sup> donde los dineros anticipados deben ser depositados en cuentas especiales, de las cuales el inmobiliario sencillamente no puede girar o bien, para hacerlo, requiere haber otorgado la garantía que se exige. Era también la idea que estaba en ciernes en una de las garantías que se evaluó durante la tramitación legislativa de la Ley N° 20.007, pero que en definitiva no prosperó.<sup>15</sup> Hoy día, en Chile, las instituciones bancarias exigen al inmobiliario, para demostrar la viabilidad de su proyecto, un cierto porcentaje de órdenes de reserva o incluso de promesas de compraventa firmadas, en las cuales consta la percepción de anticipos, pero luego, si su cliente cae en falencia, se desentienden de aquellos documentos y hacen efectivos sus créditos sobre el inmueble en que se ejecuta el proyecto, hipotecado a su favor, con la preferencia de tercera clase que concede esa garantía real.

<sup>13</sup> En Francia, la Ley de 03.01.1967 estableció que la venta podía estar precedida de un contrato preliminar, también denominado contrato de reserva (*contrat de réservation*) (art. L 261-15 del Código de la Construcción y de la Habitación). Los anticipos, cuyo porcentaje respecto del precio total está limitado, son depositados en garantía en una cuenta especial del promotor inmobiliario, que tiene el carácter de indisponible e inembargable. Pese a lo anterior, le sirven al promotor inmobiliario, puesto que le permiten demostrar el interés que suscita su proyecto y, en consecuencia, obtener crédito bancario y una garantía de pago para el caso que el contrato preliminar se transforme en compraventa. El comprador no debe pagar el precio sino el día de la entrega material. MALAURIE y AYNÈS (2005), N° 141, p. 106 y N° 192, p. 151.

<sup>14</sup> En España, la Ley 57, de 27 de julio de 1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, prescribe en su artículo 1° que: "Artículo 1°: Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

Primera. Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Segunda. Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior". Debe tenerse en cuenta que la disposición adicional 1° de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, establece que el interés a aplicar será el legal del dinero y no el 6% como se señala en este precepto.

<sup>15</sup> Cf. *infra* N° 49.

## B. La exigencia de la garantía

35. Iniciaremos este acápite recordando que, bajo el imperio de la Ley N° 19.932, la garantía sólo podía consistir en “póliza de seguro o boleta bancaria, aceptada por el promitente comprador”. El D.S. 61 reglamentó la forma de emitir y acreditar la constitución de esas garantías (1°). Más tarde, la Ley N° 20.007 amplió la gama de garantías permitidas, al aceptar los siguientes instrumentos: “cuenta de ahorro de la cual no pueda girar fondos el promitente comprador” y “depósitos a plazo en favor del promitente vendedor, que deberán mantenerse en custodia del notario autorizante” (2°). Durante la tramitación de la misma Ley N° 20.007 se vislumbró otra garantía, que en definitiva fue desechada, pero que pretendemos al menos citar (3°). En seguida, nos referiremos a una de las mayores dificultades que ha generado la normativa en estudio, cual es su aplicación a los anticipos o pagos fraccionados efectuados durante la vigencia de la promesas de compraventa (4°). Para concluir, procuraremos efectuar un análisis comparativo de las diversas garantías admitidas, cotejando sus bondades e inconvenientes, a fin de orientar en la elección de éstas (5°). No nos referiremos aquí a la sanción por no otorgamiento de la garantía, pues ese tema ya fue abordado en la sección precedente.

### 1° *La póliza de seguro o boleta bancaria de garantía:*

36 Bajo el imperio de la Ley N° 19.932, la inmobiliaria o constructora que otorgara contratos de promesa de compraventa debía “caucionarlos mediante póliza de seguro o boleta bancaria, aceptada por el promitente comprador”. No se admitían entonces las demás cauciones que incorporó, con posterioridad, la Ley N° 20.007. Nos referiremos sucesivamente a la vigencia de dichas garantías (a) y al carácter irrevocable de las mismas (b).

a) La vigencia de la caución.

37. El art. 138 bis de la LGUC dispone que la garantía se incorpora al contrato de promesa de compraventa “para el evento de que éste no se cumpla dentro del **plazo** o al cumplimiento de la **condición** establecidos por el promitente vendedor. La garantía permanecerá vigente mientras el inmueble se encuentre sujeto a cualquier **gravamen o prohibición** emanado **directamente de obligaciones pendientes e imputables** al promitente vendedor y **hasta la inscripción del dominio** en el registro de propiedad del respectivo conservador de bienes raíces, a favor del promitente comprador” (el subrayado es nuestro).

El D.S. N° 61, reglamentando la ley, prescribió que la vigencia de la boleta bancaria o póliza de seguro “deberá exceder a lo menos en **sesenta días** el **plazo** estipulado para la celebración del contrato de compraventa prometido.

Con todo, estas garantías se mantendrán vigentes hasta que se exhiba a la institución bancaria o aseguradora que otorgó la garantía copia autorizada de la inscripción de dominio del inmueble a favor del promitente comprador en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces” (el subrayado es nuestro). El mismo D.S. N° 61 consigna que entre las menciones del certificado que debe emitir la institución garante se cuenta el “período de vigencia” de la caución.

**38. Podemos observar que se trata de una garantía contractual y también postcontractual**, puesto que asegura no sólo el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de promesa de compraventa, esto es, la obligación de hacer de celebrar el contrato prometido, sino una posterior, emanada ahora del contrato de compraventa prometido, como es la de efectuar la transferencia del dominio libre de gravámenes. Esta última obligación emana, como se dijo, de la compraventa y, por definición, a esta altura el contrato de promesa se ha extinguido, precisamente por haberse celebrado la compraventa prometida.

**39. Si se coteja el tenor del artículo 138 bis de la LGUC y del D.S. N° 61, arriba transcritos, notamos, en primer término, que la ley admite expresamente tanto el plazo como la condición, en tanto que el D.S. N° 61 sólo se refiere al primero.** La jerarquía normativa impone la primacía de la ley sobre el reglamento. Por lo demás, conforme al artículo 1554, la promesa puede contener un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato prometido. En consecuencia, no cabe duda que en la promesa se puede estipular tanto un plazo como una condición, aun cuando el D.S. N° 61 no se refiera a este último.

