

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en lo relativo al contrato de promesa de compraventa de inmuebles y criminaliza conducta constitutiva de estafa en el artículo 470 del Código Penal.

BOLETÍN N°2.694-07

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de informaros, en general, acerca del proyecto de ley de la referencia, que tuvo su origen en una moción de los Honorables Diputados señores Juan Bustos Ramírez y Patricio Hales Dib y del ex Diputado señor Sergio Elgueta Barrientos.

Para el estudio de esta iniciativa legal, la Comisión contó con la colaboración del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, don Francisco Maldonado.

- - -

El proyecto de ley, que ha sido informado favorablemente por la Honorable Comisión de Vivienda y Urbanismo de esta Corporación, consta de dos artículos.

El artículo 1º agrega un artículo 138 bis en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en virtud del cual se establece la obligación de 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, de caucionarlos mediante póliza u otra garantía similar, 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 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. La garantía permanecerá vigente

mientras el inmueble se encuentre sujeto a cualquier gravamen o prohibición emanado 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 .

Lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad penal, de quien, con o sin representación de la persona natural o jurídica, hubiere suscrito o hiciere suscribir el contrato de promesa de compraventa, sin haber cumplido con la obligación de garantía establecida en el inciso precedente."

El artículo 2° agrega en el artículo 470 del Código Penal un número 9.°, que sanciona con las penas del artículo 467 -fijadas de acuerdo al valor de la defraudación- al que, con o sin representación de persona natural o jurídica dedicada al rubro inmobiliario o de la construcción, suscribiere o hiciere suscribir contrato de promesa de compraventa de inmueble dedicado a la vivienda, local comercial u oficina, sin cumplir con la exigencia establecida por el artículo 138 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, siempre que se produzca un perjuicio patrimonial.

- - -

ANTECEDENTES

Con el objeto de ilustrarse adecuadamente sobre el alcance de esta iniciativa, la Comisión tuvo a la vista los siguientes antecedentes:

1.- Moción parlamentaria

Los autores de la moción sostienen que, desde hace algún tiempo, se ha podido constatar una serie de hechos en los cuales se han visto involucradas, por una parte, empresas constructoras e inmobiliarias y por otra, esforzadas y humildes familias que, movidas por el anhelo de la casa propia, han celebrado contratos de promesa con dichas empresas por montos que en muchas oportunidades llegan al total del valor de la compraventa prometida, sin caución alguna ante el evento de la insolvencia de la empresa.

Advierten que, de acuerdo a investigaciones efectuadas por la justicia ordinaria, los casos de insolvencia que se han producido no obedecen a causales de infortunio económico de las empresas constructoras o inmobiliarias, sino que al traspaso de los fondos recaudados sobre la base de los contratos de promesa a otros proyectos inmobiliarios a cargo de empresas distintas, luego de lo cual la empresa recaudadora se

declara insolvente, frustrando las acciones de orden patrimonial intentadas por los perjudicados a raíz de los contratos incumplidos.

Por ello, proponen asegurar la responsabilidad patrimonial de la empresa promitente vendedora, agregando un quinto requisito al artículo 1554 del Código Civil, que regula el contrato de promesa, a fin de exigir la constancia, por quienes suscribieren o hicieren suscribir la referida promesa, de una póliza de garantía por un monto igual al pactado en la compraventa definitiva, en favor del promitente comprador, para caucionar el cumplimiento del contrato dentro del plazo pactado.

Al mismo tiempo, sugieren modificar el Código Penal, para tipificar como estafa la omisión del nuevo requisito que se agrega al artículo 1554 del Código Civil, considerando autor a los que, con o sin representación de la empresa, suscriban o hagan suscribir el contrato de promesa respectivo.

Observan que, tratándose de un delito en contra del patrimonio, la razón legal del castigo no es fundamentalmente la lesión patrimonial, sino que los medios empleados, que se estiman especialmente repudiables, como son la violencia y el fraude, ya sea en su forma de engaño o de abuso de confianza.

2.- Modificaciones introducidas en la Cámara de Diputados

Durante el primer trámite constitucional, se abandonó la idea de modificar el artículo 1554 del Código Civil, que tiene alcances generales, y se prefirió, en cambio, enmendar la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Asimismo, se prefirió utilizar la expresión "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", ya que la falta de definición de los conceptos de empresa constructora o inmobiliaria para estos efectos, podía inducir a confusión, toda vez que aparecen también en otras disposiciones legales.

