

**BOLETA DE GARANTÍA BANCARIA E INSOLVENCIA.
SU IMPACTO EN EL PRINCIPIO
DE LA *PAR CONDITIO CREDITORUM****

EDUARDO JEQUIER LEHUEDÉ**

RESUMEN: El presente trabajo busca determinar si la emisión y pago de una Boleta Bancaria de Garantía constituye una excepción legítima a la *par conditio creditorum* en el Derecho chileno de quiebras. Se analiza para ello el tratamiento que debe darse a esta garantía bancaria en aquellos casos en que el tomador es declarado en quiebra, con el evidente desequilibrio que se genera entre aquel acreedor que ha satisfecho su crédito mediante el cobro de la boleta –por un lado– y aquellos que, siendo jurídicamente iguales –igualdad ante ley–, deben integrar en cambio la comunidad de pérdidas al no contar con un instrumento semejante.

PALABRAS CLAVE: Boleta bancaria - *par conditio creditorum* - quiebra - igualdad ante la ley - garantía bancaria

**GUARANTEE BANK BOND AND INSOLVENCY. JUDICIAL
NATURE, BUDGETS FOR A VALID PAYMENT AND CRITICAL
ANALYSIS OF ITS IMPACT IN THE *PAR CONDITIO
CREDITORUM* PRINCIPLE**

ABSTRACT: The present work seeks to determine if the emission and payment of a guarantee bank bond –BBG in Spanish– constitutes a legitimate exception of the *par conditio creditorum* in the Chilean Bankruptcy Law. This paper analyses the treatment that must be given to this bank guarantee in those cases that the solicitor is declared in bankruptcy, with the evident imbalance that is generated between the creditors whose credits were paid with the BBG, and those who, despite

* Fecha de recepción: 24 de julio de 2013.

Fecha de aceptación: 16 de octubre de 2013.

** Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, España. Mg. en Derecho de la Empresa, P. Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Comercial, Universidad de los Andes (Monseñor Álvaro del Portillo N°12455, Las Condes, Santiago de Chile) y Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: EJequier@uandes.cl

being legally equal, must integrate the community of losses by not having an equivalent title value.

KEY WORDS: Bank bond - *par conditio creditorum* - bankruptcy - equality before the law - bank guarantee

Sumario: I. La boleta bancaria de garantía como manifestación atípica del sistema de garantías en el derecho chileno. 1. Origen y regulación de la boleta bancaria de garantía. 2. Concepto y modalidades de emisión de la boleta bancaria de garantía. 3. Fines para los que puede emitirse la boleta bancaria de garantía. 4. Naturaleza jurídica de la boleta bancaria de garantía; breve revisión. 4.1. La boleta bancaria como figura compleja, compuesta de actos jurídicos típicos y nominados. 4.2. La boleta bancaria como título de crédito incondicionado y abstracto. 4.3. La boleta de garantía bancaria como garantía autónoma a primer requerimiento. 4.4. Nuestra opinión: la boleta bancaria es un instrumento de garantía atípico y causado. II. La boleta bancaria de garantía en la quiebra del tomador. 1. Cobro de la boleta bancaria de garantía del tomador en insolvencia. 2. Cobro de la boleta bancaria de garantía y su incidencia en el patrimonio del tomador insolvente que deviene en fallido. 3. El cobro de la boleta bancaria de garantía y su impacto en la par conditio creditorum. 4. Carácter revocable o irrevocable del pago hecho al beneficiario.

INTRODUCCIÓN

Una de las características principales de la denominada *boleta bancaria de garantía* –BBG–, que hace de la misma un instrumento de garantía de gran utilidad y eficacia práctica, radica en la inmediatez de su cobro en cuanto título incondicionado a primer requerimiento, que no requiere por lo mismo de un proceso judicial previo de ejecución ni depende –en principio– de la situación patrimonial del deudor. Tal cualidad, que explica además el blindaje jurídico que se le asigna a este mecanismo, constituye un importante atractivo para cualquier acreedor que aspira a obtener el cumplimiento oportuno de la prestación respectiva, sirviendo por lo mismo como un importante catalizador del emprendimiento y la inversión al anular –o mitigar al menos– uno de los principales obstáculos en tal sentido, como es la aversión al riesgo de incumplimiento.

Sin embargo, es esa misma característica la que, en ciertos extremos, puede servir como un incentivo para conductas abusivas del beneficiario respectivo, ya sea por la vía del cobro indebido de la boleta de garantía o, en lo que aquí nos interesa destacar, para eludir simplemente los efectos de la insolvencia declarada del tomador/deudor.

El problema se plantea, en concreto, con el tratamiento que debe darse a esta garantía bancaria en aquellos casos en que el tomador es declarado en quiebra, con el evidente desequilibrio que se genera entre aquel acreedor que ha satisfecho su crédito mediante el cobro de la referida boleta –por un lado– y aquellos que, siendo jurídicamente iguales –igualdad ante ley–, deben integrar en cambio la comunidad de pérdidas al no contar con un instrumento semejante.

La investigación propuesta pretende determinar, en síntesis, si la emisión y pago de la BBG constituye una legítima excepción a la *par conditio creditorum* –como ocurre por ejemplo con el tratamiento de los créditos privilegiados e hipotecarios en la quiebra (al menos en la concepción tradicional de dicho principio)– o si, por el contrario, se trata en último término de un pago hecho por el deudor al beneficiario, originado normalmente –y en principio– en el incumplimiento de una obligación principal. La distinción es determinante, pues de ella depende el tratamiento normativo que deberá darse a la boleta y a su cobro en un contexto de quiebra declarada.

En la primera hipótesis planteada –de excepción legítima–, los acreedores no tendrán acción alguna en contra del beneficiario que, por haberse pagado precisamente por esta vía, no llegó a compartir siquiera la suerte de la masa. En la segunda en cambio –pago indemnizatorio efectuado durante el periodo sospechoso o después de la quiebra–, se configuraría un atentado contra el principio de la *par conditio creditorum*, que deberá abordarse a la luz de los efectos inmediatos y retroactivos de la quiebra.

Como se dirá en las conclusiones, nos inclinamos desde ya por la segunda de las alternativas planteadas, tanto por razones jurídicas como también de equidad. Como apunta SATT¹, en efecto, la *par conditio creditorum* tiene un fuerte contenido ético y su vocación, por lo mismo, apunta a mantener la igualdad de los acreedores frente a la catástrofe financiera del deudor insolvente, lo que exige por ende que los efectos de tal fenómeno se diluyan entre todos ellos en un contexto comunitario de pérdidas.

I) LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA COMO MANIFESTACIÓN ATÍPICA DEL SISTEMA DE GARANTÍAS EN EL DERECHO CHILENO

En un sentido amplio, las garantías consisten en todos aquellos medios, legales o convencionales, destinados a preservar el interés del acreedor por la vía de asegurar el cumplimiento oportuno de la prestación.

¹ SATT, Salvatore (1951) *Instituciones del Derecho de Quiebra*. Traducción de Rodolfo O. Fontanarrosa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 32.

La noción de garantía, entonces, comprende una vertiente técnica y otra que, sin serlo en sentido estricto, cumple no obstante la misma finalidad.

En el derecho chileno, la primera de estas manifestaciones –garantía en sentido técnico o amplio– está compuesta por las denominadas *cauciones* reales o personales a que se refiere el art. 46 del C. Civil, las que comprenden en general todas las obligaciones que se contraen especialmente para la seguridad de otra obligación propia o ajena. La segunda, por su parte –garantía como tutela– está integrada por todos aquellos mecanismos de protección del crédito que, sin ser *cauciones*, persiguen la misma finalidad ya señalada. Así ocurre entre otros con los denominados *derechos auxiliares del acreedor*, con la *cláusula penal* (considerada como sanción y no como garantía), con el traspaso del riesgo a un tercero –*v. gr.* el seguro por incumplimiento– o, en fin, con la obligación genérica de reparación que viene implícita en aquellos casos en que la cosa no sirve para los fines esperados, irrenunciable incluso en el Derecho del consumo.

