

La boleta bancaria de garantía y la indemnización de perjuicios compensatoria

Casación en el fondo, 26 de marzo de 2007.
Revista *Fallos del Mes* N° 543, pág. 262.

COMENTARIO:

Emilio Rioseco Enríquez

Ex Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Doctrina

En el sistema de nuestro Código Civil se distingue claramente entre garantías y cauciones, entre las que existe una relación de género a especie. La garantía está dirigida, en general, a otorgar seriedad y confianza en las partes respecto al cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones, facilitando el ejercicio de las acciones legales, especialmente para el cumplimiento forzado por equivalencia que podrá cumplirse en la garantía, la cual, para tales efectos se entrega al acreedor o a un tercero. Esto diferencia a la garantía de las cauciones, que el legislador entiende accesoriamente contraídas para la seguridad de otra obligación propia o ajena (art. 46 del C. Civil).

En los mismos términos, corresponde distinguir la boleta de garantía de la cláusula penal, pues la primera no está vinculada necesariamente al cumplimiento de una o varias obligaciones, sino que a la íntegra y oportuna ejecución del contrato en su totalidad y a responder por la indemnización de perjuicios. Por el contrario, la cláusula penal está llamada a responder por el incumplimiento de determinadas obligaciones, ya como pena, ya como evaluación anticipada de perjuicios, según fue pactada, y la opción del acreedor, en su caso, conforme al art. 1543 del C. Civil.

Sentencia

FALLO EXCMA. CORTE SUPREMA

Stgo. 26 de marzo de 2007.

En estos autos rol N° 00161 del Segundo Juzgado Civil de Talcahuano, caratulados "Asociación Gremial de Industriales y Empresarios Huertos Familiares Talcahuano A.G. con Construcciones y Servicios Lanalhue Limitada" sobre indemnización de perjuicios derivados de incumplimiento de contrato, su juez titular por sentencia de treinta y uno de julio de dos mil dos, que se lee de fojas 215 a 224 vuelta, acogió la demanda, sólo en cuanto ordena el pago de la suma de \$ 44.752.746 por concepto de daño emergente (terminación y reparación de obras) y la indemnización por cláusula penal ascendente a la suma de \$ 4.209.861.

Apelada por la demanda y habiendo adherido a la apelación la demandante, una Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción la revocó en aquella parte que hacía lugar a la demanda ordenando el pago del daño emergente, y en su lugar rechazó tal petición y confirmó en lo demás la referida sentencia.

En contra de esta última decisión la demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en concepto de la recurrente la sentencia impugnada ha incurrido en errores de derecho infringiendo diversas disposiciones legales según se pasa a explicar:

Sostiene que el fallo recurrido ha infringido el artículo 1545 del Código Civil, al calificar erradamente las cláusulas contractuales, atribuyéndoles un carácter distinto, infringiendo así la ley del contrato. En efecto, califica de pena o de evaluación anticipada de los perjuicios el pacto contractual por el cual se estableció una garantía, le atribuye el carácter de cláusula penal a aquella que sólo tuvo por objeto establecer una garantía (cláusula 15° del contrato y 7° de su modificación). Estima que se ha infringido el artículo 46 del Código Civil, que define la caución como garantía y no como una cláusula penal, al atribuir los sentenciadores a la boleta bancaria convenida, la calidad común de ser evaluaciones convencionales anticipadas de perjuicios en caso de incumplirse el contrato, en circunstancias que aquel documento tiene el carácter de caución, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento del contrato.

Agrega que se ha vulnerado el artículo 69 N° 13 del D.F.L. 3 de 19 de diciembre de 1997, al darle el fallo recurrido la calidad de cláusula penal a la boleta bancaria

convenida. Esta norma deja en claro que la boleta bancaria sólo tiene una función de garantía, aunque con particularidades especiales y no como cláusulas penales ni como evaluación anticipada de perjuicios.

Asimismo se ha aplicado falsamente el artículo 1535 del Código Civil a hechos que reclaman la aplicación de otras normas, en especial la de los artículos 1545 y 46 del Código Civil y la del artículo 69 N° 13 de la actual Ley de Bancos, toda vez que una Boleta Bancaria, que es una garantía, no tiene la calidad de multa o pena y menos el carácter de evaluación anticipada de perjuicios.