En esa virtud, se introdujo un artículo 138 bis al señalado cuerpo legal y se modificó el artículo 470 del Código Penal.

3.- Informe de la Honorable Comisión de Vivienda y Urbanismo del Senado

La mencionada Comisión escuchó a los Honorables Diputados señores Bustos y Encina, y a representantes del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de la Cámara Nacional de Servicios Inmobiliarios (ACOP-CNSI), de la Asociación de Corredores de Propiedades (COPROCH) y de la Cámara Chilena de la Construcción.

Luego de conocer las sugerencias y observaciones que se formularon y del intercambio de ideas entre sus señores integrantes, resolvió aprobar en general, por unanimidad, el proyecto de ley, sin perjuicio de introducir los ajustes que se estimen necesarios durante la discusión en particular.

4.- Opinión del Ministerio de Justicia

Recabado su parecer por esta Comisión, el señor Ministro de Justicia, don Luis Bates Hidalgo, mediante oficio N° 3250, de 8 de agosto de 2003, destacó que el sentido de fondo que inspira la idea de aseguramiento para futuros compradores parece del todo compartido, debiendo en todo caso tenerse presente que sus costos probablemente serán traspasados a estos mismos, en una escala que de seguro resultará razonable en aras del fin perseguido. Por lo mismo, consideró que el peso de la responsabilidad que se instituye con el requisito de la caución no necesariamente afecta, en los hechos, a la entidad obligada a ejecutarlo. En otras palabras, no se ve traba alguna para que se proceda a su establecimiento de parte de ninguno de los involucrados en el contrato de promesa.

En primer lugar, estimó necesario aclarar algunos aspectos referidos a la responsabilidad civil derivada del contrato, teniendo presente, por una parte, que la caución protegería aquella parte del precio de la compraventa futura que se adelanta en razón de la suscripción del acto de promesa y, por otro lado, que los eventos caucionados serían la no suscripción del contrato de compraventa en el plazo o cumplida la condición que se han estipulado o, en su caso, el incumplimiento de las especificaciones convenidas para la materialización de la obra. Ambos eventos se fundan en presupuestos que necesariamente deben ser distinguidos.

Por un lado, se debe especificar que se cauciona el incumplimiento imputable al promitente vendedor, en tanto beneficiario de la caución, y no los incumplimientos del promitente comprador.

Por otra parte, está ausente el evento de no entrega material del inmueble y el caso en que no se haga tradición del mismo, que deberían ser incorporados al texto, aunque sean obligaciones propias de un título diverso de aquél en el cual se consagra, como lo es el

propio contrato de compraventa en relación con la promesa de suscribirlo. Ello, teniendo en vista que el objeto que se pretende caucionar es precisamente la inversión del promitente comprador, la que puede verse afectada por incumplimiento de la promitente vendedora, en los hechos, en las hipótesis mencionadas.

Sostuvo que lo que se “avala” o “asegura” es la eventual responsabilidad civil del promitente vendedor, la que en todo caso opera y existe conforme a las reglas generales sin necesidad de reforma legal alguna, incluso en una extensión mayor que aquella que se ampara en el proyecto. El texto acota el margen de la responsabilidad caucionada a la parte del precio de venta entregada en razón de la promesa, sin extenderse a los demás perjuicios que se pudieren ocasionar con el incumplimiento. Por ello, debe abrirse la posibilidad de que, ante el incumplimiento de la promesa, el promitente comprador pueda rechazar la materialización de la venta, fundado en dicho incumplimiento y solicitar la devolución de la parte adelantada del precio o, en defecto de la restitución, accionar haciendo efectiva la caución. Naturalmente, queda al arbitrio de éste la facultad de recurrir a la vía civil ordinaria, para extender la indemnización a los demás perjuicios que sufriere, o hacer uso del mecanismo dispuesto en el proyecto.