En este contexto entonces, caracterizado por la contraposición entre los intereses involucrados en toda relación obligacional y, más concretamente, entre un crédito como derecho subjetivo y una deuda como deber jurídico de pago, la denominada *boleta bancaria de garantía* constituye una *caución*, vinculada causalmente por ende a la obligación que le da origen según se explicará más adelante.

1) ORIGEN Y REGULACIÓN DE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA

La BBG, siguiendo el *iter* evolutivo de otras tantas creaciones del Derecho comercial en su conjunto, no es más que el resultado de la práctica y de los usos y costumbres del comercio, surgidos de la necesidad de aportar al tráfico jurídico-mercantil un mecanismo de garantía bancarizada de gran solidez y eficacia.

Hasta el año 1959, en que se dicta la Ley N° 13.305 (D.O. de 4 de abril de 1959) que modificó la Ley General de Bancos –LGB– de 1947 (Decreto N° 3.154, de 23 de junio), las entidades bancarias comerciales estaban impedidas de afianzar obligaciones de terceros y, en general, de otorgar su garantía personal. Como alternativa sin embargo², y considerando que la LGB de 1925 les permitía recibir depósitos, a partir del D.F.L. N°192 de 1931(D.O. de 20 de mayo), que modificó a su vez el art. 75 de la ley de 1925 (D.L. N°559, D.O. de 26 de septiembre), los bancos fueron autorizados para emitir las denominadas “*boletas o depósitos*”

² Véase también a PRADO PUGA, Arturo (2000). “Algunos aspectos de la boleta de garantía bancaria”. *Revista Gaceta Jurídica*, N° 238, p. 7. Id. LegalPublishing N° CL/DOC/3423/2012.

de garantía”, las que se serían “*inembargables por terceros extraños al contrato o a la obligación que caucionan*”. La norma se repitió (art 69 N°13 del Dcto. N° 3.154, Hacienda).

El panorama descrito cambió radicalmente al dictarse la Ley N° 13.305, antes mencionada, que facultó expresamente a los bancos para avalar letras de cambio y “*otorgar fianzas simples y solidarias (...)*”, con sujeción a las restricciones establecidas en la misma ley y a las que estableciera la Superintendencia de Bancos (art. 195, letra “d”). A partir de ese momento, el uso de la boleta bancaria se extendió rápidamente en la práctica comercial, pues, a diferencia de lo que había ocurrido antes, su emisión no dependía ya –o al menos no exclusivamente– del depósito previo por parte del tomador. Como alternativa al señalado depósito, en efecto, el banco podía emitirla ahora con cargo a un crédito que le otorgaba a su tomador, lo que en último término involucraba el otorgamiento de una garantía personal del banco en favor de terceros, acreedores de su cliente.

En la actualidad, la emisión de boletas o depósitos de garantía se encuentra contemplada en el art. 69 N°13 de la LGB vigente (D.F.L. N°3, D.O. de 19 de diciembre de 1997), que repite el texto legal anterior al señalar que entre las operaciones de banco se encuentra precisamente la de “*Emitir boletas o depósitos de garantía, que serán inembargables por terceros extraños al contrato o a la obligación que caucionen.*” Por su parte, el Capítulo 8-11 de la Recopilación Actualizada de Normas –RAN– de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras –SBIF– reconoce la existencia y plena validez de este tipo de instrumento, regulando algunos aspectos esencialmente formales del mismo.

2) CONCEPTO Y MODALIDADES DE EMISIÓN DE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA

Según el apartado 1.1. del Capítulo 8-11 de la Recopilación Actualizada de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras –RAN–, “La boleta de garantía es una caución que constituye un banco, a petición de su cliente llamado el ‘Tomador’ a favor de otra persona llamada ‘Beneficiario’ que tiene por objeto garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída por el tomador o un tercero a favor del beneficiario.” Según WINTER³, se trata de “Un documento emitido por un banco (banco emisor) a solicitud y por cuenta de un cliente (tomador), en virtud del cual el banco se obliga a pagar a la persona a

³ WINTER IGUALT, Rodrigo (1995) *Boleta de Garantía*. Santiago: Instituto de Estudios Bancarios, p. 15.

cuyo favor se extiende (beneficiario) una cierta cantidad de dinero, contra la sola presentación del documento de cobro”. AEDO⁴, por último, la define señalando que “La boleta bancaria de garantía supone que un sujeto, denominado tomador, solicita a una institución bancaria, la emisión de un documento denominado depósito o boleta de garantía, para asegurar a un tercero, denominado beneficiario, el cumplimiento de una obligación derivada de un contrato”.

Según esto entonces, en el proceso de generación de la boleta habrán de intervenir siempre y necesariamente (a) un banco comercial que la emite y (b) la persona natural o jurídica que como cliente se lo solicita, llamado también “tomador”, generándose entre ambos una relación comercial que estará marcada por un contrato previo de depósito o de crédito, según se dirá. Extramuros del proceso de emisión queda entonces el tercero en cuyo beneficio se emite la boleta, quien pese a ser el único habilitado para su cobro, no forma parte ni interviene en la relación entre el banco y su cliente. “La existencia de un depósito o de un crédito –dice el apartado 1.1. precitado– solo mira a las relaciones entre el banco y el tomador y no interesa al beneficiario, por cuanto la obligación de pagar la boleta será siempre incondicional para el banco”.

Por su parte, y sin perjuicio de lo anterior, entre el beneficiario y el tomador existirá a su vez una relación jurídica fundamental que, en lo que a estos concierne, servirá de causa final para la emisión del instrumento. Queda por determinar, con todo, si esa relación subyacente se mantiene vinculada o no a la BBG una vez emitida, comunicándole a la misma las excepciones personales que pudieren surgir de la primera. Sobre esto volveremos más adelante.

Tratándose de las modalidades de la emisión, por último, el mismo apartado 1.1. antes mencionado precisa las dos maneras en que un banco puede emitir una boleta de garantía, esto es: (a) mediante la constitución previa de un depósito de dinero por parte del tomador, por el monto de la boleta a emitir; o (b) mediante el otorgamiento de un crédito por parte del banco a su cliente-tomador, documentado normalmente en un pagaré emitido por este último a favor del primero. En la primera modalidad, y considerando que el depósito del dinero por parte del cliente-tomador tiene como preciso fin la emisión de la boleta de garantía, debe entenderse que tal depósito –irregular en los términos del art. 2221 del Código Civil⁵– lo hace en favor del beneficiario, sin que pueda liquidarlo

⁴ AEDO BARRENA, Cristián (2008). “Las garantías del acreedor frente al incumplimiento”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, N° 2, pp. 293 – 310, p. 298.

⁵ PUELMA, criticando aquella tesis doctrinal y jurisprudencial que ve en este depósito un contrato de prenda de dinero entre el tomador y el beneficiario (pues no existiría entre ellos una genuina entrega del dinero), señala que lo que existe aquí es un negocio fiduciario con fines de garantía entre ambos, en donde el tomador realiza un acto fiduciario real a favor del be-

o retirarlo anticipadamente por ende. En el segundo caso, en que la boleta se emite con cargo a un crédito, entendemos que tal depósito existe igualmente aunque intermediado por un contrato de comisión mercantil entre el cliente y el banco, en cuya virtud este último solo puede destinar el monto de dicho crédito a la emisión de la boleta de garantía. No existe entre ellos una entrega real de ese dinero, pero sí una ficta o simbólica.

3) FINES PARA LOS QUE PUEDE EMITIRSE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA

Se refiere a este aspecto el apartado 2 del Capítulo 8-11 de la RAN. Según la norma reglamentaria, en primer término, los bancos pueden emitir boletas de garantía para garantizar:

a) El cumplimiento en objeto de obligaciones de dar, hacer o no hacer contraídas por el tomador para con el beneficiario.

b) El pago de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de las precitadas obligaciones, con exclusión de las obligaciones de crédito de dinero definidas en el artículo 1° de la Ley N° 18.010. Dentro de este concepto se comprenden las que tengan por objeto garantizar la devolución de los anticipos recibidos a cuenta del pago de una obligación de hacer.