Se han infringido asimismo los demás artículos del título XI del Libro IV del Código Civil, en especial el artículo 1543 del Código Civil, aplicándose a un caso para el cual no está establecido, cuando en el fundamento 17° del fallo impugnado resuelve que al haber cobrado el demandante la boleta bancaria habría optado por hacer efectiva la cláusula penal compensatoria y ya no podría perseguir la indemnización de perjuicios. Así los sentenciadores nuevamente califican erradamente el pacto, ya que el cobro de la boleta no es más que el cobro de la garantía y no de una multa o pena que nunca se ha establecido.

Finalmente observa que se han infringido los artículos 1560 a 1566 del Código Civil, porque los jueces del fondo han desatendido el tenor literal de los pactos y la intención de los contratantes claramente manifestada en ellos. En efecto, las partes nunca le atribuyeron a la boleta de garantía el carácter de una evaluación anticipada de perjuicios. Y al calificar los sentenciadores como cláusula penal en pacto por el cual se estableció la necesidad de otorgar boletas bancarias han desatendido la voluntad de las partes.

SEGUNDO: Que para resolver el presente recurso es útil tener presente los siguientes hechos establecidos por los jueces del fondo:

a. Que las partes estuvieron vinculadas por un contrato de ejecución de obra material, en virtud del cual la demandante le encomendó a la demandada la realización de una obra de suministro e instalación de la red de alcantarillado, en el sector de Jaime Repullo de la ciudad de Talcahuano. El precio pactado alcanzaba a la suma de \$ 51.003.062.

b. Que el contrato se celebró por instrumento privado de fecha 29 de enero de 1998, el que fue modificado por un nuevo instrumento privado el 29 de mayo de 1998, conforme al cual la obra debía estar terminada el 27 de octubre de 1998, plazo que fue prorrogado por la demandante venciendo impostergablemente el 16 de septiembre de 1999.

c. Que en septiembre de 1999 se efectuó por parte de la demandante un anticipo a la demandada por la suma de \$ 12.000.000 contra boleta bancaria de garantía por \$ 2.661.000, que fue cobrada por la demandante.

d. Que a fin de caucionar el fiel cumplimiento del contrato la parte demandada otorgó boleta de garantía consistente en boleta bancaria a la orden de la actora, la que sería devuelta contra recepción provisional de la obra, según se lee en el contrato (cláusulas 15ª del contrato y 7ª de su modificación): “y para tal efecto, el contratista rendirá en esa oportunidad una nueva garantía a la misma orden y con vencimiento a un año mínimo, contado desde la fecha de recepción provisional, la que resguardará la correcta ejecución de la obra y cubrirá una garantía por el período de un año, la que será devuelta dentro de los 15 días siguientes a la liquidación del contrato...”, se sometió asimismo a una multa por cada día de atraso en la ejecución de las obras sobre el plazo contratado (cláusula 16ª del contrato); y se pactó la retención de un porcentaje del valor de cada estado de pago para garantizar el cumplimiento del contrato, el que sería devuelto efectuada la recepción provisoria (cláusula 5ª del contrato).

e. Que se encuentra acreditado que la demandada incumplió el contrato, en cuanto a su obligación de ejecutar correctamente las obras que le fueron encomendadas.

f. Que el recurso de protección rol N° 1381-2000, interpuesto el 21 de diciembre de 1999, tenido a la vista, aparece que ante el incumplimiento del contrato por parte de Construcciones y Servicios Lanalhue Ltda., la demandante le comunicó a esta última que procedería a terminar las obras con otra empresa y que haría efectiva en su oportunidad las garantías contractuales, lo que motivó la interposición del referido recurso de protección por parte de la demandada en el que solicitó la inmediata suspensión del cobro de la boleta bancaria de garantía por la suma de \$ 2.661.000, recurso que fue rechazado por extemporáneo y se ha notificado al Banco Santander para que proceda al pago de la misma.

TERCERO: Que la demandante a través de la acción interpuesta en autos ha solicitado se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y que ésta le indemnice los perjuicios derivados del incumplimiento (mala ejecución de las y obras y retardo en la ejecución de las mismas); la restitución de una suma de dinero entregada a título de anticipo (por la que se habría otorgado por la demandada boleta de garantía por la suma de \$ 2.261.000 y única boleta cobrada por la demandante) y el pago de lo estipulado por concepto de cláusula penal pactada en el contrato por el simple retardo.