**40. En seguida, observamos que el artículo 138 bis de la LGUC no prescribe el plazo de vigencia de 60 días adicionales que contiene el reglamento.** Pensamos que la exigencia de que la vigencia de la garantía exceda en 60 días el plazo estipulado para la celebración del contrato prometido sólo puede aplicarse a los casos en que en la promesa se fije un plazo, mas no una condición. En las líneas que siguen analizaremos sucesivamente la vigencia de la garantía, según si en la promesa se estipula un plazo o una condición.

*a.1) El plazo:*

41. Si en la promesa se estipula un plazo y el promitente comprador cobra la garantía durante la vigencia de ésta, la situación no presenta mayores dificultades.

**Los problemas surgen cuando se celebra el contrato de compraventa prometido dentro del plazo contractual o incluso dentro de los 60 días**

**siguientes en que, según el D.S. N° 61, debe extenderse la vigencia de la garantía, pero la inscripción conservatoria libre de gravámenes no logra practicarse dentro de esos 60 días.** En esta hipótesis, creemos que el promitente comprador puede exigir a la institución bancaria o aseguradora el pago de la garantía, pese a que haya expirado el plazo de 60 días consignado en la garantía. En efecto, el artículo 138 bis de la LGUC no hace alusión a los 60 días y se limita a consignar que la garantía permanece vigente hasta que el inmueble prometido comprar se inscriba libre de gravámenes a nombre del promitente comprador, lo que puede tardar más allá de los 60 días. Además, una correcta lectura del D.S. 61 permite arribar a la misma conclusión, pues éste consigna primero el plazo de 60 días y luego establece que “con todo” esas garantías se mantendrán vigentes hasta la inscripción conservatoria libre de gravámenes. En definitiva, lo que el D.S. N° 61 quiso decir es que, si la compraventa prometida se celebra pero no logra inscribirse dentro de los 60 días, la garantía permanece vigente hasta la inscripción de dominio libre de gravámenes. Por lo demás, el banco o la compañía de seguros son profesionales que no pueden alegar desconocimiento del claro tenor de la LGUC y de la OGUC, el que debe primar sobre el tenor de la garantía.

**La hipótesis más delicada es aquella en que el promitente comprador deja transcurrir el plazo de 60 días a que alude el D.S. 61 sin cobrar la garantía y pretende exigir el pago con posterioridad.** Para ilustrar estos propósitos, supongamos que se constituye la garantía, en la cual se consigna que su vigencia excede a lo menos en 60 días el plazo estipulado para la celebración del contrato de compraventa prometido. Supongamos que, vencido dicho plazo, sin que se haya celebrado la compraventa prometida, el promitente comprador reclama el pago de la boleta o póliza a la institución financiera o aseguradora. Esta seguramente rehusará pagar, argumentando la caducidad de la garantía, por haber expirado su vigencia. Es más, aun cuando la institución financiera o aseguradora estuviera dispuesta a pagarla, tendrá el fundado temor de que, con posterioridad, no pueda recuperar lo desembolsado contra el promitente vendedor, pues éste le reprochará haber cumplido una garantía caduca. El promitente comprador, para afirmar la procedencia del pago, alegará en su favor que el artículo 138 bis de la LGUC establece en términos perentorios que la garantía debe permanecer vigente hasta que se practique la inscripción conservatoria a su nombre y que esa disposición legal debe primar sobre el texto reglamentario de la OGUC, el cual, además, dispone claramente que el plazo de 60 días no es obstáculo para que la garantía permanezca vigente hasta que se practique la inscripción conservatoria. Creemos que, en esta hipótesis, deben primar tanto el tenor del artículo 3.4.7 de la OGUC, que establece el plazo adicional de 60 días de vigencia de la garantía, como la estipulación contractual de la caución, que limita la vigencia de ésta a una fecha precisa. De lo contrario, llegaríamos al enojoso resultado de que no obstante la expiración del

plazo de 60 días previsto en la OGUC y del plazo consignado en la caución, el banco o aseguradora permanecerían indefinidamente obligados, mientras no se practique y se le exhiba la inscripción conservatoria, hasta que se complete el plazo de prescripción para el cobro. En el intertanto, el costo financiero de la garantía seguiría devengándose para el promitente vendedor. La solución que proponemos también resuelve adecuadamente el caso en que sea el promitente comprador quien se niega a suscribir el contrato de compraventa prometido dentro del plazo contractual. A la promitente vendedora le bastará esperar que expire el plazo de 60 días que contempla la OGUC para que caduque la garantía y deje de devengarse el costo financiero de ésta.

*a.2) La condición:*

**42. Si en la promesa se estipula una condición, ésta puede ser determinada o indeterminada.** En las primeras, desconocemos si el hecho en que consiste se verificará o no (es incierto), pero sabemos cuándo debe entenderse fallida. En las segundas, en cambio, no sabemos cuándo debe entenderse fallida y la doctrina discute si existe un plazo máximo para que las condiciones indeterminadas deban cumplirse y, entre quienes sostienen la afirmativa, tampoco hay consenso respecto a su duración: para algunos será el plazo de 5 años que prescribe el artículo 739, en tanto que para otros el de 10 años, que es el que por regla general sirve en nuestro ordenamiento civil para la consolidación de las situaciones jurídicas.<sup>16</sup> En la práctica, es frecuente que en la promesa se pacte una condición para la celebración del contrato de compraventa prometido, a saber, la obtención de la recepción definitiva municipal y del certificado de copropiedad inmobiliaria. Esa condición puede ser determinada, si, por ejemplo, se fija un plazo máximo para la obtención de dichos certificados, o indeterminada, cuando se omite dicho plazo, de tal suerte que el promitente vendedor podría en rigor obtenerlos dentro de los 5 ó 10 años siguientes al contrato de promesa.