En este segundo caso, nos parece evidente que tanto el incumplimiento propiamente tal como la cuantía de la indemnización deben ser determinados por el juez natural determinado por la ley (a menos que esa cuantía haya sido especificada convencional y anticipadamente por las partes); y en todo caso con sujeción a un debido proceso o proceso con todas las garantías. No puede por ende el beneficiario, unilateralmente, dar por incumplida la obligación garantizada para provocar artificialmente el cobro de la boleta de garantía, pues por esa vía se afectan derechos fundamentales del tomador como son precisamente las recién apuntadas y la igualdad ante la ley e incluso el derecho de propiedad sobre los dineros depositados, si fuere el caso. Así lo dijo la E. Corte Suprema:

“El recurrido ha actuado como un órgano jurisdiccional, por sí y con su fuerza de autoridad, interpretando las cláusulas del contrato de suministro de vehículos, resolviendo que hubo incumplimiento de la empresa recurrente, lo que estima le permite aplicar multas y cobrar la boleta de garantía bancaria, imputándola al pago parcial de la multa y cuyo saldo pide se cancele a la brevedad, en circunstancias que planteada la discrepancia entre los contratantes solo cabe demandar ante el órgano

beneficiario, que cae dentro del concepto amplio de *caución*. PUELMA ACCORSI, Álvaro (1971) *Estudio jurídico sobre operaciones bancarias en Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 88 y 89.

jurisdiccional competente para que este sea, dentro de un debido proceso, quien determine si hubo o no incumplimiento, interpretando los antecedentes de la licitación. En consecuencia, lo actuado por el (...) recurrido vulnera la garantía establecida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, relativa a la igualdad ante la ley, puesto que en forma unilateral ha decidido ponerse en un plano de preeminencia respecto de la empresa recurrente, imponiendo su voluntad por la fuerza, en circunstancias que los efectos del contrato celebrado obligan a las partes en un plano de igualdad, como lo expresa el artículo 1545 del Código Civil; la misma actitud, por otra parte, amenaza el derecho de propiedad de la recurrente garantizado en el numeral 24 del citado artículo 19, respecto al cobro de la boleta de garantía bancaria, ya que como tomadora de la misma es deudora de la obligación que de ella deriva, debiendo reembolsar al Banco su importe tan pronto como la entidad pague al beneficiario y, finalmente, al arrogarse facultades que corresponden privativamente a los Tribunales de justicia, ha vulnerado la garantía establecida en el inciso cuarto del numeral 3° del precepto constitucional”⁶.

Lo anterior no implica, entiéndase bien, que el banco emisor puede eximirse de su obligación de pagar la boleta de garantía invocando la anterior circunstancia. Por el contrario, y como se dijo *supra*, a este último le está vedada la posibilidad de condicionar dicho pago si el beneficiario se lo requiere formalmente (apartado 1.1., Cap. 8-11, RAN), por lo que deberá efectuarlo siempre que no medie una resolución judicial que le ordene lo contrario. Frente al cobro indebido, en fin, el tomador no tendrá más opción que demandar judicialmente la indemnización de los perjuicios causados por el beneficiario, pues el banco no ha hecho más que cumplir con la obligación que asumió al emitir la boleta; sin perjuicio de las acciones que puedan ejercer a su vez los demás acreedores del tomador declarado en quiebra, según se dirá más adelante.

4) NATURALEZA JURÍDICA DE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA: BREVE REVISIÓN

Uno de los aspectos que mayores dificultades y opiniones ha generado la BBG hasta hoy, tanto en doctrina como para la jurisprudencia, radica en la determinación de su concreta naturaleza jurídica. No es esta la oportunidad de revisar en detalle las distintas tesis que se han

⁶ CORTE SUPREMA, 28 de abril de 1997. Rol N°3-1997. “Dinamex Chile S.A. con Cuerpo Militar del Trabajo; Brigadier General don Sergio Espinoza Davies”. Id. LegalPublishing N° CL/JUR/2243/1996.

planteado en este sentido, pues ello escapa al propósito de este estudio. Sin embargo, resulta de interés hacer al menos una breve reseña de las mismas, con énfasis en aquella que nos parece más acertada de cara a la estructura dogmática de este instituto.

A partir del examen de la naturaleza jurídica de la BBG y de su incoordinación con los principios y efectos que informan el Derecho de quiebra, en fin, se tratará de plantear y resolver ciertos aspectos de especial relevancia práctica, respecto de los cuales no existe consenso doctrinal ni jurisprudencial: ¿Atenta el cobro de la BBG contra la *par conditio creditorum*?; ¿Qué es lo que se paga concretamente por esta vía al beneficiario?; ¿Se trata por ende de pagos inoponibles a la masa? ¿Debe distinguirse entre la obligación del banco emisor de pagar la boleta a solo requerimiento, por un lado, y la relación fundamental o subyacente que dio origen a esa emisión, por el otro? En otros términos, ¿existe alguna vinculación jurídica causal entre la relación obligacional que se genera entre el banco y el beneficiario y, a su vez, entre este último y el tomador?

Se trata, en fin, de interrogantes cuya respuesta requiere de una definición previa en punto a la concreta naturaleza jurídica de la BBG y, principalmente, de su carácter abstracto y autónomo –como proponen algunos autores– o causado y accesorio –como entendemos nosotros–.

4.1) LA BOLETA BANCARIA COMO FIGURA COMPLEJA, COMPUESTA DE ACTOS JURÍDICOS TÍPICOS Y NOMINADOS

Una primera postura doctrinal⁷ concibe a la boleta bancaria como un acto complejo en el cual confluyen copulativamente los siguientes actos y contratos:

- A) Un depósito irregular entre el tomador y el banco.
- B) Una estipulación a favor de otro que hace el tomador en beneficio del tercero con quien celebró el contrato que origina la obligación garantizada, lo que explicaría a su turno la relación jurídica que existe entre el beneficiario y el banco.
- C) Un contrato de prenda de dinero entre el tomador y el beneficiario, por el cual este último se haría dueño del monto depositado en el banco emisor. Esta característica es la que justificaría precisamente, según algunos autores⁸, la circunstancia de que el banco no pueda eximirse del pago de la boleta y que el tomador, por su parte, no

⁷ Por todos VARELA VARELA, Raúl (1948). “Comentario a la sentencia recaída en el juicio ‘Wessel Duval y Cía. con Seltzer y Schwarzenberg’”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, año 1948, 2ª parte, Sec. 1ª, p. 120. Más recientemente CAPRILE (2002), p. 50, quien afirma que es esta la tesis mayoritaria en Chile.

⁸ En este sentido LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel (1995) *El contrato de prenda civil*. Santiago: Editora Metropolitana, p. 29.

pueda impedir por regla general dicho pago, ya que por la prenda el beneficiario se hace dueño del dinero depositado real o fictamente. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, al señalar que “(...) *no obstante que el dinero de que da cuenta la boleta se encuentra depositado en el banco, ya sea por haberlo entregado el tomador o por un mutuo que esa entidad pudo haberle otorgado, el beneficiario en cuyo favor se emitió la boleta se hace dueño de ese depósito y el tomador no puede oponerse a que el banco pague su monto al beneficiario, ni aunque alegue que este no ha cumplido la obligación caucionada, porque ello desvirtuaría la prenda, y el banco está también obligado por su parte a pagar sin dilación*”⁹.

Se ha criticado esta tesis por el carácter accesorio del contrato de prenda como caución, que depende por lo mismo de un contrato principal (art. 1442, en relación con el art. 2406, ambos del C. Civil), en circunstancias que el banco emisor de una boleta de garantía no puede eximirse de su pago fundado en la suerte del contrato principal que ha originado su emisión. Compartimos la crítica, pero no su fundamento.

