



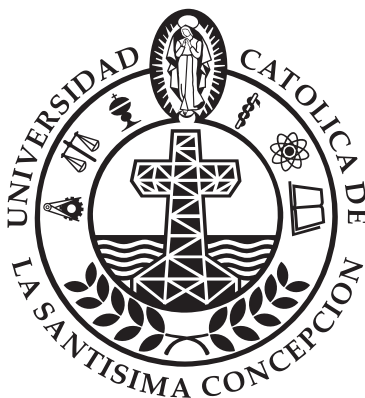
**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN**
FACULTAD DE DERECHO

**REVISTA
DE DERECHO**

Nº 31

2015

Esta publicación se imprimió
en el mes de mayo de 2017
en los Talleres de Trama Impresores S.A.
Avda. Colón 7845 - Hualpén - Talcahuano - Chile



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN**
FACULTAD DE DERECHO

**REVISTA
DE DERECHO**

Nº 31

2 0 1 5

INTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. La *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de la Santísima Concepción está abierta para recibir artículos sobre cualquier materia de las Ciencias Jurídicas, tanto de autores nacionales y extranjeros, sin perjuicio de que el Comité Editorial decida dar énfasis a ciertas áreas en algunos de sus volúmenes, o publicar números monográficos.
2. Todo artículo recibido para su publicación será sometido a un juicio inicial de su Director, destinado a verificar que corresponde a las disciplinas científicas sobre las cuales publica la *Revista*, y a emitir una primera opinión sobre su carácter de investigación original y su calidad, pudiendo rechazarlo en caso de no cumplir con estos requisitos, o si su calidad es indiscutiblemente inferior a la necesaria.
3. Todos los trabajos que se publican en la *Revista de Derecho* serán revisados por el Comité Editorial y sometidos a arbitraje o evaluación de dos especialistas, cuyos resultados serán comunicados anónimamente a sus autores. La revisión atenderá, entre otros temas, al contenido, calidad, interés, carácter científico, metodología y fuentes del trabajo en cuestión. De acuerdo al resultado de ese arbitraje, la *Revista* se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos. Ante la eventualidad de darse un informe favorable y otro desfavorable de los árbitros, decidirá el Director. En caso de haber observaciones a un trabajo aceptado, una vez corregidas éstas por su autor, se procederá a su publicación.
4. A fin de dar homogeneidad a esta publicación, se detallan a continuación las normas editoriales a las que deben ceñirse las colaboraciones a la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.
5. Los trabajos deberán enviarse al Director de la *Revista Derecho* (Lincoyán 255, Concepción, Chile), impresos en hoja tamaño carta, en idioma español, inglés o francés, a espacio y medio en dos ejemplares y numerando las páginas. La letra a utilizar en el texto debe ser Times New Roman, tamaño 12, y en las notas, Times New Roman, tamaño 10. Salvo excepciones muy calificadas por el Comité Editorial, la extensión máxima no debe sobrepasar las 30 páginas. Además deberá acompañarse archivo electrónico en formato Word y, si es posible, ser enviado como archivo adjunto al correo electrónico revistadederecho@ucsc.cl.
6. Los escritos deben comprender un título breve y claro, el nombre completo del autor o autores, y una biografía sucinta de cada autor, que comprenda grados académicos más relevantes, institución a la que pertenece, ocupaciones y cargos actuales. Además, debe incluirse correo postal y correo electrónico.
7. Deben incluirse un Resumen o *Abstract* con un máximo de diez líneas y las correspondientes Palabras Clave o *Key Words*, en español y de ser posible en inglés.
8. Los trabajos enviados deben ser inéditos, lo cual supone el compromiso del autor de no publicarlo más de una vez. Debe tratarse además, de un estudio o investigación de interés en el mundo jurídico, que esté terminado o cuyo avance permita la comunicación de sus resultados.
9. Las citas, siempre a pie de página, deben numerarse correlativamente y contener en caso de libros, textos y folletos, lo siguiente y en este orden: *a)* apellidos y nombre del autor en MAYÚSCULAS o en VERSALITAS, coma; *b)* nombre de la obra: si es libro, en *cursivas*; si es un artículo de libro o revista, “entre comillas”, especificando el título de la revista o libro con *cursivas*, coma; *c)* sección, punto o párrafo (si lo tuviere), coma; *d)* traductor (si lo tuviere); *e)* editorial, lugar y año, coma; *f)* página o páginas (abreviado p. o pp.), punto. Estas mismas reglas se aplican en caso de que se acompañe la bibliografía al final del trabajo. En caso de repetirse alguna cita, se debe indicar: *a)* nombre del autor, coma; *b)* ob. cit. (o también *op. cit.*), coma; *c)* página o páginas. En caso de que la cita se repita en la nota siguiente, y siempre que se trate de páginas diferentes, sólo indicar: *a) ibid*, coma; *b)* página o páginas, punto. En caso de que sea la misma página o páginas de la cita anterior, sólo indicar *ibidem*, punto. Todo ello de acuerdo al sistema uniforme internacional de citas.
10. Los artículos que no se ajusten a estas normas no serán considerados para su publicación.
11. Aquellos autores cuyos trabajos sean publicados recibirán gratuitamente una copia del ejemplar de la *Revista de Derecho* y las correspondientes separatas de su artículo. Los originales no serán devueltos.