**La interrogante que debemos plantearnos es cuál debe ser la vigencia de la garantía cuando en la promesa se estipula una condición que fije la época de la celebración de la compraventa.** Pensamos que, si la condición es determinada, bastará consignar un plazo de vigencia que exceda en 60 días la fecha tope para el cumplimiento de la condición. Esa solución armoniza con lo dispuesto en el D.S. N° 61. Ahora bien, si la condición es indeterminada, creemos que debiéramos aplicar el artículo 138 bis de la LGUC, en el sentido que la garantía permanecerá vigente hasta que se practique la inscripción de

<sup>16</sup> ABELIUK MANASEVICH, René (2001), N° 487, p. 439. A título ilustrativo: Araya Valdivia, Nury Elisa Del Rosario c/ Moreno Romero, Carlos (2008): Corte Suprema, 28.06.2008, rol 1376-2007.

dominio y libre de gravámenes a nombre del promitente comprador, para lo cual dispondría de un plazo máximo de 5 ó 10 años, según la tesis que se siga.<sup>17</sup> Naturalmente, la interpretación que proponemos torna inconveniente tanto para la promitente vendedora, como para la institución bancaria o aseguradora, recurrir a condiciones indeterminadas en las promesas. Creemos que éstas son contrarias a la transparencia y buena fe que deben regir los negocios con consumidores: el promitente comprador debe conocer la fecha tope en que podrá disponer del inmueble y no resulta sensato obligarlo a esperar 5 ó 10 años.<sup>18</sup>

43. Continuando con las diferencias, el D.S. N° 61 parece dar a entender que, para que la garantía pierda vigencia, basta que se exhiba a la institución bancaria o aseguradora la inscripción de dominio, sin que sea necesario acreditar que está libre de gravámenes.

#### b) Carácter “irrevocable”:

44. El D.S. N° 61 agregó que “cada anticipo deberá ser caucionado mediante boleta bancaria de garantía o póliza de seguro *con carácter irrevocable* por un monto equivalente a la suma entregada”. Más adelante lo confirma al prescribir que, entre las menciones del certificado que debe emitir la institución bancaria o aseguradora, está “su carácter irrevocable”. ¿Qué significado debemos atribuirle al carácter irrevocable de la garantía? Desde luego, el banco o la compañía de seguros no pueden dejarla sin efecto por su sola voluntad, pues ello conspiraría no sólo contra la ley del contrato, sino también contra la eficacia de la garantía. ¿Querrá decir que la garantía debe ser a primer requerimiento? De ser así, la boleta bancaria de garantía tiene este carácter, pero no ocurre lo mismo con las pólizas de seguro que se emplean para estos casos, puesto que, como veremos, requieren la intervención de un liquidador. Más adelante, cuando efectuemos un análisis comparativo de la boleta bancaria y la póliza de seguro, volveremos sobre este punto.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> La ley no estableció, en esta hipótesis, un plazo máximo para el cumplimiento de la condición, como lo hizo para los casos previstos en las letras a) y b) del inciso 3° del artículo 138 bis de la LGUC. En efecto, el inciso 6° del referido artículo dispone: “En los casos previstos en las letras a) y b) del inciso tercero deberá estipularse un plazo para el cumplimiento de la condición de inscribir el dominio del inmueble a nombre del promitente comprador y si nada se dijere se entenderá que dicho plazo es de 1 año contado desde la fecha de la promesa”. Cf. *infra* N° 48.

<sup>18</sup> Nos parece aun más reprobable la práctica de ofrecer en la publicidad una determinada fecha de entrega, en carácter “tentativo”, la que difiere del plazo consignado en la promesa de compraventa o que sencillamente se omite en este último. La regla prevista en el artículo 18 de la LGUC, según el cual “Las condiciones ofrecidas en la publicidad se entenderán incorporadas al contrato de compraventa”, no resulta aplicable en la especie, pues no se trata de un contrato de compraventa sino de promesa.

<sup>19</sup> Cf. *infra* N° 57.

**2° La Ley N° 20.007 amplió la gama de garantías permitidas, modificando el enfoque del problema:**

45. La Ley N° 20.007 amplió la gama de garantías que permite el artículo 138 bis de la LGUC, al disponer que:

“La obligación del promitente vendedor de otorgar la garantía no será exigible respecto de la parte del precio que sea depositada por el promitente comprador en alguno de los siguientes instrumentos, de lo que se dejará constancia en el contrato de promesa:

- a) Cuenta de ahorro de la cual no pueda girar fondos el promitente comprador.
- b) Depósitos a plazo en favor del promitente vendedor, que deberán mantenerse en custodia del notario autorizante.

En los casos indicados en las letras a) y b) del inciso precedente, los montos anticipados serán puestos a disposición del promitente vendedor una vez que se celebre el contrato de compraventa y se inscriba el inmueble a nombre del promitente comprador en el Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Los depósitos a plazo y las cuentas de ahorro a que alude esta norma deberán cumplir con los requisitos generales establecidos por las disposiciones legales, reglamentarias y normativa de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras vigentes y, además, con los requisitos específicos que al efecto establezca la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

En los casos previstos en las letras a) y b) del inciso tercero deberá estipularse un plazo para el cumplimiento de la condición de inscribir el dominio del inmueble a nombre del promitente comprador y si nada se dijere se entenderá que dicho plazo es de 1 año contado desde la fecha de la promesa”.

**46. La regla transcrita cambia el enfoque del problema: ya no es el promitente vendedor el que garantiza al promitente comprador la restitución de los anticipos percibidos, sino que es este último quien inmoviliza ciertos fondos para asegurar al primero la seriedad de su oferta, el pago del precio de la compraventa prometida y, eventualmente, de las cláusulas penales que se hubieran estipulado.** La inmobiliaria o constructora puede no tener necesidad de los anticipos de sus promitentes compradores, pues ya tiene asegurado el financiamiento del proyecto con recursos propios o bancarios. Le interesa, sin embargo, que exista una erogación de parte del promitente comprador, con la exclusiva finalidad de asegurar la seriedad de su intención de adquirir y que, una vez concluidas las obras, celebrará la compraventa pro-

metida o, en caso de incumplimiento, podrá imputar esos fondos al pago de las multas previstas en la promesa. En ese contexto, parece coherente que el promitente comprador entere su anticipo en una cuenta de ahorro de la cual no pueda girar fondos o bien tome un depósito a plazo que quede en custodia notarial. De esta forma, el promitente comprador tiene la tranquilidad de que no perderá sus fondos en caso de un incumplimiento o quiebra de la inmobiliaria o constructora y esta última está también asegurada de que, si termina en regla la obra, podrá imputar esos fondos al precio de venta o bien hacer efectiva la multa, en caso de desistimiento del promitente comprador.