Según el art. 69 N°13 de la LGB, recordemos, los depósitos o boletas de garantía “*serán inembargables por terceros extraños al contrato o a la obligación que caucionen*”, de lo que se sigue, *a contrario*, que sí podrán embargarse y, en general, sujetarse a medidas precautorias según la concepción amplia que se le da al término “embargo” en el art. 1464 N°4 del C. Civil. Así lo ha señalado también la sentencia citada *supra*:

“2) (...) *existe una norma especialísima referida a las boletas de garantía, que prevalece por ello sobre la anterior, y es la contemplada en el art. 69 N° 13 de la Ley General de Bancos, que establece que son inembargables las boletas o depósitos de garantía por terceros extraños al contrato o a la obligación que caucionen, de lo que se deduce, a contrario sensu, que son perfectamente embargables por las partes de esos contratos.*

3) *Que, por consiguiente, de lo dicho resulta que las boletas de garantía afectas al gravamen judicial de autos, si bien son inembargables por terceros extraños al contrato que les dio nacimiento o a la obligación que caucionan, son perfectamente embargables por el tomador o el beneficiario*”

En consecuencia, si el tomador de la boleta de garantía bancaria está facultado para impedir su cobro mediante el embargo a que se refiere el art. 69 N° 13 de la LGB, pudiendo recuperarla eventualmente en ese o en otro juicio seguido con el beneficiario, difícilmente podría sostenerse

⁹ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 19 de julio de 2000, Rol N° 947-1998 [no se indican partes]. Id. LegalPublishing N° CL/JUR/2018/2000.

que este último se ha hecho dueño del dinero depositado por efecto de un contrato de prenda de dinero, como propone esta tesis.

Podemos decir entonces con AEDO¹⁰ que la boleta de garantía bancaria es efectivamente un instrumento causado y esencialmente accesorio; pero no por existir aquí un contrato de prenda de dinero, sino porque es la propia ley la que permite su embargo por el tomador, fundado en circunstancias que necesariamente habrán de emanar de la relación principal, fundamental o subyacente que lo vincula jurídicamente con el beneficiario. Que no sea una prenda de dinero, con todo, no implica que no se trate igualmente de una caución, pues, como señaló en su momento la Corte Suprema, “*Si no pudiera calificarse como prenda la garantía consistente en una suma de dinero, constituiría de todos modos una caución que no está prohibida por la ley*”¹¹. Sobre esto volveré más adelante.

4.2) LA BOLETA BANCARIA COMO TÍTULO DE CRÉDITO INCONDICIONADO Y ABSTRACTO

Propuesta por Raúl VARELA MORGAN¹², según esta tesis la boleta de garantía es un título de crédito abstracto, que contiene una promesa incondicionada de pago a favor del beneficiario. En cuanto a la relación entre el banco y el tomador –agrega–, no hay depósito alguno sino simplemente un servicio que el primero le presta a su cliente.

Nos parece sin embargo que no estamos en presencia de un título de crédito, y menos de uno abstracto y autónomo según se adelantó *supra*:

a) No es título de crédito

La boleta de garantía no puede ser considerada como título de crédito, pues, como destaca el apartado 1.2.b. del Capítulo 8-11 de la RAN, “Acorde con la función para las que fueron creadas, en la extensión de una boleta de garantía debe dársele a esta el carácter de nominativa y no endosable”. Para tal efecto –agrega la misma disposición–, deberá utilizarse únicamente la forma “*El Banco ... pagará a (nombre del beneficiario)*”, aconsejando incluir incluso en su texto la expresión “*no endosable*”, para evitar cualquier confusión con lo que dispone el art. 18 de la Ley N° 18.092.

De esta forma entonces, y siendo una característica fundamental de todo título de crédito su transferibilidad, cualquiera sea su ley de circulación, nos parece que tal noción debe ser descartada en lo que a este instrumento bancario concierne. Dicho en otros términos, si el derecho

¹⁰ AEDO (2008), p. 301.

¹¹ CORTE SUPREMA. 11 de enero de 1947. “Wessel Duval y Cía. con Seltzer y Schwarzenberg”, citada *supra*.

¹² Citado por GONZÁLEZ SAAVEDRA, Miguel (1962) *Boleta Bancaria de Garantía*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 27.

incorporado en la boleta de garantía no puede circular *en razón de la naturaleza misma del título*, no parece acertado darle a la misma el carácter de título de crédito. Distinto es el caso de aquellos títulos de crédito que no pueden circular por voluntad de quienes intervienen en su emisión (v. gr. el cheque nominativo), pues allí no es la naturaleza del título lo que marca su intransferibilidad, sino la voluntad recién señalada. Nótese que ni siquiera entramos aquí en aquella discusión doctrinal iniciada por VIVANTE y negada por BOLAFFIO¹³, en cuanto a aceptar o no como títulos de crédito los títulos nominativos, ya que en este caso la boleta de garantía bancaria es un instrumento que no puede circular en modo alguno, a diferencia del título de crédito nominativo¹⁴.

Junto con la abstracción, la literalidad y la autonomía, en fin, la circulación es un elemento que distingue precisamente al título de crédito y justifica su existencia, de cara a la insuficiencia del mecanismo de cesión del derecho civil para responder a las exigencias circulatorias del crédito, de manera que no puede haber títulos de crédito que sean *por naturaleza* intransferibles. Como apuntan BONFANTI y GARRONE¹⁵, la circulación constituye uno de los aspectos más relevantes del título de crédito. “El tráfico cambiario –dicen– carecería de sentido si no funcionaran determinadas leyes de circulación, si no se distinguiera una circulación regular de otra anómala, si no se facilitase la misma a través o por medios que proporcionen simplicidad, a la vez que seguridad, a este tráfico.” Por lo mismo, constituye una *contradictio in termini* la sentencia de WINTER¹⁶ en este sentido, cuando le atribuye a la boleta de garantía bancaria el carácter de un “título de crédito intransferible”.

Todavía más, a partir de las modificaciones introducidas a la RAN (Cap. 8-11) por la Circular N° 3.195 de la SBIF, de fecha 4 de octubre de 2002, la BBG da cuenta de una obligación de pago que ni siquiera es susceptible de ser transferida mediante el régimen común de cesión de créditos personales del C. Civil¹⁷.

¹³ Sobre esta discusión puede consultarse A GÓMEZ LEO, Osvaldo R. (1982) *Instituciones de Derecho Bancario*. Tomo I, Títulos de crédito. Buenos Aires: Depalma, p. 153 y ss.

¹⁴ Según MESSINEO, “Es nominativo el título que lleva el nombre del primer portador, como el título a la orden [...] pero [...] se establece una diferencia. La misma reside en el hecho que el título a la orden es completo en su literalidad, mientras que el nominativo no puede prescindir de la intestación (o inscripción) en el registro del emitente y de la conformidad de ambas.” MESSINEO, Francesco (1971) *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. IV. Buenos Aires: Ejea, p. 267. El título nominativo, en consecuencia, sigue siendo transferible, solo que con requisitos adicionales, pues tanto su emisión como sus sucesivas transmisiones deben ser inscritas en los registros del emisor o librador.

¹⁵ BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto (1967) *De los Títulos de Crédito*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 4 y ss.

¹⁶ WINTER (1995), p. 88.