CUARTO: Que de lo dicho aparece que las partes en la cláusula décimoquinta del primer contrato pactaron “que a fin de caucionar el fiel cumplimiento del contrato, el contratista rinde en este acto garantía consistente en boleta bancaria a la orden de la demandante por la suma de \$ 4.322.293 con vencimiento al 28 de julio de 1998, la que será devuelta contra recepción provisional de la obra...” y en la cláusula 7ª de la modificación del contrato, las partes señalaron “que a fin de caucionar el fiel cumplimiento del contrato, el contratista rinde en este acto garantía consistente en boleta bancaria a la orden de la demandante por la suma de \$ 5.322.000 con vencimiento al 30 de noviembre de 1998, la que reemplaza la boleta de garantía entregada en el contrato original. Esta garantía le será devuelta contra la recepción

provisional de la obra...". Y que en septiembre de 1999, la demandante efectuó un anticipo a la demandada de \$ 12.000.000, contra boleta bancaria de garantía por \$ 2.261.000, que no formó parte del contrato de ejecución de obra suscrito por las partes, sino que su finalidad fue cubrir aquel anticipo recibido por la demandada (única boleta que el demandante ha hecho efectiva).

QUINTO: Que efectivamente los sentenciadores de la instancia, sobre la base de las estipulaciones contractuales que dieron por establecidas, concluyeron que "en el contrato de ejecución de las obras, la demandada se sujetó a una pena de carácter compensatorio, traducida en el otorgamiento de una boleta bancaria para asegurar el fiel cumplimiento del contrato", como de "la correcta ejecución de la obra". Se agrega luego, que la demandada se sometió "a una pena moratoria consistente en su obligación de pagar una multa ascendente al uno por mil del valor total del contrato por cada día de atraso en la ejecución de las obras sobre el plazo contratado"; estipulaciones que, en concepto de tales magistrados constituyen cláusulas penales, con lo cual "las partes avaluaron en forma convencional y anticipada los perjuicios que ASIEHF podría sufrir a raíz de la no ejecución cabal de la obra encomendada a LANALHUE y a raíz del retardo en su ejecución.

Siguiendo su razonamiento los magistrados dieron por establecido que la demandada "incumplió el contrato en cuanto a su obligación de efectuar una correcta ejecución de las obras que le fueron encomendadas, razón por la cual debe indemnizar los perjuicios ocasionados", respecto de los que se indica existe prueba que los cuantifican en \$ 55.000.000.

Sobre la base de la comunicación de la demandante a la demandada de fecha 25 de noviembre de 1999, en que se expresa que por su cuenta procedería a terminar las obras con otra empresa y que haría "efectiva en su oportunidad las garantías contractuales", lo que habría realizado al notificar al Banco Santander en donde se tomó la boleta de garantía, los jueces de segunda instancia estimaron que la actora "optó por hacer efectiva la cláusula penal compensatoria", deduciendo que en tales circunstancias la demanda no puede prosperar.

Consecuentemente y analizando lo que fueron los plazos otorgados para finalizar las obras, los magistrados consideraron que "la cláusula penal moratoria debe aplicarse", esto es, por "71 días de atraso", ascendiendo a \$ 4.209.861.

SEXTO: Que teniendo en consideración la regla fundamental de interpretación de los contratos prevista en el artículo 1560 del Código Civil, en orden a que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras", que a contrario importa que, al no poder determinarse con claridad dicha intención, corresponde atender los términos del contrato, es que se atenderá a las estipulaciones que se dieron por establecidas por los sentenciadores de la instancia y que han sido reproducidas con anterioridad.

SÉPTIMO: Que el sistema de nuestro Código Civil distingue claramente entre garantías y cauciones, entre las que existe una relación de género a especie. En efecto, la garantía está dirigida, en general, a otorgar seriedad y generar confianza en las partes respecto de la voluntad del cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones, como a prevenir que la posible insolvencia del deudor frustre la eficacia de los efectos de las obligaciones ante el incumplimiento, facilitando el ejercicio de las acciones legales consiguientes, especialmente las correspondiente a la solicitud de cumplimiento forzado por equivalencia, que podrá cumplirse en la garantía, la cual, para tales efectos, se entrega al acreedor o un tercero. Estas particularidades permiten diferenciarle de las cauciones, las que el legislador entiende accesoriamente contraídas para la seguridad de otra obligación propia o ajena (art. 46 del Código Civil).