47. El inciso 4° del artículo 138 bis de la LGUC no exige, al menos expresamente, para que los montos anticipados sean puestos a disposición del promitente vendedor, que la inscripción se haya practicado libre de gravámenes o prohibiciones, como lo requiere el inciso primero, para las garantías consistentes en boleta bancaria o póliza de seguro. Creemos que, existiendo la misma razón, debe aplicarse en ambos casos la misma regla.

**48. El legislador se preocupó, en este caso, de que la condición de inscribir el dominio del inmueble a nombre del promitente comprador no fuera indeterminada, es decir, que tuviera un plazo máximo para su cumplimiento o, si se quiere, para estimarla fallida.** A falta de esta norma, el promitente comprador quedaría en una posición incómoda, pues no podría recuperar la libre disposición de su dinero mientras no se completara el plazo máximo para el cumplimiento de la condición, plazo que, según vimos más arriba, puede ser de 5 ó 10 años, según la doctrina que se siga.<sup>20</sup> En todo caso, las partes pueden ampliar o restringir el término de un año, pues se trata de una norma disponible por los particulares (“si nada se dijere”).

*3° Durante la tramitación legislativa de la Ley N° 20.007 no prosperó la posibilidad de que el promitente comprador pudiera depositar parte del precio en una cuenta de ahorro, otorgando un mandato a la entidad bancaria para que ésta pagara al promitente vendedor contra el avance de las obras.*

49. Esa alternativa estaba considerada en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, pero fue suprimida por el Senado, lo que originó la formación de una Comisión Mixta, que dirimió a favor de este último. Esa regla hubiera permitido instaurar, en nuestro medio, una fórmula que existe en el derecho comparado,<sup>21</sup> a fin de que la inmobiliaria o constructora pudiera emplear esos fondos en el proyecto, imponiendo a la institución bancaria la obligación de velar por la correcta inversión de esos recursos.

<sup>20</sup> Cf. *supra* N° 42.

<sup>21</sup> Cf. *supra* N° 34 y nota al pie correspondiente.

**4° ¿En qué forma y oportunidad debe constituirse la garantía tratándose de pagos fraccionados? El subterfugio del pago cero al momento de la promesa.**

50. Una de las mayores dificultades que ha generado la normativa en estudio es su aplicación a los pagos fraccionados. Así, puede ocurrir que al momento de la promesa no se anticipe monto alguno, postergándose los pagos para una etapa posterior. También puede ocurrir que, al momento de la celebración de la promesa, se anticipe una parte del precio y se postergue el saldo para una época posterior, durante la vigencia de la promesa y antes de la celebración de la compraventa.

51. Hoy día, después de la entrada en vigencia del D.S. N° 61 y de la Ley N° 20.007, parece ser claro que al momento de la celebración de la promesa de compraventa sólo deben garantizarse los anticipos que se paguen en esa oportunidad y que los pagos posteriores deberán caucionarse a medida que se vayan realizando.

Bajo el imperio de la Ley N° 19.932, hubo quienes entendieron que, aun cuando al momento de celebrarse la promesa se anticipara sólo una parte del precio, la garantía debía constituirse de todos modos por la totalidad de éste. Esa interpretación pugnaba, naturalmente, con una recta inteligencia de la finalidad de la norma, que apuntaba a garantizar exclusivamente los dineros anticipados por el promitente comprador, e incrementaba desmedidamente el costo de la garantía. El texto legal prescribía que la garantía debía incorporarse al contrato “en un valor igual a la parte del precio del bien raíz **entregado** por éste y establecido en el contrato de promesa respectivo” (el subrayado es nuestro).

El D.S. N° 61 dispuso esas dudas, al disponer que: “Si en el respectivo contrato de promesa, el promitente comprador paga en ese acto **todo o parte** del precio de la compraventa o se obliga a pagarlo antes de la formalización del contrato de compraventa prometido, **cada anticipo** deberá ser caucionado mediante boleta bancaria de garantía o póliza de seguro con carácter irrevocable, **por un monto equivalente a la suma entregada**” (el subrayado es nuestro).

La Ley N° 20.007 confirmó esa evolución, al incorporar en el inciso primero del artículo 138 bis de la LGUC la frase “en los cuales el promitente comprador entregue todo o parte del precio del bien raíz”.

Para los anticipos que se hagan en cuenta de ahorro o depósito a plazo, según lo permite el inciso 3° del artículo 138 bis de la LGUC, rige la misma regla, pues en éste se lee: “La obligación del promitente vendedor de otorgar la garantía no será exigible **respecto de la parte del precio que sea depositada** por el promitente comprador en alguno de los siguientes instrumentos” (el subrayado es nuestro).

**52. Aplicando los criterios antes expuestos, la práctica generó un subterfugio para eludir el otorgamiento de la garantía. La fórmula consiste en dejar constancia expresa en la promesa que, al momento de su celebración, el promitente comprador no ha anticipado suma alguna al promitente vendedor.** De esa forma, como no existe anticipo que garantizar, el notario puede autorizar las firmas estampadas en la promesa, sin infringir lo dispuesto en el artículo 138 bis inciso 2° de la LGUC. En la misma promesa se posterga, para una fecha posterior (bastan algunos días), la obligación del promitente comprador de pagar el anticipo al promitente vendedor. Naturalmente, esos anticipos debieran garantizarse, a medida que se vayan realizando. Surge entonces la interrogante: **¿cuál es la sanción si, con posterioridad a la promesa, el promitente comprador efectúa una remesa de dinero al promitente vendedor y no se otorga la garantía?** Nótese que la interrogante rige también para los casos en que se haya garantizado el anticipo pagado al momento de la celebración del contrato de promesa, pero no se caucionen los pagos posteriores, efectuados durante la vigencia del contrato. La sanción no puede ser la nulidad de la promesa de compraventa, puesto que la nulidad es una sanción por un vicio originario y, como tal, sólo pueden examinarse los requisitos al momento de la celebración del acto, mas no lo que ocurra con posterioridad. Desde luego, existe un incumplimiento de la obligación del promitente vendedor de otorgar la garantía, que podrá derivar en la resolución de la promesa de compraventa. También puede explorarse la nulidad del pago del anticipo. Sin embargo, ambas acciones, la de nulidad y la resolutoria, derivan en acciones restitutorias, las que serán ineficaces en caso de insolvencia de la promitente vendedora. La aplicación de las sanciones penales del artículo 470 N° 9 del Código Penal al caso en estudio nos parece también dudosa, pues el tipo se sitúa al momento de la suscripción de la promesa de compraventa ("suscribiere o hiciere suscribir"), en circunstancias que, en la especie, se omitió garantizar pagos posteriores.