¹⁷ Como destaca CAPRILE, en su redacción original el apartado 1.1. del Capítulo 8-11 de la RAN señalaba: “Por otra parte, como la Ley 18.092 sobre letras de cambio y pagaré, en

b) No es un título autónomo

Si la boleta bancaria no puede circular, resulta incorrecto hablar por ende de un título *autónomo*; o al menos no en la concepción que se le asigna a dicho fenómeno en la teoría de los títulos de crédito. La autonomía supone, precisamente, la existencia de un derecho originario que nace nuevo en cada transferencia del título y que, por ende, se encuentra desvinculado de la posición jurídica de los anteriores portadores¹⁸. El obligado, en síntesis, no puede oponer al portador legítimo las excepciones personales de los anteriores portadores, pues el derecho cartular se adquiere cada vez de manera autónoma; pero si tales portadores no existen, por la naturaleza misma del título, no hay autonomía posible.

c) No es un título abstracto

Si las boletas bancarias son embargables por el tomador –decíamos–, por circunstancias vinculadas necesariamente “*al contrato o a la obligación que caucionen*” (art. 69 N°13 de la LGB), mal podrían considerarse como títulos de crédito abstractos. Por el contrario, se trata de un instrumento que, en lo que a las partes del negocio u obligación garantizada concierne –tomador/beneficiario–, se mantiene unido causalmente al mismo desde el momento mismo en que aquella se emite y durante toda su vigencia además, considerando que no pueden circular. Podrá hablarse acaso de un título valor, cuya causa se explicita precisamente en la literalidad del documento, pero nunca de un título de crédito.

En virtud del principio de abstracción, en efecto, una vez que el documento circula en el tráfico jurídico –y con él el derecho documental incorporado– se desvincula de la relación jurídica causal o subyacente, de manera que el obligado no puede oponerle al portador legítimo excepciones derivadas de dicho acto o contrato causal. Mientras no circule en cambio, dicho título se mantiene ligado a su relación causal o fundamental, por lo que mantiene su carácter causado¹⁹.

su artículo 18, permite el endoso aun cuando el documento no esté a la orden, conviene agregar en las boletas de garantía el término ‘no endosable’, que el mismo artículo establece para que sea aplicable la transferencia conforme a los preceptos que rigen los títulos de crédito nominativos, permitiendo sin embargo el endoso en comisión de cobranza, todo lo cual se aviene con la naturaleza jurídica de este especial documento”. La Circular N° 3.195 suprimió sin embargo la expresión “para que sea aplicable la transferencia conforme a los preceptos que rigen los títulos de crédito nominativos”, dejando en claro que la BBG no puede ser cedida como crédito nominativo, según las reglas contenidas en los arts. 1901 y ss. del C. Civil (CAPRILE [2002]. Anexo a la 1ª edición, pp. 15 y 16).

¹⁸ Vid. ESCUTI, Ignacio A. (1985) *Títulos de Crédito*. Buenos Aires: Astrea, pp. 15 y 16.

¹⁹ Así lo dijo la Corte Suprema: “(...) *el pagaré es un documento abstracto e independiente solo respecto a los terceros o personas ajenas a la relación fundamental o negocio que le dio origen, con lo cual se garantiza su expedita circulación y la seguridad de su tráfico jurídico, sin consideración de la parte que lo suscribe, estableciéndose, además, el denominado principio cambiario de inoponibilidad, desde que el demandado de una obligación de esta naturaleza, no puede oponer*

En síntesis, la boleta de garantía bancaria es un título perfectamente causado, tanto porque el tomador puede siempre embargarla o someterla a medidas precautorias, cuanto porque siendo un instrumento no endosable no se desvincula jamás de la relación jurídica que la origina. Cosa distinta es que al banco garante no le esté permitido excusarse de pagar el importe de la boleta, ante el solo requerimiento del beneficiario; o que aquel no pueda tampoco invocar excepciones propias de la relación jurídica entre el tomador y el beneficiario. En tales casos, pues, no estamos en presencia de la abstracción como elemento distintivo de los títulos de crédito, según parece entenderlo la doctrina que comentamos, sino ante una característica propia de la boleta de garantía bancaria que surge de la finalidad económica para la que fue creada y que se circunscribe, en último término, al concreto ámbito de la relación jurídica entre el cliente/tomador y el banco emisor. Este último, en fin, debe pagar a primer requerimiento porque así se obligó para con el beneficiario al emitir la boleta, siguiendo en ello las instrucciones expresas que recibió de su comitente (art. 268 inc. final del Código de Comercio), pero no porque se trate en la especie de un título de crédito abstracto y autónomo.

4.3) LA BOLETA DE GARANTÍA BANCARIA COMO GARANTÍA AUTÓNOMA A PRIMER REQUERIMIENTO

Es la tesis que propone CAPRILE²⁰, para quien la boleta bancaria constituye una garantía personal y autónoma en donde opera plenamente el principio de inoponibilidad de las excepciones personales. Se diferencia por lo mismo de la fianza —dice—, ya que a diferencia de esta la boleta de garantía bancaria no es accesoria a una obligación principal, sino autónoma e independiente.

La opinión planteada recoge esencialmente los lineamientos del denominado “contrato de garantía autónoma” o “garantía a primer requerimiento” y del principio *solve et repete*, cuyas bases doctrinales se encuentran en la Alemania del siglo XIX y concretamente en los postulados

al demandante, excepciones fundadas en relaciones personales suyas con anteriores portadores del respectivo instrumento. Al contrario de lo expuesto, entre las partes que celebraron el negocio jurídico que generó el acto cambiario, pagaré en el caso de autos, este no reviste el carácter de abstracto o independiente, por cuanto entre ellos dicho acto resulta directamente relacionado o vinculado al negocio causal, al extremo que, en esta situación, el demandado por acciones cambiarias, puede oponer las excepciones reales que consten del instrumento y las personales suyas que pueda hacer valer en contra del acreedor”. CORTE SUPREMA, 29 de abril de 2009. Rol N° 1984-2008. “Inmobiliaria e Inversiones Braun Limitada con Erick Vergara Moreno”. Id. LegalPublishing N° CL/JUR/7955/2009.

²⁰ CAPRILE BIERMANN, Bruno (2002) *La boleta bancaria de garantía. Una garantía a primer requerimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 126 y ss., quien afirma que es esta la tesis mayoritaria en Chile.

de la doctrina de la *garantía pura* de Rudolf Stammpler²¹, retomada luego por la doctrina y la jurisprudencia en Italia bajo el nombre de “contrato autónomo de garantía”²², y en España bajo la denominación alternativa de “aval a primera demanda”, “aval a primer requerimiento”, “garantía a primera demanda” o “garantía a primer requerimiento”.

Se caracteriza esta figura, básicamente, por el carácter principal e independiente de la obligación que asume el garante, la que se mantiene desligada de la relación jurídica causal en virtud del expreso acuerdo de las partes en tal sentido. Como explica el Tribunal Supremo español, en fin, se trata de un “*contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1225 del Código Civil (...) en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando este se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriadad (...) de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido*”²³.

En Francia en cambio, la doctrina del *contrato autónomo de garantía* ha encontrado ciertos obstáculos al momento de ser aplicada por la jurisprudencia, en el marco de un ordenamiento jurídico esencialmente

²¹ Según este autor, la garantía pura se fundaba en la necesidad de facilitar la gestión del deudor garantizado y obedecía a la estrategia de un garante que tenía un interés personal y directo en la buena marcha de esa empresa, incluso por simple altruismo. Terminada la segunda gran guerra, la tesis fue retomada y desarrollada por los operadores de comercio exterior de la época bajo la denominación genérica de “*garantieverträg*”, o “contrato autónomo de garantía”, sin sujeción accesoria de ninguna especie; aunque ya no por altruismo ni por el interés en el buen funcionamiento de la empresa garantizada, sino a cambio de una retribución a favor del garante que prestaba ese servicio de garantía. Sobre la teoría de la garantía pura de Stammpler puede consultarse a GARCÍA MEDINA, José (2002). “El aval a primera demanda, o aval a primer requerimiento”. *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 46/2002, parte Boletín, Editorial Aranzadi, Pamplona, febrero de 2003.

²² Sobre el contrato autónomo de garantía en el derecho italiano puede consultarse a DE SANNA, Paola (1988) “Accesorieta ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta”, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, N° 93, Editrice Giuffrè, Milano, p. 2.