En segundo lugar, el señor Ministro hizo presente, en lo relativo a la introducción de un nuevo tipo penal de fraude en el artículo 470 del Código Penal, consistente en la suscripción de un contrato de promesa de compraventa omitiendo la obligación referida en el acápite precedente, que el incumplimiento de la obligación de caución, por sí misma, no genera ninguna responsabilidad adicional a la que se propone, toda vez que la responsabilidad civil que pudiere vincularsele emana directamente del incumplimiento del contrato de promesa y no de la omisión del requisito obligatorio que el proyecto establece. Dicha responsabilidad tampoco debiera manifestarse en la nulidad del contrato de promesa, toda vez que con ello, si bien se obtiene la ilegitimidad del título de la entrega, no se resguardan adecuadamente las posibilidades de recuperarlo, que es el objetivo de la iniciativa.

Afirmó que, no obstante, la vía de recurrir al ámbito de lo penal no es la manera acertada de asegurar el cumplimiento de la obligación antedicha, porque viene a reforzar la prohibición de conductas dañosas presentes en la sociedad, seleccionando a aquellas que de manera más gravosa afectan a las personas. En este caso, se crea un ilícito fundado directamente en un incumplimiento civil, sin que siquiera este irrogue, por sí mismo, responsabilidad alguna.

Además, la protección del patrimonio se justifica en aquellos casos en que se ocupe una modalidad de afectación que restrinja las posibilidades naturales de la persona humana para amparar su dominio, esto es, en los casos en que opera el engaño o el abuso de

confianza. De ahí que el concepto de fraude se construya precisamente por alguna de dichas modalidades de conducta que generan un perjuicio patrimonial, a diferencia de las afectaciones patrimoniales derivadas de un mero incumplimiento contractual. En el caso de la propuesta, el fundamento de la punición radica en el mero incumplimiento de la obligación impuesta, sumado a una condición objetiva de punibilidad en la que se satisface el perjuicio patrimonial. De esta forma, bastaría con el mero incumplimiento formal de la obligación y la producción de un perjuicio patrimonial, aun no imputable, pretendido o querido, para que se disponga la sanción.

Si lo que se pretende es fortalecer la seriedad de la obligación de contratar la caución, con miras a dar una efectiva protección a quienes se encuentran en condiciones de suscribir un contrato de promesa de venta para la adquisición de un inmueble en lo relativo a los anticipos del pago del precio que efectúen, dicho objetivo se logra sólo en forma parcial y poco efectiva mediante la amenaza de una sanción penal como la reseñada, toda vez que el supuesto daño (materializado en la falta de concesión de la caución que se impone en el proyecto) ya ha ocurrido.

El señor Ministro de Justicia creyó conveniente explorar alternativas que tiendan a ser más efectivas en el logro final de dicho objetivo. Bastaría establecer la prohibición de otorgamiento de las escrituras públicas en que consten las promesas de compraventa a que se refiere el texto sin que se contenga en ellas, o sin que se haga constar, la extensión de la caución exigida. Con ello se asegura el ciento por ciento de las garantías de manera mucho más efectiva, puesto que todos los contratos de promesa aludidos requieren materializarse a través de una escritura pública y que las hipótesis imaginables de fraude por engaño que se puedan llevar a cabo quedan cubiertas por la tipología penal general.

- - -

DISCUSIÓN GENERAL

La Comisión tuvo en cuenta que el objetivo fundamental de esta iniciativa, cual establecer una garantía para las personas que prometan comprar una vivienda, local comercial u oficina y entregan parte del precio de la compraventa que se promete celebrar, se justifica a la luz de los problemas de insolvencia o quiebra que pueden experimentar las empresas inmobiliarias o constructoras que prometen vender tales inmuebles. En ese sentido se han manifestado, durante la tramitación legislativa, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, la Cámara Chilena de la Construcción, la Cámara Nacional de Servicios Inmobiliarios y la Asociación de Corredores de Propiedades.

Ello es sin perjuicio de las observaciones que los mismos organismos han formulado, con vistas a mejorar el texto, particularmente ante la Honorable Comisión de Vivienda y Urbanismo de esta Corporación, y a las cuales se añaden las sugerencias del señor Ministro de Justicia.

Algunos de los señores integrantes de la Comisión estimaron conveniente precisar la incidencia económica de la caución que en definitiva se establezca, a fin de cerciorarse de que no afecte el normal desarrollo de la actividad constructora e inmobiliaria, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones son efectuadas por empresas familiares para las cuales puede ser gravoso garantizar estos contratos, sobre todo cuando se trata de grupos reducidos de inmuebles. Esta prevención ya fue planteada, durante el primer trámite constitucional, por el Servicio Nacional del Consumidor y la ha reiterado la Asociación de Corredores de Propiedades.