**5° ¿Cuál garantía escoger?: análisis comparativo de la boleta bancaria y de la póliza de seguro.**

**53. En la práctica de los negocios, las cauciones aplicadas son la boleta bancaria de garantía y la póliza de seguro, con preponderancia de esta última.** El recurso a las garantías contenidas en las letras a) y b) del inciso 3° del artículo 138 bis de la LGUC es excepcional. Por lo mismo, limitaremos nuestro estudio comparativo a las primeras.

**54. Desde luego, tanto el banco como la compañía de seguros evaluarán a su cliente, el promitente vendedor, antes de acceder al otorgamiento de las garantías.** La evaluación corresponde a aquella que se efectúa para la apertura de una línea de crédito e irá acompañada, las más de las veces, de la exigencia de contragarantías, tales como una hipoteca constituida por la inmobiliaria o

constructora a favor de la institución bancaria o aseguradora, para asegurar la restitución de los montos que estas últimas deban desembolsar en pago de las boletas o pólizas que los promitentes compradores hagan efectivas.

**55. ¿Quién tiene derecho a escoger la garantía?** En los hechos, es el promitente vendedor quien escoge no sólo si otorgará boleta bancaria o póliza, sino también el banco o compañía de seguros con el cual operará. El promitente comprador debe sencillamente allanarse o bien abstenerse de celebrar la promesa de compraventa. En todo caso, la ley exige que la garantía debe ser “aceptada por el promitente comprador” (art. 138 bis LGUC).

56. Desde luego la conveniencia de una u otra garantía depende de quién efectúe la evaluación (promitente comprador o vendedor) y de los factores que tengan para él preponderancia. Por lo mismo, en las líneas que siguen expondremos las diferencias entre la boleta bancaria y la póliza, de tal suerte que, de ese estudio comparativo, puedan surgir los criterios a considerar.

**57. La boleta bancaria es una garantía autónoma, pagadera a primer requerimiento**, de tal suerte que basta que el beneficiario la presente al cobro para que el banco esté obligado a pagarla, sin que pueda detener u obstaculizar el pago, salvo el caso de fraude o abuso manifiesto que emane de prueba líquida.<sup>22</sup> **Las pólizas de garantía con que se está operando para asegurar al promitente comprador la restitución de los anticipos, en cambio, no son pagaderas a primer requerimiento, sino que exigen la intervención de un liquidador**, que se pronuncie acerca del siniestro, el que dará curso al pago de la indemnización sólo en los eventos previstos en la póliza. Nótese que el seguro de garantía puede también tener carácter autónomo, de ejecución inmediata, pero ocurre que las pólizas que se están utilizando en el mercado para garantizar el siniestro que nos ocupa no tienen ese carácter, sino que, como se dijo, exigen la intervención de un liquidador, quien debe “investigar las circunstancias del siniestro para determinar si el riesgo asegurado gozaba de la cobertura contratada en la póliza” (art. 14 letra a del Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros, D.S. Hacienda N° 863, D. Of. 5.04.90).

El tenor de las pólizas debe ser registrado en la Superintendencia de Valores y Seguros y puede consultarse en la página [www.svs.cl](http://www.svs.cl). En la revisión que hemos efectuado, detectamos varias pólizas destinadas a cubrir el siniestro que nos ocupa, pero todas tienen el rasgo común de exigir la intervención de un liquidador. A título ejemplar, en la póliza 104021, intitulada “Póliza de garantía para contratos de promesa de compraventa, con pago de indemnización sujeto

<sup>22</sup> CAPRILE BIERMANN, Bruno (2002) N°s 250 y s., pp. 186 y s.

a liquidación”, registrada mediante resolución de 22.04.2004, a petición de MAPFRE Garantías y Crédito S.A. Compañía de Seguros, se lee: “Configurado de esta manera el siniestro, la Compañía dispondrá la correspondiente liquidación de acuerdo al procedimiento establecido en el Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros que consta del Decreto de Hacienda N° 863, publicado en el Diario Oficial de fecha 5 de abril de 1990”. Es el caso también de la póliza N° 105018, registrada mediante resolución del 26/04/2005, por la Compañía de Seguros de Crédito Continental S.A., intitulada “Póliza de garantía con liquidador para ventas de inmuebles”, y de la póliza N° 195042, registrada mediante resolución 069, del 13/04/1995, por Garantías y Crédito de Chile S.A., intitulada “Póliza de Garantía para Contratos de Promesa de Compraventa”.

**En razón de lo anterior, más arriba<sup>23</sup> nos interrogábamos qué sentido debe atribuirse a la exigencia impuesta por el D.S. N° 61 en orden a que la garantía debe ser “irrevocable”.** Si debiera tratarse de garantías autónomas o independientes, a primer requerimiento, las pólizas de seguro con que se está operando no satisfarían esa exigencia, lo que pudiera acarrear las sanciones por no otorgamiento de la garantía exigida en conformidad a lo prevenido en la LGUC y en la OGUC. Cualquiera sea la respuesta, lo concreto es que hoy en día se ofrecen dos formas de garantía, la boleta bancaria y la póliza de seguro, cauciones que aparecen como equivalentes para el lego, pero que, en realidad, son absolutamente disímiles, cuyas certezas en el pago y costo no son homologables, toda vez que la póliza de seguro ofrecida no es de aquellas de ejecución inmediata, sino que requiere la intervención de un liquidador. En síntesis, en el estado actual, la inmobiliaria o constructora debiera preferir otorgar una póliza de garantía sujeta a liquidación y el promitente comprador una boleta bancaria de garantía.