²³ Sentencia de 17 de febrero de 2000, N° Id. Aranzadi Westlaw: RJ/ 2000, 1162. INFANTE lo define por su parte como un “*Contrato, por regla general, unilateral y oneroso, por el que el garante profesional (la entidad de crédito o seguro) garantiza la deuda, o la apariencia de deuda, de su mandante, obligándose a pagar al beneficiario una cierta cantidad de dinero cuando este notifique a aquel, formalmente, no haber obtenido una determinada prestación o un cierto resultado económico derivado de su relación jurídica, o aparente, con el mandante de la garantía, y estructurándose dicha obligación de garantía de manera totalmente independiente de la operación u operaciones garantizadas.*” INFANTE RUIZ, F.J.(2002) La causa en el aval a primera demanda. Tesis doctoral (inédita). Sevilla, 2002.

causalista. Como apunta CARRASCO²⁴, además, “La cláusula a primera demanda se ha entendido (...) en varios sentidos; en alguna ocasión se interpreta como negativa a discutir las sumas debidas por el deudor, lo que se considera ilícito, sin que deba entenderse como renuncia a las excepciones derivadas de la obligación principal. A diferencia de lo que ocurre en Alemania, la cláusula a primera demanda tiende hoy a cumplir una función de asignación tipológica; en efecto, la simple aposición se estima de principio incompatible con la fianza, aunque ciertos extremos del contrato pudieran hacer pensar que la independencia es más que relativa (así, por ejemplo, la expresión contractual de “a primera demanda justificada”); sin extremar entonces la interpretación posible del contrato, la cláusula meritada supone sin más la preclusión de excepciones”.

La tesis que aquí comentamos, con todo, no parece aplicable tampoco a la BBG, pese al indudable interés dogmático que presenta su estudio.

Reiteremos, pues, que en los ordenamientos comparados que contemplan la figura del contrato autónomo de garantía —entre los que se cuentan los recién mencionados—, no existe regulación legal de dicho contrato como tal. Su reconocimiento como figura atípica de garantía, por ende, no es sino el resultado de un largo proceso evolutivo y de una labor esencialmente doctrinal y jurisprudencial, que a partir del principio de la autonomía de la voluntad ha terminado por modelar una figura contractual con fisonomía propia. En Chile en cambio, y tratándose concretamente de la boleta de garantía bancaria, el art. 69 N°13 de la LGB constituye un marco legal que, aunque insipiente y rudimentario, describe unos elementos esenciales que han sido desarrollados luego por las normas reglamentarias de la SBIF y, a partir de ambas, por la doctrina y la jurisprudencia, de las cuales no puede prescindirse.

La norma legal citada, en efecto, regulada a su vez en los términos mencionados *supra* (RAN, Cap. 8-11), deja en claro que la boleta de garantía bancaria no es un título que se encuentre del todo desvinculado de su origen causal. En consecuencia, los postulados esenciales de esta tesis, aplicados a la BBG, generan a nuestro juicio una insalvable dicotomía dialéctica si se considera que la inoponibilidad de excepciones personales, que se predica precisamente respecto del contrato autónomo de garantía con base en el carácter autónomo, principal e independiente que se le asigna al mismo, no resulta incardinable en una figura como la boleta de garantía bancaria, que no es ni autónoma ni abstracta. Las partes de la relación fundamental, reitero, tomador y beneficiario, están expresamente facultados por la ley para discutir sobre la oportunidad del cobro —si se hubiere estipulado un plazo para ello y/o la obligación de aviso previo— y

²⁴ Vid. CARRASCO PERERA, A. (1992) *Fianza, accesoriidad y contrato de garantía*. Madrid: Editorial La Ley, p. 28.

en todo caso sobre el cobro mismo, lo que, como señala AEDO²⁵, no tendría sentido si no debe discutirse primeramente la cuestión principal.

4.4) NUESTRA OPINIÓN: LA BOLETA BANCARIA ES UN INSTRUMENTO DE GARANTÍA ATÍPICO Y CAUSADO

De todo lo dicho en los apartados precedentes puede concluirse que, a nuestro juicio, la boleta o depósito de garantía pertenece al elenco de aquellas operaciones bancarias a que se refiere el art. 3 N° 11 del C. de Com., en relación con el art. 69 N°13 de la LGB, que como tal documento bancario objetiva una relación jurídica de carácter complejo, con fines de garantía a primer requerimiento atípica y externamente causada.

Se trata en efecto de un documento bancario *que objetiva una relación jurídica compleja*, por cuanto la sola emisión del mismo presupone la existencia de al menos tres órdenes distintos de relación negocial: (a) entre el tomador y el beneficiario, como ya se dijo, existirá necesariamente una relación jurídica causal, que origina la emisión de la boleta; (b) entre el banco y el tomador, a su vez, existirá un contrato de comisión mercantil por el cual este último manifiesta su voluntad de pago a primer requerimiento e instruye en tal sentido al emisor, lo que irá siempre unido a un depósito irregular o a un contrato de mutuo según si la boleta se emite contra un depósito o un crédito; y (c) la relación entre el banco emisor y el beneficiario, por último, se caracteriza por la declaración unilateral de voluntad de este último, que se obliga para con el beneficiario a pagarle incondicionalmente y a su solo requerimiento porque en ello consiste precisamente la comisión o encargo que ha recibido del cliente/tomador.

Es asimismo una garantía causada, que mantiene por lo mismo su vinculación causal con la relación jurídica que la origina, y ello por las siguientes razones:

- a) Porque como ya se dijo, la BBG es embargable o susceptible de medidas precautorias por parte del tomador, ya sea para evitar su cobro o la oportunidad del mismo, lo que involucra necesariamente la vinculación causal ya dicha.
- b) Porque según al apartado 1.1. del Capítulo 8-11 de la RAN, ya mencionado, la emisión de la BBG tiene por finalidad –también– el cumplimiento *en objeto* de obligaciones de dar, hacer o no hacer contraídas por el tomador para con el beneficiario. En consecuencia, para el ente fiscalizador el título que emite el banco mantiene siempre su vinculación con el negocio causal, al punto que su emisión se justifica precisamente para garantizar

²⁵ AEDO (2008), p. 307.

- el cumplimiento de sus obligaciones específicas, y no la pura indemnidad del beneficiario por el evento del incumplimiento.
- c) Porque el mismo Capítulo 8-11 de la RAN, según las modificaciones introducidas por la Circular N° 3.195 de la SBIF, de fecha 4 de octubre de 2002, califica a la BBG como una *caución*, término este definido por el legislador en el art. 46 del Código Civil y que, nuevamente, presupone la existencia de una obligación causada e incluso accesoria, “*que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena*”.

El carácter incondicional y a primer requerimiento del pago a que se obliga el banco para con el beneficiario, en síntesis, no implica que la BBG sea un documento abstracto, desvinculado absolutamente de su fuente causal. La causa existe sin duda, sirviendo de nexo indisoluble entre el título y su origen y, por ende, de justificante normativo del derecho del tomador para embargarlo o someterlo a medidas precautorias. Pero en lo que al banco concierne, esa relación entre el tomador y el beneficiario constituye una causa externa²⁶, desde que aquel no ha intervenido como parte en la misma. Por lo mismo, la razón por la que el emisor se obliga unilateralmente para con el beneficiario, a pagarle incondicionalmente y a primer requerimiento, no debe buscarse ni en el contrato de prenda, ni en la fianza, ni en los principios que informan al contrato autónomo de garantía. Para el banco, en fin, la causa de ese pago a primer requerimiento se encuentra en el contrato de comisión mercantil irrevocable que ha celebrado con su cliente (art. 241 del C. de Com.), y en los términos concretos del encargo que ha recibido de su comitente²⁷.

Podría sostenerse, por último, que lo dicho hasta aquí se acerca conceptualmente a un contrato de fianza sin beneficio de excusión, en que el banco emisor no hace más que garantizar la obligación asumida por el tomador para con el beneficiario afianzado. Sin embargo, la diferencia entre la fianza y la BBG nos parece notoria desde que en la primera el acreedor no está facultado para exigir el pago inmediato y a su solo requerimiento; y el fiador –por contrapartida– no está obligado a efectuar dicho pago en tanto y en cuanto no exista una sentencia judicial que declare su obligación en tal sentido. Nada de esto ocurre en la BBG, según ya se explicó.