En los mismo términos corresponde entender de manera diversa la boleta de garantía y la cláusula penal, cuyas particularidades no resulta posible confundir, pues la primera no está vinculada necesariamente al cumplimiento de una o varias obligaciones derivadas de una relación contractual, sino que a la íntegra y oportuna ejecución del contrato en su totalidad, pero lo fundamental es que la garantía está destinada a responder de lo que necesariamente se declare a título de indemnización de perjuicios, única forma de legitimar su retención y destinación por parte del acreedor. Por el contrario, la cláusula penal está llamada a responder por el incumplimiento de determinadas obligaciones, ya que como pena, ya, exclusivamente, como evaluación anticipada de perjuicios, conforme a los términos en que fue pactada y la opción del acreedor, en su caso, según lo contempla el artículo 1543 del Código Civil.

*Esta última distinción fue desconocida por los sentenciadores de la instancia y constituye una errada aplicación de las estipulaciones del contrato y por lo mismo del artículo 1545 del Código Civil. Por lo mismo, al **otorgarle el carácter de cláusula penal a la garantía acordada por las partes, se infringe el artículo 1535 del mismo Código, por contravención formal a su texto.** Lo anterior guarda correspondencia con el hecho que en la demanda deducida por la Asociación Gremial de Industriales y Empresarios Huertos Familiares Talcahuano no se hace mención a las boletas de garantía convenidas por las partes del contrato.*

OCTAVO: Que estas razones son bastantes para acoger el recurso, puesto que las infracciones legales constituyen errores de derecho que han tenido influencia substancial en lo dispositivo del fallo, pues de haber aplicado la ley correctamente se debió confirmar la sentencia de primer grado, que acoge parcialmente la demanda.

Por estas consideraciones, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 785 del Código del Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido a fojas 256, en contra de la sentencia de treinta de agosto de dos mil cuatro, que se lee a fojas 252, en o que ha sido objeto de impugnación y se la reemplaza por la que a continuación, sin previa vista, pero separadamente se dicta.

*Redacción a cargo del Ministro Sr. Sergio Muñoz G.
Regístrese. Rol N° 4.470-04.*

Sentencia (1ª Sala). Pronunciada por los Ministros Sres. Jorge Rodríguez, Sergio Muñoz y Sra. Margarita Herreros y Abogados Integrantes Oscar Herrera y Hernán Álvarez.

Sentencia de reemplazo:

Santiago, veintiséis de marzo de dos mil siete.

En cumplimiento de lo ordenado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, y teniendo además presente:

1º. Que del mérito de lo expuesto en los fundamentos segundo a séptimo del fallo de casación, debe tenerse por establecido que la demandada no cumplió fielmente el contrato de ejecución de obra material a que se obligó y la demandante dedujo demanda de indemnización de perjuicios derivada de ese incumplimiento.

*2º. Que la demandante hizo efectiva la Boleta Bancaria de Garantía otorgada por la demandada para garantizar la devolución del anticipo de la suma de \$ 12.000.000 que en septiembre de 1999 se otorgó por la demandante a Lanalhue Ltda., **no significando ello que la actora optó por hacer efectiva la cláusula penal compensatoria.***

3º Que, en la liquidación, el secretario tendrá presente e imputará el monto de la boleta bancaria cobrada por la actora, esto es, la suma de \$ 2.661.000.

Se confirma la sentencia apelada de treinta y uno de julio de dos mil dos, escrita de fojas 215 a fojas 224 vuelta por la cual se acogió la demanda de indemnización de perjuicios.

*Redacción a cargo del Ministro Sr. Sergio Muñoz G.
Regístrese y devuélvase con sus agregados. Rol N° 4.470-04.*

Sentencia (1ª Sala). Pronunciada por los Ministros Sr. Jorge Rodríguez, Sergio Muñoz y Sra. Margarita Herreros y Abogados Integrantes Oscar Herrera y Hernán Álvarez.

Rol N° 4.470.-04. Asociación Gremial de Industriales y Empresarios Huertos Familiares Talcahuano A.G. con Construcciones y Servicios Lanalhue Limitada. Recurso de Casación en el Fondo, Concepción.

Comentario

1. El caso que motivó este litigio y el recurso de casación antedicho fue el siguiente: La Asociación Gremial de Industriales y Empresarios Huertos Familiares A.G. de Talcahuano (en adelante: La Asociación Gremial) demandó a Construcciones y Servicios Lanalhue Ltda. (en adelante: Lanalhue) cobrándole indemnización de perjuicios, daño emergente, por incumplimiento de un contrato de ejecución de obra material.

El Juez titular de Talcahuano, con fecha 31 de julio de 2002, acogió la demanda condenando a Lanalhue al pago de \$ 44.752.746 por concepto de daño emergente.

Apelada esta sentencia por la demandada, la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 30 de agosto de 2004, la revocó en la parte en que condenaba al pago del daño emergente, confirmándola en otros capítulos.