**Para ilustrar estos propósitos, conviene traer a colación aquí la dificultad que se presentó al calificar las garantías exigidas por el artículo 183 J del Código del Trabajo, en su tenor después de la modificación introducida por la Ley N° 20.123, sobre subcontratación.** El inciso 4° de dicho artículo prescribe que: “La garantía deberá constituirse a través de una boleta de garantía, u otro instrumento de similar liquidez, a nombre de la Dirección del Trabajo y tener un plazo de vencimiento no inferior a 120 días, y será devuelta dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la nueva boleta”. Se planteó la interrogante en orden a qué debía entenderse por “instrumento de similar liquidez”. La Dirección del Trabajo resolvió, en sucesivos dictámenes, que las pólizas de seguro sujetas a liquidación no satisfacen ese requerimiento, puesto que no ofrecen la certeza ni liquidez de un pago inmediato, sino que están

<sup>23</sup> Cf. *supra* N° 44.

sujetas a la intervención de un liquidador, pero que sí pueden considerarse como “instrumentos de similar liquidez” las pólizas de ejecución inmediata, las que ya han sido registradas en la Superintendencia de Valores y Seguros y aceptadas por la Dirección del Trabajo.<sup>24</sup>

**58. Cuando se presenta una boleta bancaria a cobro, el banco paga el importe total de ésta, aun cuando los daños efectivos sean inferiores.** El tomador conserva el derecho a exigir la restitución del monto que exceda a los daños efectivos, salvo que se haya estipulado una cláusula penal, que le permita conservar la diferencia.<sup>25</sup> **En la póliza de seguro, en cambio, el liquidador está obligado a “determinar el verdadero valor del objeto asegurado a la época del siniestro, el monto de los perjuicios y la suma que corresponde indemnizar,** informando fundadamente al asegurado y al asegurador la procedencia o rechazo de la indemnización” (art. 14 letra b del Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros, D.S. Hacienda N° 863, D. Of. 5.04.90). La regla deriva del carácter indemnizatorio del seguro, consagrado en el artículo 517 del Código de Comercio, de tal suerte que el asegurador sólo debe indemnizar el perjuicio efectivamente sufrido por el asegurado como consecuencia del siniestro, dentro de los límites establecidos en el contrato y que no pueden exceder la suma asegurada.<sup>26</sup> Nótese que la

<sup>24</sup> En el Ordinario N° 4786/090, de 02.11.2006, la Dirección del Trabajo dictaminó que: 1) Por “instrumento de similar liquidez”, expresión utilizada en el inciso 4° del artículo 183J del Código del Trabajo, debe entenderse todo aquel documento que, al igual que la boleta de garantía, sea de análoga facilidad de ser transformable de inmediato en dinero efectivo. 2) La póliza de seguro no constituye un instrumento de similar liquidez a la boleta de garantía, en los términos previstos en la citada disposición legal, toda vez que carece del requisito esencial que caracteriza a ésta, cual es su liquidez inmediata. Luego, en el Ordinario 0265/008, de 17.01.2007, la misma Dirección complementó el Ordinario N° 4786/090, de 02.11.2006, en el sentido que: “Con respecto a la factibilidad de considerar dentro de los instrumentos idóneos para los efectos que nos ocupan, los depósitos bancarios, específicamente, según lo señala el recurrente, el depósito a plazo tomado en unidades de fomento, cabe señalar que en conformidad con la normativa que regula la materia, entre otras, la Recopilación de Normas sobre Captaciones e Intermediación emanada del Banco Central de Chile y Recopilación de Normas de Bancos y Financieras, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, los citados depósitos, ya sea, a plazo fijo, a plazo renovable o a plazo indefinido, no presentan inconvenientes para su liquidez”. Finalmente, en el Ordinario 465/011, de 01.02.2007, la Dirección del Trabajo resolvió que “La Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata para Empresa de Servicios Transitorios inscrita en los registros de la Superintendencia de Valores y Seguros bajo el código Pol 1 07004, puede ser considerada de similar liquidez a una boleta de garantía bancaria, conforme lo establece el artículo 183-J del Código del Trabajo”. Para resolver así, se tuvo en vista el informe de la Superintendencia de Valores y Seguros que reza: “Acerca si el modelo cumple con los requisitos de liquidez contemplados en el artículo 183 J del Código del Trabajo, en opinión de este Servicio en términos pactados la póliza en comentario y la boleta de garantía presentan características similares, en cuanto en ambas hay un compromiso incondicional a su pago a solo requerimiento del beneficiario. Con ese objeto el modelo de póliza prevé el pago al beneficiario previa formalización del siniestro, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 6°; lo cual conlleva una renuncia a la liquidación a través del procedimiento contemplado en la Ley y el Reglamento de Auxiliares del Comercio de Seguros”.

<sup>25</sup> CAPRILE BIERMANN, Bruno (2002) N°s 231 y s., pp. 171 y s.

<sup>26</sup> Cf. LEMBEYE VALDIVIA, Jorge, *Seguro de garantía*, inédito.

diferencia que apuntamos se presenta entre la boleta bancaria y las pólizas sujetas a liquidación, puesto que las pólizas de ejecución inmediata son, en este punto, idénticas a la boleta bancaria.

### **59. Los bancos normalmente exigen la presentación material del documento en que se emitió la boleta bancaria de garantía para su cobro.<sup>27</sup>**

Lo anterior, unido al carácter de ser una garantía cuyo pago es exigible a solo requerimiento, explica la reticencia de las inmobiliarias o constructoras a entregar la boleta al promitente comprador, prefiriendo dejarla en poder del notario autorizante, con carta de instrucciones, para que sólo pueda ser retirada en caso de efectivo incumplimiento. Para la promitente vendedora es sumamente delicado que cada uno de sus promitentes compradores que pagó un anticipo tenga en su poder una boleta bancaria cuyo pago pueda exigir al banco emisor en cualquier momento. La práctica ha revelado, nuevamente, un especial ingenio en la redacción de esas instrucciones, las que llegan incluso a privar, en los hechos, de la posibilidad de hacerlas efectivas.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> CAPRILE BIERMANN, Bruno (2002) N°s 215 y s., pp. 161 y s.