²⁶ En tal sentido NATUCCI, Alessandro (1992) *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milano, pp. 51 y ss.

²⁷ Coincidimos en esta parte con WINTER, quien ve en la relación entre tomador y banco una comisión mercantil. Discrepamos, sin embargo, en cuanto considera a la BBG como un título de crédito. WINTER (1998), p. 86 y ss.

II) LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA EN LA QUIEBRA DEL TOMADOR

Llegamos entonces al núcleo de nuestra investigación y, con base en lo señalado en los apartados precedentes, podemos ya dar respuesta a las interrogantes que nos hemos planteado en un comienzo.

1) COBRO DE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA DEL TOMADOR EN INSOLVENCIA

Corresponde determinar, en primer término, si la insolvencia del tomador de la BBG tiene o no alguna incidencia en el cobro de la misma, de cara a la obligación que asume el emisor en tal sentido.

La respuesta la hemos adelantado *supra*, y es necesariamente negativa en la medida que dicha insolvencia no haya sido la causa de la quiebra judicialmente declarada. Para el banco emisor la obligación de pagar a primer requerimiento es incondicional, por lo que ni siquiera ante una solicitud de declaración de quiebra en curso, o ante proposiciones de convenio judicial preventivo en trámite, podría excusarse de pagar.

Distinto es el caso de la quiebra ya declarada, pues el carácter causado que presenta la BBG en Chile, según ya se explicó, implica que el banco debe abstenerse de efectuar su pago. Al pagar el importe de la boleta, reitero, el banco está extinguiendo una obligación del tomador, sea en objeto o por vía indemnizatoria como señala la normativa de la SBIF, lo que constituye un pago inoponible para la masa de acreedores *ex art. 72* de la Ley de Quiebras –LQ–, Libro IV del C. de Com. Debe recordarse, por lo demás, que de conformidad al art. 2163 N° 6 del C. Civil la quiebra del mandante es causal de término del mandato, de manera que la comisión mercantil recibida en este caso por el emisor de la BBG, en donde se manifiesta precisamente el consentimiento del tomador para que el banco la pague al solo requerimiento del beneficiario, se entenderá extinguida por la quiebra.

Por otra parte, aunque relacionado con lo anterior, nos parece que cuando la BBG se ha tomado contra un depósito el banco, amén de abstenerse de efectuar el pago, debe entregar el importe de dicho depósito al síndico, por expreso mandato del art. 52 N°5 de la LQ. Discrepamos en consecuencia con GONZÁLEZ²⁸, quien afirma en esta parte que “Si con posterioridad a la emisión de la boleta el tomador es declarado en quiebra, los derechos del beneficiario no se verán afectados y el banco no está obligado a entregar los fondos al Síndico (en caso de boleta contra efectivo) en tanto la boleta no le sea devuelta o caduque”.

²⁸ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2002) *La Boleta Bancaria de Garantía. Garantía a Primer Requerimiento*. Santiago: LexisNexis, pp. 95 y 96.

2) COBRO DE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA Y SU INCIDENCIA EN EL PATRIMONIO DEL TOMADOR INSOLVENTE QUE DEVIENE EN FALLIDO

Nos referimos en este apartado a aquel beneficiario que cobra la BBG tomada por un cocontratante que, con posterioridad a dicho cobro, es declarado en quiebra.

Para analizar este aspecto y sus consecuencias jurídicas, tanto en el patrimonio concursable del tomador cuanto en los derechos e intereses de los acreedores que conforman el pasivo de la quiebra, resulta necesario definir primero si dicho cobro constituye o no un pago a favor del beneficiario, derivado de la relación causal que ha existido entre el tomador y el beneficiario.

La respuesta esta vez nos parece afirmativa, considerando especialmente la naturaleza causada de la BBG en el sistema chileno. Si a ello se añade además la finalidad para la cual se puede emitir una boleta (cumplimiento en objeto de obligaciones de dar, hacer o no hacer, o indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento), forzoso resulta concluir que el pago de la misma involucra necesariamente la extinción de una obligación asumida por el tomador para con el beneficiario, originada siempre en la señalada relación causal. La particularidad de este pago, con todo, radica en que en estos casos el hecho del incumplimiento, que gatilla precisamente el cobro del documento, es determinado unilateralmente por el beneficiario, quien por esta vía se autoatribuye la condición de acreedor *in bonis* sin que el banco emisor pueda cuestionar tal determinación.

En síntesis, una cosa es la obligación que asume el banco en cuanto al pago a primer requerimiento de la boleta bancaria de garantía, lo que por razones sistémicas y de fluidez del crédito no resulta conveniente ni necesario cuestionar; y otra muy distinta es la situación jurídica del beneficiario de cara al pago que ha recibido y a los efectos de ese pago respecto de los acreedores del tomador en quiebra. No cabe duda, pues, que no se trata aquí del pago de cualquier cosa (pues ese sería un pago nulo por falta de causa y objeto), sino de una obligación vinculada causalmente con el negocio subyacente y que se extingue mediante un pago hecho con dineros depositados o dados en mutuo, pero en cualquier caso de propiedad del tomador.

3) EL COBRO DE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA Y SU IMPACTO EN LA *PAR CONDITIO CREDITORUM*

Establecido entonces que el pago de la BBG involucra necesariamente el pago de una obligación surgida de la relación jurídica causal que la origina, queda por determinar si dicho pago afecta de algún modo al principio de la *par conditio creditorum* que informa el derecho de quiebras.

Cualquiera que sea la posición que se adopte de cara a aquellas doctrinas que ven en la concepción tradicional de la *par conditio creditorum* un principio falaz y sin contenido²⁹, o al menos uno profundamente erosionado por las preferencias que la ley concursal reconoce entre los acreedores³⁰; o de aquellas otras que distinguen entre una igualdad “formal” y otra “material” para salvar precisamente las dificultades que genera el fenómeno recién mencionado; lo concreto es que el pago que el banco hace en este caso al beneficiario, vinculado causalmente a la relación negocial entre este y el tomador, necesariamente afecta a la igualdad de trato y a la proporcionalidad de la distribución del patrimonio concursado entre los acreedores, sean estos preferentes o valistas.

Por esta vía, reitero, el beneficiario accede a un pago anticipado y a todo evento –pues deriva de un eventual incumplimiento contractual que solo él ha determinado–, obtenido extramuros de la “comunidad de pérdidas” que genera el estado posterior de quiebra y que, obviamente, disminuye el patrimonio del insolvente en términos tales que hasta los acreedores preferentes o de mejor derecho pueden resultar perjudicados.

4) CARÁCTER REVOCABLE O IRREVOCABLE DEL PAGO HECHO AL BENEFICIARIO

La cuestión a resolver a estas alturas es si los acreedores –preferentes o valistas– o el síndico –por instrucciones de la Junta de Acreedores– pueden ejercer o no en interés de la masa las acciones de inoponibilidad concursal que contempla la LQ, respecto del pago que subyace en el cobro de una BBG.

Nuevamente, la respuesta nos parece necesariamente afirmativa, aunque debemos distinguir:

- a) Si el deudor ejerce una actividad comercial, industrial, agrícola o minera, y el pago de la BBG se ha efectuado dentro del periodo sospechoso, los acreedores o el síndico podrán ejercer las acciones de inoponibilidad que establece la ley para tales casos. La pregunta que surge entonces es ¿Cuál de ellas? ¿Las objetivas contempladas en el art. 76 de la LQ o las de carácter subjetivo

²⁹ Cfr. GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2010). “Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la *par conditio creditorum*”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, N°1, pp. 73-98, p. 80.