CONTENIDOS / CONTENTS

Consideraciones sobre la naturaleza Jurídica de la <i>Lex Mercatoria</i> desde la perspectiva de los Incoterms 2010	11
<i>Considerations on the legal nature of Lex Mercatoria from the perspective of Incoterms 2010</i>	
SONIA ZUVANICH HIRMAS	
La Constitucionalización de los derechos fundamentales laborales en Chile	23
<i>The Constitutionalization of fundamental labor rights in Chile</i>	
ANDRÉS FRANCHI MUÑOZ	
Crítica al tratamiento de los créditos por deudas de alimentos o compensación económica en el procedimiento concursal de la persona deudora	35
<i>Critical to the treatment of credits for food debts or economic compensation in the debtor person's competition procedure</i>	
MIGUEL ANGEL ALARCÓN CAÑUTA	
La estafa como delito de peligro: estructura y consecuencias	61
<i>The scam as a crime of danger: structure and consequences</i>	
JUAN JOSÉ RONDÓN MANRÍQUEZ	
Naturaleza de la acción por provecho de dolo ajeno, a propósito del caso AC INVERSION	85
<i>Nature of the action by benefit of outside dolo, the case AC INVERSIONS</i>	
DANILO I. CARVAJAL ROMERO	
El contrato de “Leaseback” como nueva forma de financiamiento a pymes y la aplicación al efecto, de la ley sobre arrendamiento de predios urbanos N° 18.101	93
<i>The ‘Leaseback’ contract as a new form of financing to smes and the application to the effect of the law on lease of urban N° 18.101 properties</i>	
JUAN PABLO GALLARDO PARADA	
CAROLINA MARÍA G. DÍAZ ROA	

CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA *LEX MERCATORIA* DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS INCOTERMS 2010

CONSIDERATIONS ON THE LEGAL NATURE OF *LEX MERCATORIA* FROM THE PERSPECTIVE OF INCOTERMS 2010

SONIA ZUVANICH HIRMAS*
UNIVERSIDAD DE MAGALLANES
CHILE

RESUMEN: El presente artículo tiene como finalidad explicar la importancia y validez normativa de la nueva *lex mercatoria* en las compraventas internacionales, como asimismo aclarar la naturaleza jurídica de los Incoterms, los que forman parte de ésta. Entendiendo que, pese a que son usos y prácticas de los negocios internacionales, y que no han sido creadas por ningún estado soberano, se utilizan permanentemente en las compraventas internacionales, regulando una serie de aspectos particulares del contrato, con el fin de dar mayor seguridad al comercio internacional globalizado. También, se aborda la última reglamentación de los Incoterms de 2010, destacando las modificaciones y nuevos usos que se han creado, así como el uso de los mismos en Chile.

PALABRAS CLAVE: Compraventa internacional, comercio internacional, nueva *lex mercatoria*, Incoterms.