Contra este fallo recurrió de casación en el fondo la Asociación Gremial, recurso que fue acogido por la Corte Suprema con fecha 26 de marzo de 2007, la cual, en sentencia de reemplazo, confirmó el fallo del juez de primer grado en cuanto acogió la demanda de indemnización de perjuicios fundada en el daño emergente.

2. La sentencia de alzada, para rechazar la demanda indemnizatoria, se fundamentó en lo siguiente: En septiembre de 1999 la Asociación Gremial efectuó un anticipo a Lanalhue por \$ 12 millones contra boleta bancaria de garantía por \$ 2.661.000, boleta que más adelante fue cobrada por la Asociación. Atendida esta circunstancia, la Corte calificó la boleta como una cláusula penal compensatoria y, por consiguiente, estimó que su cobro había significado que la Asociación Gremial ejerció la opción del art. 1543 del C. Civil, esto es, optó por la pena y ello le ha impedido cobrar la indemnización de perjuicios compensatoria por daño emergente. En mérito de lo cual se rechazó la demanda.

3. El fallo de casación, cuya doctrina se ha transcrito al comienzo, da por infringidos con error de derecho los artículos 1545, 1543 y 1535 del Código Civil, al otorgarle el carácter de cláusula penal a la boleta bancaria de garantía, estableciendo una distinción entre los conceptos de "garantía" y "caución" que, al no haberla reconocido los sentenciadores de alzada, ello condujo al rechazo de la acción indemnizatoria, la cual debió ser acogida.

4. Siendo exacta la diferencia planteada en el fallo de casación, entre los conceptos de garantía y caución, consideramos que en caso de la boleta bancaria de garantía su diferencia con la cláusula penal no radica en esta distinción conceptual, porque ambas son cauciones, sino en otro elemento diferenciador al que nos referimos más adelante.

5. En efecto, la boleta bancaria de garantía consiste en el depósito de dinero u obtención de un crédito que el "tomador" realiza con un banco, el cual asume la obligación de pagar una suma a cierto "beneficiario" al sólo requerimiento de este último, en caso de incumplimiento de la obligación por el tomador o por un tercero. (art. 69 N° 13 de Ley General de Bancos).

6. En la cláusula penal, el deudor, a fin de asegurar el cumplimiento de una obligación principal, se sujeta a una pena para el caso de incumplimiento de aquella (art. 1535 del C. Civil).

7. Ambas son cauciones, porque en ambas se contrae una obligación para seguridad de otra obligación... ajena (art. 46 del C. Civil). Pero especialmente es caución la boleta bancaria, ya que se considera que opera mediante una prenda de dinero constituida por el tomador a favor del beneficiario,¹ y que afirma que se trata de una garantía en que el constituyente es el banco emisor de la boleta.²

8. Entonces, si ambas son cauciones en el concepto del art. 46 del C. Civil, es preciso señalar cuál es el elemento diferenciador que las distingue. Tal elemento, básicamente, es el factor accesoriedad, que concurre como característico de la cláusula penal, siempre accesorio a otra obligación principal, mientras que falta en la boleta bancaria de garantía, configurada ésta como una "caución autónoma". De aquí que el banco resulta obligado a favor del beneficiario a su sólo requerimiento, sin que sean procedentes excepciones fundadas en relaciones contractuales posible entre el tomador y el beneficiario o entre el tomador y el banco (inoponibilidad de excepciones).³

9. Por lo tanto, como la boleta bancaria de garantía constituye una caución distinta y diferente a la cláusula penal, quiere decir que no es aplicable el art. 1543 del C. Civil, siendo perfectamente compatible pedir el cobro de la referida boleta y pedir el cobro de la indemnización de perjuicios compensatoria, como

¹ M. Somarriva U. *Tratado de las cauciones*, ed. 1945, N° 247, pág. 230, quien cita la opinión del profesor Raúl Varela V.

² B. Caprile B. "Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria"; artículo en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 8, pág. 95.

³ Circulares de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, citadas en artículo de la nota N° 2.

ocurrió en este caso, puesto que la incompatibilidad opera sólo cuando se ha estipulado una pena compensatoria y se pide, además, una indemnización de perjuicios.

10. Naturalmente que, percibido el monto de la boleta, éste deberá imputarse al valor fijado como indemnización, ya que de lo contrario habría un doble cobro y pago, imputación que aquí se ordenó hacer en la sentencia de reemplazo.