³⁰ En este sentido, por todos, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel J. (1982): “El Estado de Crisis Económica”. En *La Reforma del Derecho de Quiebras: Jornadas sobre la Reforma del Derecho Concursal*: Madrid: Civitas, p. 126.

del art. 77 de la misma Ley, que requieren del conocimiento previo del mal estado de los negocios del deudor?

Como se dijo *supra*, consideramos que al cobrar la BBG el beneficiario se anticipa un pago que, de otra forma, solo podría haber obtenido mediante una sentencia judicial firme o ejecutoriada recaída en un juicio seguido con el tomador (verificada por cierto en la quiebra del mismo), en que se hubiere establecido y declarado la situación de incumplimiento que motivó dicho cobro. En consecuencia, y tratándose del pago de una obligación que no ha sido declarada judicialmente, parece razonable sostener que la causal de inoponibilidad concursal aplicable en este caso es la del art. 76 N°1 de la LQ, referida a “*Todo pago anticipado, sea de deuda civil o comercial, y sea cual fuere la manera en que se verifique (...)*”. En todo caso, siempre podrá invocarse la causal subjetiva del art. 77 de la LQ, probando la mala fe del beneficiario que cobró la boleta conociendo el mal estado de los negocios del tomador.

- b) Tratándose de un deudor común o no calificado, por último, o de un deudor calificado cuando el cobro de la BBG se ha efectuado “*en cualquier tiempo, con anterioridad a la declaración de quiebra*”, será aplicable lo dispuesto por el art. 75 de la LQ, que remite a la acción pauliana o revocatoria del art. 2468 del C. Civil presumiendo no obstante el conocimiento del mal estado de los negocios del deudor dentro del denominado periodo sospechoso especial. Alguna doctrina³¹ sostiene precisamente lo contrario, fundada en que la boleta es inembargable por terceros (art. 69 N° 13 de la LGB), por lo que se trataría de dineros que no entran a la masa.

El planteamiento es errado sin embargo, pues confunde lo que la BBG “es” con lo que la BBG “hace”. Lo inembargable por terceros, en efecto, es la boleta en sí misma, lo que justifica precisamente que el banco deba pagarla a primer requerimiento; pero una vez cobrada, estamos en presencia de un pago como cualquier otro.

CONCLUSIONES

1. La BBG es un documento de garantía que objetiva una operación bancaria compleja, en la que confluyen tres tipos de relaciones jurí-

³¹ Por todos, PUGA VIAL, Juan Esteban, *Cuarta Jornada de Derecho Comercial*, Universidad de Los Andes, 5 y 6 de noviembre de 2013.

- dicas distintas aunque vinculadas: (a) entre el tomador y el beneficiario existirá una relación jurídica causal, que origina la emisión de la boleta; (b) entre el banco y el tomador, a su vez, existirá un contrato de comisión mercantil por el cual este último manifiesta su voluntad de pago a primer requerimiento e instruye en tal sentido al emisor, lo que va unido a un depósito irregular o a un contrato de mutuo según el caso; y (c) la relación entre el banco emisor y el beneficiario se caracteriza por la declaración unilateral de voluntad de este último, que se obliga para con el beneficiario a pagarle incondicionalmente y a su solo requerimiento
2. La BBG no es un título de crédito, ni operan respecto de la misma los principios de abstracción y autonomía inherentes a dichos títulos. Tampoco constituye un contrato autónomo de garantía. Por el contrario, se trata de un título perfectamente causado, vinculado necesariamente a la relación causal que la origina, que por lo mismo puede ser embargado o sujeto a medidas precautorias por el tomador, en juicio seguido con el beneficiario en el marco de la señalada relación fundamental.
 3. Declarada la quiebra del tomador, el síndico debe abstenerse de pagar la BBG y, en cambio, debe poner a disposición del síndico los dineros depositados por el primero, si fuere el caso.
 4. Siendo un título causado, emitido concretamente para garantizar el cumplimiento *en objeto* de obligaciones causales o la indemnidad por el incumplimiento de las mismas, su cobro dentro del periodo sospechoso afecta la igualdad de trato entre los acreedores que se encuentran en una misma posición jurídica y, con ello, el principio de la *par conditio creditorum*. También los acreedores preferentes del tomador/fallido pueden resultar lesionados por el señalado cobro extraconcursal, considerando la evidente disminución patrimonial que ello provoca.
 5. Por lo anterior, son plenamente aplicables al pago de la BBG las normas sobre inoponibilidad concursal contempladas en la LQ, Libro IV del Código de Comercio. Al cobrar la BBG, además, el beneficiario se anticipa un pago que solo podría haber obtenido mediante una sentencia judicial firme o ejecutoriada, por lo que la causal de revocación de dicho pago es la contemplada concretamente en el art. 76 N°1 de la señalada ley, de carácter objetivo por ende.

BIBLIOGRAFÍA

- AEDO BARRENA, Cristián (2008). “Las garantías del acreedor frente al incumplimiento”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, N°2.
- BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto (1967) *De los Títulos de Crédito*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2002) *La boleta bancaria de garantía. Una garantía a primer requerimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CARRASCO PERERA, A. (1992) *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*. Madrid: Editorial La Ley.
- DE SANNA, Paola (1988) “Accesorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta”, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, N° 93, Editrice Giuffrè, Milano.
- ESCUTI, Ignacio A. (1985) *Títulos de Crédito*. Buenos Aires: Astrea.
- GARCÍA MEDINA, José (2002). “El aval a primera demanda, o aval a primer requerimiento”. *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 46/2002, parte Boletín, Editorial Aranzadi, Pamplona, febrero de 2003.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2010). “Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la *par conditio creditorum*”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, N°1.
- GÓMEZ LEO, Osvaldo R. (1982) *Instituciones de Derecho Bancario*. Tomo I, Títulos de crédito. Buenos Aires: Depalma.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2002) *La Boleta Bancaria de Garantía. Garantía a Primer Requerimiento*. Santiago: LexisNexis.
- GONZÁLEZ SAAVEDRA, Miguel (1962) *Boleta Bancaria de Garantía*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- INFANTE RUIZ, F.J. (2002) *La causa en el aval a primera demanda*. Tesis doctoral (inédita). Sevilla: Universidad de Sevilla.
- LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel (1995) *El contrato de prenda civil*. Santiago: Editora Metropolitana.
- MESSINEO, Francesco (1971) *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. IV. Buenos Aires: Ejea.
- NATUCCI, Alessandro (1992) *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milano.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (1971) *Estudio jurídico sobre operaciones bancarias en Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PRADO PUGA, Arturo (2000). “Algunos aspectos de la boleta de garantía bancaria”. *Revista Gaceta Jurídica*, N° 238, p. 7. Id. LegalPublishing N° CL/DOC/3423/2012.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel J. (1982): “El Estado de Crisis Económica”. En *La Reforma del Derecho de Quiebras: Jornadas sobre la Reforma del Derecho Concursal*: Madrid: Civitas.
- SATTÀ, Salvatore (1951) *Instituciones del Derecho de Quiebra*. Traducción de Rodolfo O. Fontanarrosa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- VARELA VARELA, Raúl (1948). “Comentario a la sentencia recaída en el juicio `Wessel Duval y Cía. con Seltzer y Schwarzenberg’”. *Revista*

de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, año 1948, 2ª parte, Sec. 1ª.

- WINTER IGUALT, Rodrigo (1995) *Boleta de Garantía*. Santiago: Instituto de Estudios Bancarios.

JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA, 28 de abril de 1997. Rol N°3-1997. “Dinamex Chile S.A. con Cuerpo Militar del Trabajo; Brigadier General don Sergio Espinoza Davies”. Id. LegalPublishing N° CL/JUR/2243/1996.
- CORTE SUPREMA, 29 de abril de 2009. Rol N° 1984-2008. “Inmobiliaria e Inversiones Braun Limitada con Erick Vergara Moreno”. Id. LegalPublishing N° CL/JUR/7955/2009.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 19 de julio de 2000, Rol N° 947-1998 [no se indican partes]. Id. LegalPublishing N° CL/JUR/2018/2000.