ABSTRACT: *This article aims to explain the importance of the new lex mercatoria in international sales, as also clarify the legal nature of Incoterms, which is part of this. Understanding that although they are customs and practices of international business, and have not been created by any sovereign state, is constantly used in international sales, regulating a number of particular aspects of the contract, in order to provide greater security the globalized international trade. The last regulation of Incoterms 2010 also addressed, highlighting the changes and new applications that have been created as well as their use in Chile.*

KEY WORDS: *International sales, international trade, new lex mercatoria, Incoterms.*

*Abogada, Magíster en Derecho Procesal, docente de Derecho Procesal Civil y Derecho Internacional Privado. Directora del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Magallanes, Punta Arenas, dirección postal: Av. Bulnes 01855, Punta Arenas, correo electrónico: sonia.zuvanich@umag.cl

1. INTRODUCCIÓN

El aumento incesante de las transacciones comerciales internacionales está asociado a la interdependencia de las economías nacionales y la pérdida de importancia de las fronteras estatales. Este proceso está unido a una convergencia de prácticas negociales de los operadores que efectúan esas transacciones y al desarrollo de un conjunto de normas materiales, al margen de los legisladores estatales.

El tránsito de una economía multinacional a una global es un fenómeno sin precedentes en la reglamentación del comercio, perdiendo el mercado su instrumento fundamental, los Estados. El Derecho moderno ha pasado desde la diferenciación territorial a la sectorial donde el comercio internacional necesita normas reguladoras que no pueden ser satisfechas por las organizaciones estatales ni por las internacionales. Es por ello, que diversas instituciones privadas están creando un Derecho autónomo con pretensión de validez global¹.

La *lex mercatoria* está formada por usos que constituyen derecho espontáneo, uniforme y en cierto modo universal, son usos propios de los comerciantes que los elaboran en el seno de sus asociaciones, las que poseen un sentido muy claro de los intereses que deben defender y ello se proyecta en una serie de instrumentos reguladores de importantes operaciones de comercio internacional cuyo objetivo es asegurar un mínimo de seguridad en orden al régimen jurídico aplicable a los actos que las partes desean realizar en el contexto de esas operaciones².

Según algunos autores, la *lex mercatoria* constituye un sistema de reglas y para otros una acumulación de las mismas. No obstante, cualquiera que sea la postura que se adopte con relación a ella, lo que es esencial a ella es que la forman usos y costumbres, los que pasaron de ser reiterados en el tiempo a reglas emitidas por las entidades internacionales descentralizadas, como son la CCI, UNCITRAL, UNIDROIT³ entre otras. Son los operadores del comercio internacional los que están interesados en tener reglas eficientes para el desarrollo de sus actividades⁴.

Estos usos uniformes han surgido y se han desarrollado con el fin de superar las dificultades del conflicto de leyes, cuando se trata de determinar el derecho nacional que regirá una determinada relación jurídica⁵. Así, en las transacciones internacionales se busca evitar la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países, puesto que éste método no ha tenido buenos resultados. Este Derecho espontáneo y uniforme, que nació de la práctica comercial internacional, tiene sus fuentes propias y medios de solución de conflictos al margen del Poder judicial de los Estados y de los tribunales internacionales. Su aplicación se apoya en el frecuente uso del arbitraje como forma de resolver las eventuales disputas que a propósito de su aplicación puedan surgir.

2. VALIDEZ NORMATIVA DE LA *LEX MERCATORIA*

Es claro, que la ley aplicable a un contrato es la base legal que da contenido y expresión a la voluntad de las partes. En el contexto del derecho internacional privado moderno la autonomía

¹ Fernández Rozas, José Carlos, *Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional* en anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. IV, Iprolex, Madrid, 2004. http://eprints.ucm.es/6964/1/LEX_MERCATORIA_Y_AUTONOMIA_CONFLICTUAL.pdf

² *Ibidem*, pág. 105.

³ CCI es la sigla para denominar a la Cámara de Comercio Internacional (1919). UNCITRAL United Nations Commission on International Trade Law (1966) y UNIDROIT (1926) International Institute for the Unification of Private Law.