<sup>28</sup> Surge aquí otra vía por la cual, dando la apariencia de haberse otorgado la garantía en conformidad a la ley, en los hechos se dificulta y prácticamente se impide que el promitente comprador pueda retirar la boleta bancaria de la notaría mientras esté aún vigente. La cláusula que a continuación transcribimos, rescatada de un contrato de promesa de compraventa, es un buen ejemplo de lo que afirmamos: "De conformidad a lo establecido en el artículo primero de la ley diecinueve mil novecientos treinta y dos, y con el efecto de resguardar al promitente comprador la parte del precio que este paga, se toma una Boleta de Garantía del Banco XXX, aceptada por este último, y respecto de la cual las partes acuerdan lo siguiente; a) Que las boletas de garantía quedarán en poder del señor Notario autorizante. b) Que serán entregadas al promitente comprador, si llegado el día del vencimiento de la boleta de garantía, habiendo éste dado fiel cumplimiento a lo pactado en promesa de compraventa, y estando el promitente vendedor en condiciones de otorgar la escritura pública definitiva, no cumpliera culpablemente este último con la obligación de concurrir a su suscripción. c) En el caso de que a la fecha del vencimiento de la boleta de garantía, el promitente vendedor no esté en condiciones de otorgar la escritura de compraventa definitiva, el promitente comprador sólo podrá hacer uso de una de las siguientes alternativas: Uno) Solicitar el retiro de la boleta de garantía al notario autorizante, dándose término al presente contrato de Promesa de Compraventa, desistiendo automáticamente de los derechos otorgados en éste, sin ulterior responsabilidad para ninguna de las partes, otorgando poder suficiente y bastante como en derecho corresponde para que la promitente vendedora en su nombre y representación celebre la respectiva escritura de resciliación. Dos) Manifestar en ese mismo acto y ante el notario autorizante su intención de perseverar en la ejecución del contrato, en cuyo caso autoriza la renovación de la boleta de garantía a un plazo que se acordará de común acuerdo entre las partes. En este evento, se renovará el procedimiento establecido en las letras a, b, c y d de la presente cláusula y la escritura definitiva se celebrará dentro del plazo de quince días contados desde la data en que el promitente vendedor informe al promitente comprador el hecho que se encuentra en condiciones de celebrar el contrato de compraventa. Si el promitente comprador no concurriere a la firma de la escritura, además de pagar la multa pactada, otorga en este acto poder suficiente y bastante como en derecho corresponda, para que la promitente vendedora en su nombre y representación celebre la respectiva escritura de resciliación. d) Las partes acuerdan que el promitente comprador no podrá retirar la boleta de garantía si una vez celebrada la escritura definitiva y antes de inscrita o en trámite de inscripción en el Conservador de Bienes Raíces se cumpliere el vencimiento indicado de la boleta de garantía".

**Para cobrar la póliza, en cambio, no es requisito indispensable que el promitente comprador disponga del documento original, bastando que ésta figure en los registros de la aseguradora.** Le bastarán, entonces, los datos que, según el artículo 3.4.7 de la OGUC, debe contener el certificado que al efecto emitirá la aseguradora y que se incorporan en el contrato de promesa de compraventa.

**60. La boleta bancaria de garantía es considerada como deuda y, por lo mismo, figura en los registros públicos de endeudamiento** a los cuales tienen acceso todas las instituciones bancarias, por disposición de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Por lo mismo, las boletas bancarias de garantía limitan la capacidad de crédito de la inmobiliaria o constructora.

Las pólizas de seguro, en cambio, no están sujetas a la misma publicidad.

61. En cuanto a los **costos** de cada garantía, la boleta bancaria suele ser más onerosa que la póliza de seguro. Si la póliza a considerar fuera de ejecución inmediata, como lo es la boleta bancaria, la brecha se reduciría.

63. La póliza de seguro permite reflejar en su condicionado todos los **pagos parciales** que contempla la promesa, en circunstancias que, si se desea recurrir a la boleta bancaria, habrá que otorgar tantas como pagos existan. Esta ha sido también una gran ventaja de la póliza de seguro en la competencia con la boleta de garantía por el mercado de las ventas en verde, ya que el costo administrativo de generar las garantías es notoriamente más reducido en el caso de las pólizas. En efecto, al momento de emitir la póliza, se refleja en su condicionado el calendario de pago que proyectaron las partes y los costos financieros de la garantía sólo se devengarán a partir de las fechas previstas en dicho condicionado. En la boleta bancaria, en cambio, habrá que emitir tantas como pagos existan, a medida que se vayan generando esos anticipos; si se emitieran todas las boletas al celebrarse la promesa de compraventa, el costo financiero se dispararía, por dineros que el promitente vendedor aún no ha percibido.

64. Las compañías de seguros han sido también particularmente ágiles en la generación de sistemas que permiten a la inmobiliaria o constructora generar las pólizas por vía informática, en el mismo puesto de venta, las que se pueden imprimir en ese acto, incluso durante los fines de semana, postergando tan sólo la autorización notarial de las firmas. La emisión de las boletas bancarias exige, en cambio, formularios seriados, durante días hábiles y en las horas de atención de público de los bancos.

**6° Referencia a la forma de garantía regulada en el artículo 16 de la Ley 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria.**

65. Existe otra garantía relacionada específicamente con el área inmobiliaria y con la construcción, regulada en el artículo 16 inciso 3° de la Ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria, que prescribe:

“Se podrá constituir hipoteca sobre una unidad de un condominio en etapa de proyecto o en construcción, para lo cual se archivará provisionalmente un plano en el Conservador de Bienes Raíces, en el que estén singularizadas las respectivas unidades, de acuerdo con el permiso de construcción otorgado por la Dirección de Obras Municipales. Esta hipoteca gravará la cuota que corresponda a dicha unidad en el terreno desde la fecha de la inscripción de la hipoteca y se radicará exclusivamente en dicha unidad y en los derechos que le correspondan a ésta en los bienes de dominio común, sin necesidad de nueva escritura ni inscripción, desde la fecha del certificado a que se refiere el inciso segundo del artículo 10, procediéndose al archivo definitivo del plano señalado en el artículo 11”.