Otro aspecto que no resulta suficientemente aclarado es la aplicabilidad de este mecanismo a las viviendas sociales. Si bien es dable inferir que no sería aplicable a las que se construyen por encargo de los SERVIU, en razón de que no se celebran promesas de compraventa, convendría esclarecer este punto.

En lo que concierne específicamente al artículo 2º, la Comisión, parece razonable sustituirlo por una fórmula como la que sugiere el señor Ministro de Justicia, que sería más eficaz, al impedir el otorgamiento de las escrituras públicas en que conste la promesa sin mediar la constitución de la garantía.

La Comisión aprobó en general el proyecto de ley, por unanimidad, con los votos de los Honorables Senadores señores Chadwick, Espina, Moreno y Viera-Gallo.

- - -

TEXTO DEL PROYECTO DE LEY

En consecuencia, vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento hace suya la propuesta de la Honorable Comisión de Vivienda y Urbanismo, en cuanto a recomendar la aprobación, en general, del proyecto de ley de la Honorable Cámara de Diputados, cuyo tenor es el que sigue.

PROYECTO DE LEY:

"Artículo 1°.- Agrégase el siguiente artículo 138 bis en la Ley General de Urbanismo y Construcciones:

"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, y que celebren contratos de promesa de compraventa, deberán caucionarlos mediante póliza u otra garantía similar, 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 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. La garantía permanecerá vigente mientras el inmueble se encuentre sujeto a cualquier gravamen o prohibición emanado 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 .

Lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad penal, de quien, con o sin representación de la persona natural o jurídica, hubiere suscrito o hiciese suscribir el contrato de promesa de compraventa, sin haber cumplido con la obligación de garantía establecida en el inciso precedente."

Artículo 2°.- Agrégase en el artículo 470 del Código Penal el siguiente número 9.°:

"9.° Al que, con o sin representación de persona natural o jurídica dedicada al rubro inmobiliario o de la construcción, suscribiere o hiciere suscribir contrato de promesa de compraventa de inmueble dedicado a la vivienda, local comercial u oficina, sin cumplir con la exigencia establecida por el artículo 138 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, siempre que se produzca un perjuicio patrimonial."."

- - -

Acordado en sesión de fecha 11 de agosto de 2003, con asistencia de los Honorables Senadores señores Andrés Chadwick Piñera (Presidente), Alberto Espina Otero, Rafael Moreno Rojas y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

Sala de la Comisión , a 2 de septiembre de 2003.

JOSÉ LUIS ALLIENDE LEIVA
Secretario

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE MODIFICA LA LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIÓN, EN LO RELATIVO AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES Y CRIMINALIZA CONDUCTA CONSTITUTIVA DE ESTAFA EN EL ARTÍCULO 470 DEL CÓDIGO PENAL.

(Boletín N° 2.694 -07)

- I.- **PRINCIPAL OBJETIVO DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN:** obligar a 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 los caucionen en favor de los promitentes compradores, por un valor igual a la parte del precio bien raíz entregado por éste y establecido en el contrato de promesa respectivo.
- II.- **ACUERDOS:** el proyecto de ley fue aprobado en general por unanimidad (4x0).
- III.- **ESTRUCTURA DEL PROYECTO PROPUESTO:** el proyecto consta de dos artículos permanentes.
- IV. **NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:** no tiene.
- V. **URGENCIA:** no tiene.
- VI. **ORIGEN E INICIATIVA:** el proyecto se originó en una Moción de los Honorables Diputados señores Juan Bustos Ramírez y Patricio Hales Dib y del ex Diputado señor Sergio Elgueta Barrientos.
- VII. **TRAMITE CONSTITUCIONAL:** segundo trámite.
- VIII. **APROBACIÓN POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS:** se aprobó en general por 49 votos a favor, 44 en contra y una abstención.
- IX. **INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO:** 10 de junio de 2003.
- X. **TRÁMITE REGLAMENTARIO:** primer informe.

- XI. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:** La Ley General de Urbanismo y Construcciones y el Código Penal.
-

José Luis Alliende Leiva
Secretario

Valparaíso, 2 de septiembre de 2003.