⁴ Pereznieto Castro, Leonel, Consideraciones en torno a la *lex mercatoria*: el caso de México <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2201/10.pdf>

⁵ Fernández Rozas, José Carlos, "Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales en:" http://eprints.ucm.es/9312/1/AUTORREGULACION_Y_UNIFICACION_DEL_DERECHO_DE_LOS_NEGOCIOS_%E2%80%A6

privada, tiene su máxima aplicación en materia contractual, siendo una de sus manifestaciones, la posibilidad de las partes de designar el derecho aplicable al contrato. Esta localización responde a las exigencias de seguridad jurídica y certeza que necesitan los contratantes. Esta autonomía, también abarca la designación del concreto procedimiento con respecto al que se deberán resolver las eventuales controversias que pudieran surgir a su respecto, que se logra a través de una cláusula atributiva de jurisdicción o por medio de una cláusula compromisoria⁶.

Pero en algunas oportunidades las partes en vez de incluir una cláusula de elección de un determinado ordenamiento jurídico estatal, deciden optar por una solución anacional, sometiéndolo a un derecho transnacional o a la *lex mercatoria*.

Intentaremos hacer una aproximación normativa al fenómeno de la *lex mercatoria*, se puede decir, que se trata de un derecho creado por delegación efectuada por los derechos nacionales a los órganos internacionales descentralizados. Los estados tienen claridad de que existe una realidad externa del comercio internacional, que se ha desarrollado según sus propias normas, que requiere de una mutación rápida, debido a la necesaria velocidad que tienen las operaciones del comercio internacional. Así, el estado parece dispuesto a aceptar la existencia de éstas normativa descentralizada. De hecho son normas procedentes de un sistema diferente y autónomo de creación normativa. Existe una recepción centralizada de los derechos nacionales de esta normativa descentralizada, hay normas del orden jurídico interno que facilitan esta interacción como son las que regulan la autonomía de la voluntad.

La voluntad de las partes no tiene un valor jurídico originario, sino que su poder vinculante, deriva de la fuerza que le asigna el ordenamiento jurídico estatal⁷, la ley del contrato debe proporcionar la normativa aplicable a las relaciones entre los contratantes, éstas permiten a los contratantes incluir en sus acuerdos ese tipo de reglas que han sido creadas por un sistema jurídico paralelo⁸. Así, estas reglas que conforman la *lex mercatoria*, las producen los organismos descentralizados, tienen vigencia hasta que éstos mismos las modifiquen y toman validez en el momento que las partes las incorporan en el contrato y su vigencia es limitada a ese negocio y a sus efectos. No cuentan con un ámbito espacial definido, ya que se aplican en el mundo entero.

Muchas veces las normas internacionales han derogado implícitamente normas internas que se hicieron obsoletas, ya que no se adaptaron a los cambios que exige el comercio internacional. Éstas se aplican por los operadores del comercio internacional y son las que se aceptan hoy, por ejemplo las UCP-500, son normas aplicables a los créditos documentarios emitidas por la CCI o los Incoterms.

De esta forma, el valor normativo de la *lex mercatoria* dependerá del pacto realizado por los contratantes y de esta forma quedará incorporado a un determinado derecho nacional, por las normas que rigen y protegen en ese derecho la autonomía de la voluntad contractual.

En síntesis, la *lex mercatoria* es un sistema de normas usadas habitualmente en las transacciones comerciales internacionales, creadas por órganos internacionales descentralizados, reglas emitidas por las entidades internacionales descentralizadas, como son la CCI, UNCITRAL, UNIDROIT⁹. Tienen hoy un valor considerable, superior al meramente contractual, ya que los actores del comercio internacional conocen su existencia y significados, por lo que hoy se configuran como auténticas normas reguladoras del mismo.

⁶ Ibidem, pág. 36.

⁷ Nos referimos a las normas del Código civil chileno en nuestro caso, que regulan la autonomía de la voluntad (1444 CC, 1545 C.C., 1560 CC entre otros)

⁸ Pereznieta Castro, Leonel, Ob. Cit., pag. 189-191

⁹ CCI es la sigla para denominar a la Cámara de Comercio Internacional (1919). UNCITRAL, United Nations Commission on International Trade Law (1966) y UNIDROIT (1926) International Institute for the Unification of Private Law.