El artículo 138 bis de la LGUC no acepta esta garantía hipotecaria para los efectos de asegurar la restitución de los anticipos de la promesa de compraventa. Estamos también conscientes de que la eficacia de esta garantía hipotecaria será reducida si es que, como ocurre en la generalidad de los proyectos inmobiliarios, el predio en el cual se levanta la construcción está gravado con hipoteca de primer grado, con cláusula de garantía general, a favor del banco que lo financia. Quizá eso explique su escasa utilización en la práctica de los negocios.

**66. A modo de conclusión, ¿Cuál es el juicio de mérito que nos merece la normativa que ha sido objeto de nuestro estudio y cuáles debieran ser los desarrollos futuros?** La idea inspiradora merece aplausos, pero la técnica legislativa para implementarla fue deplorable. Durante el análisis hemos expuesto las deficiencias que contenía la Ley N° 19.932, las que tuvieron que ser resueltas sobre la marcha, primero mediante el D.S. N° 61 y luego por la Ley N° 20.007, transcurrido poco más de un año después de la ley primitiva.

En cuanto a la eficacia de la normativa, tenemos la sensación (desconocemos estudios estadísticos) de que su grado de cumplimiento sigue siendo bajo, motivado no sólo por la resistencia de los agentes inmobiliarios, sino también de los promitentes compradores a quienes pretende proteger, por la renuencia de éstos a asumir el costo de la garantía. Persisten zonas grises, tales como la omisión de la garantía para las órdenes de reserva o para los gastos operacionales, o sencillamente el no otorgamiento de garantía para los anticipos que se efectúen durante la vigencia de la promesa.

El sistema de sanciones ideado por la ley tampoco parece ser apropiado y creemos que es un tema sobre el cual debiera trabajarse en una futura modificación. La nulidad de la promesa no asegura que el promitente comprador obtendrá la restitución de su anticipo y la generalización de las sanciones penales por incumplimientos contractuales no nos parece prudente.

De *lege ferenda*, creemos que se podría luchar contra el desconocimiento de la normativa, con lo que, dicho sea de paso, se incrementaría su eficacia, estableciendo la obligación de consignar en la publicidad el deber de la promitente vendedora de garantizar los anticipos, como ocurre en España. Pensamos que podría establecerse también la obligación de restituir los anticipos a lo menos reajustados e, idealmente, con intereses.

Más temprano que tarde habrá que discutir en nuestro medio la obligación de que el promotor inmobiliario asegure, por alguno de los medios que señala el artículo 138 bis de la LGUC, no sólo la restitución de los anticipos, sino también la calidad de los inmuebles construidos. Esa pretensión fue planteada durante la discusión de la Ley N° 19.932, en una indicación sustitutiva formulada por el diputado Bustos, pero no prosperó.<sup>29</sup> La fórmula ya existe en el derecho comparado, en países como Francia y España.<sup>30</sup> Naturalmente, habrá que resolver si nuestro mercado inmobiliario está maduro como para imponerla y si la realidad económica chilena y, particularmente, la de los adquirentes de viviendas, puede financiarla, sin incrementar en demasía el costo de los inmuebles.

Formulamos votos para que la crisis económica que vivimos actualmente, y cuyos efectos se han proyectado ya al mercado inmobiliario, no nos brinde la triste oportunidad de aplicar la normativa objeto de este estudio.

---

<sup>29</sup> En la indicación sustitutiva presentada por el diputado Bustos, cuyo texto aparece en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 30 de abril de 2003, se lee: "Agrégase el siguiente artículo 138 bis a la Ley General de Urbanismo y Construcciones: Las personas naturales o jurídicas que tengan por giro la actividad inmobiliaria o aquellas que construyan o encarguen construir bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas, y que celebren contratos de promesa de compraventa sobre unidades que no cuentan aún con la recepción municipal definitiva, o bien con la resolución o certificado municipal en el caso de propiedades que corresponda acoger a la Ley 19.537 sobre copropiedad inmobiliaria, deberán tomar una póliza de garantía. Ésta, debidamente identificada, se incorporará al contrato a favor del promitente comprador, en un valor igual a la parte del precio del bien raíz entregado por éste, para el evento que el contrato no se cumpla dentro del plazo o al cumplimiento de la condición, establecidos por la promitente vendedora, o bien, que las obras realizadas no se ciñan a las especificaciones convenidas".

<sup>30</sup> Cf. artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que regula las "Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción".

## Bibliografía

ABELIUK MANASEVICH, René

(1983): *El contrato de promesa* (Santiago, Ediar Editores Limitada) 106 pp.

(2001) *Las Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 1.148 pp.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003): *De la compraventa y de la promesa de venta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 992 pp.

CAPRILE BIERMANN, Bruno

(2002): *La boleta bancaria de garantía: una garantía a primer requerimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 223 pp.

(2003): "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)", *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 8, pp. 95-112.

CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna, y GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen (2000): *Derecho de la construcción y la vivienda* (Madrid, Editorial Dilex) 706 pp.

DIEZ DUARTE, Raúl (1993): *El contrato de promesa. Estructura civil y procesal* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur) 300 pp.

HÜBNER GUZMÁN, Ana María, y VERGARA ALDUNATE, Sofía (1993): *La promesa ante el derecho y la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Limitada) 525 pp.

LARDINOIS MEDINA, René

(2004): "Ley 19.932. Obligación de garantizar el cumplimiento de contratos de promesa de compraventa de bienes inmuebles", *Informe Jurídico*, Cámara Chilena de la Construcción, N° 2, 2004, 7 pp.

(2005): "Modificación de la ley de ventas en verde", *Informe Jurídico*, Cámara Chilena de la Construcción, N° 4, 2005, 8 pp.

MALAURIE, Philippe, y AYNÈS, Laurent (2005): *Les contrats spéciaux, civils et commerciaux* (Paris, Éditions Cuyas) 687 pp.

MALINVAUD, Philippe; JESTAZ, Philippe; JOURDAIN, Patrice, y TOURNAFOND, Olivier (2004): *Droit de la promotion immobilière* (Paris, Dalloz) 713 pp.

PUELMA ACCORSI, Álvaro (2000): "Los contratos preparatorios", en Fundación Fernando Fueyo Laneri, *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 245-348.