3. ¿QUÉ SON LOS INCOTERMS?

Términos de comercio internacional (International Commerce Terms), estos son normativas de derecho privado, que no forman parte de las legislaciones de los países, no tienen soporte en normas jurídicas internacionales, sino que pueden considerarse parte de la nueva *lex mercatoria*, es decir, un conjunto de normas creadas por los propios empresarios en el seno de la cámara de comercio Internacional, con el fin de regular los principales aspectos de las operaciones de comercio exterior¹⁰.

Se les ha definido como: “*un conjunto de reglas aplicables internacionalmente y destinadas a facilitar la interpretación de los términos comerciales, comúnmente utilizables*”¹¹. Si bien, su uso no es obligatorio, su inmensa importancia radica en el empleo generalizado que se hace de ellos a nivel internacional. Esto se ha producido, porque habitualmente las partes de una compraventa internacional, no tienen un conocimiento preciso de las prácticas comerciales utilizadas en los diversos países, lo que puede generar problemas de interpretación y también litigios, que signifiquen pérdidas de dinero y tiempo. Con la finalidad de aumentar la seguridad jurídica de los contratantes, en 1936 la Cámara de Comercio internacional con sede en París publicó la primera versión de los Incoterms, los que se han ido adaptando a los cambios que ha ido experimentando el comercio internacional, surgiendo otras versiones en los años 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 y 2010.

Hay que precisar, que según se utilicen en la respectiva compraventa internacional uno u otro Incoterm las obligaciones del vendedor y del comprador serán diferentes. Éstos cumplen una labor de armonización y cuando son incluidos en el contrato incorporan solo obligaciones tipo para las partes, ya que éstas podrían incluir otras, lo que hace a los Incoterms ser compatibles con la aplicación y respeto a la autonomía de la voluntad.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INCOTERMS

Los Incoterms constituyen parte de la nueva *Lex mercatoria*, entonces, son usos y prácticas creados por las empresas en el seno de la CCI¹², con el fin de regular algunos aspectos de las operaciones de comercio exterior. No obstante, han sido reconocidos implícitamente en la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa de mercaderías al disponer ésta en su artículo 9: “*las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que deberían haber tenido conocimiento, y que, en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate*”, teniendo en consideración que la mayoría de los Estados son signatarios de la Convención, se incorporan de esta forma a las legislaciones nacionales, como normas supletorias de interpretación en las compraventas internacionales.

La incorporación de los Incoterms depende de la voluntad de las partes, por lo que se entienden como parte de la autonomía material¹³ de que gozan los contratantes. También, se debe precisar que estos instrumentos que forman parte de la nueva *lex mercatoria* se caracterizan por ser un derecho espontáneo, uniforme, y de cierta manera universal propio de los comerciantes, que tratan

¹⁰ Llamazares, Olegario, Guía práctica de los Incoterms 2010, Global Marketing publicaciones de empresas, Madrid, 2011, pag.11.

¹¹ Marzorati, J., Osvaldo, Derecho de los negocios Internacionales, Astrea, Buenos Aires, 1993, pag.164.

¹² Cámara de Comercio Internacional organización no gubernamental con sede en París, creada en 1919, con el fin de fomentar el comercio y la inversión entre las empresas del mundo en los distintos sectores, así como ayudarlas a enfrentarse a cada uno de los retos y oportunidades que la globalización ofrece. Para lograr esta misión, la CCI cuenta con un amplio grupo de miembros, que son empresas de más de 130 países que realizan operaciones internacionales, así como organizaciones empresariales, entre ellas las Cámaras de Comercio de los diferentes países.

¹³ Es la recepción de usos y prácticas profesionales, condiciones generales y, por extensión, las reglamentaciones realizadas por las asociaciones de comerciantes en el marco internacional en virtud del cual las partes incorporan el contenido de la *lex mercatoria* a su contrato a través de ésta mención.

de superar el conflicto de leyes cuando se trata de saber cuál derecho nacional regirá una relación jurídica¹⁴.

La validez normativa de éstas manifestaciones de nueva *lex mercatoria* se entienden como *soft law*¹⁵, es decir, un conjunto normativo que carece de fuerza vinculante, pero que ejerce una influencia importante en el desarrollo legislativo futuro y como referentes específicos en la actuación judicial.

5. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Los Incoterms surgen de la necesidad de importador y exportador de ponerse de acuerdo en una serie de aspectos en las operaciones de comercio exterior, pretenden dar solución a el lugar de entrega de las mercaderías, los documentos y trámites aduaneros necesarios para éstas operaciones, la transmisión de riesgos en el transporte de las mismas, el reparto de gastos y costos logísticos entre las partes¹⁶.

Pero existen algunas áreas, de las cuales no se ocupan los Incoterms como son: comercio de servicios, la modalidad de pago, el transporte, plazo de pago y propiedad de las mercaderías¹⁷.

En cuanto a la entrega, éste es un aspecto del contrato que recae en el vendedor, y debe ejecutarse de acuerdo al término comercial pertinente, pero ésta variará según lo que disponga la compraventa, ya que es posible pactar diversas modalidades, ya que por ejemplo si se pacta el incoterm EXW (ex work) el vendedor deberá poner a disposición del comprador directamente las mercaderías, por otra parte si se acuerda otro término como CIF, CFR u otro, la entrega que hace el vendedor es indirecta, pues un intermediario entregará al comprador, que podrá ser un transportista o un depositario, los que a su vez entregarán a éste. En conclusión, la entrega variará según el Incoterm elegido en el contrato.

Los riesgos, por su parte determinan la forma y el momento en que se transmiten éstos, ya que, de antemano, se debe saber quién debe responder, si ocurre un siniestro a la mercadería. En los Incoterms, se definen con precisión las condiciones en que se transmiten los riesgos en función de la cláusula elegida. El principio adoptado consiste en que la transmisión de riesgos tiene lugar en el momento en que el vendedor ejecuta la obligación de entrega, con prescindencia de la propiedad de la mercadería¹⁸.

Respecto de los gastos (despacho de aduanas, IVA aranceles éstos son los más significativos), son todos los desembolsos que deben realizar las partes con el fin de cumplir con las respectivas obligaciones, la distribución de éstos coincide en los Incoterms con la transmisión del riesgo y la entrega. Es decir, los gastos que deba realizar el vendedor deberá soportarlos hasta la entrega de las mercaderías al comprador en las ventas directas, y en las indirectas hasta la entrega al transportista o solo hasta ponerlos a disposición del comprador en otros casos, todo dependerá del Incoterm seleccionado. Incluso el vendedor, podría tener que realizar gastos después de transmitir los riesgos, que son los relacionados con el envío de la mercadería, debiendo en definitiva asumir cada parte los gastos que pacten expresamente como responsabilidad de cada una.

Finalmente, en cuanto a los documentos y trámites necesarios para el despacho de la mer-

¹⁴ Fernández Rozas, José Carlos, "Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales", en http://eprints.ucm.es/9312/1/AUTORREGULACION_Y_UNIFICACION%20DEL_DERECHO_DE_LOS_NEGOCIOS_%E2%80%A6.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Llamazares, Olegario, ob. cit., p.27.

¹⁷ Íbidem, pp.13-17.

¹⁸ Marzorati, J, Osvaldo, ob. cit., p.167.

cadería, se debe precisar que en la compraventa internacional supone el cumplimiento de una serie de formalidades que permiten la salida, el transporte y la introducción de éstas al país de destino, todo lo cual es reglado por los diversos Incoterms, y dependerá del elegido por los contratantes.

6. PRINCIPALES CAMBIOS EN LOS INCOTERMS 2010

La edición de los Incoterms 2010, entró en vigor a partir del 1 de enero de 2011 y supuso una serie de cambios que analizaremos a continuación.

En primer lugar, en la versión 2010, los Incoterms se clasifican según tres criterios que se relacionan con el transporte, esto es: tipo de transporte utilizado, pago del transporte principal y transmisión del riesgo en el transporte.

1- Tipo de transporte utilizado: El uso de estos términos dependen del tipo de transporte que se utilice, es así, que existen siete que se pueden utilizar con cualquier tipo de transporte o con varios a la vez (multimodal), que se denominan en general polivalentes. Hay otros que se pueden utilizar solo con transporte marítimo o por vías navegables interiores (ríos, lagos y canales)¹⁹.

2- Pago del transporte principal, vendedor o comprador: se refiere al transporte internacional entre el país de origen de la mercadería y el de destino, existen algunos Incoterms en los que el pago del transporte principal, lo debe realizar el comprador o importador (EXW, FCA, FAS y FOB) y otros en que los realiza el vendedor o exportador (CPT, CFR, CIP, CIF, DAT, DAP y DDP).

3- Transmisión del riesgo en el transporte de mercaderías: Hay algunos términos en que la obligación de entrega del vendedor y por ende la transmisión del riesgo en el transporte, se produce en el país de origen (EXW, FCA, FAS, FOB, CPT, CFR y CIF), mientras que en otros se produce en el país de destino (DAT, DAP y DDP)²⁰.

Es importante precisar que en los Incoterms C, el vendedor asume el pago del transporte hasta el país de destino, el riesgo se transmite en el país de origen, cuando se carga la mercadería en el transporte, por lo que debe contratar un seguro a beneficio del comprador, pero es él el que asume el riesgo.

Otros cambios significativos que ha introducido la versión 2010 de los Incoterms, se refiere a la eliminación de cuatro términos respecto de la versión 2000, estos son DES, DEQ, DAF y DDU, ya que no tenían un uso frecuente, pero no obstante lo anterior, éstos pueden seguir usándose si así las partes lo convienen, haciendo referencia a la versión 2000, esto porque no se entienden derogados. También, se crean dos nuevos DAT (entregado en el terminal) que sustituye a DES, DEQ y DAF y DAP (entregada en lugar) que sustituye a DDU²¹.

Las reglas 2010, dan prioridad al uso de término polivalentes (cualquier tipo de transporte o multimodal) frente a los marítimos, ya que se adaptan de mejor manera a la realidad actual del comercio exterior.

Otro cambio importante, es el que se refiere al caso en que la mercadería se transporte en un contenedor, ya que en este caso se establece que no pueden usarse Incoterms marítimos, aunque la entrega se haga en un puerto. Ello porque los contenedores se entregan en los terminales portuarios, antes de subirse a bordo, por lo que se debieran usar FCA, CPT y CIP que son especiales para

¹⁹ Llamazares, Olegario, ob. cit., p. 15.

²⁰ Llamazares, Olegario, ob. cit., p. 16.

²¹ *Ibidem*, p. 18.

el transporte multimodal y no FOB, CFR y CIF, pero la adaptación a estos cambios será lenta, pues no obstante la creación de términos especiales se siguen usando los mismos²².

La transmisión del riesgo a bordo del buque en Incoterms FOB, CFR y CIF en la versión 2010, se produce cuando la mercadería es puesta a bordo del buque en el puerto de embarque, lo que incluye varias acciones, esto es: cargar subir la mercadería en el buque, estiba, colocarla en la bodega o cubierta del mismo y trincaje esto es amarrarla para evitar su desplazamiento en la nave. Por ello mientras la mercadería no esté subida, colocada y amarrada en la bodega o cubierta del buque no se transfiere el riesgo al comprador y sigue siendo del vendedor. En cambio, en la versión 2000 el riesgo se transmitía cuando la mercadería sobrepasaba la borda del buque.

Dado, que algunas mercaderías que se transportan a granel, la venta de ellas se produce en el trayecto del transporte desde el puerto de origen al de destino, se posibilita ahora en los Incoterms marítimos, FOB, CFR y CIF que la entrega se efectúe en a bordo del buque²³.

La cobertura de seguro de transporte en términos CIP y CIF, si bien el vendedor está obligado a pagar un seguro desde el lugar de entrega hasta el lugar de destino, las reglas 2010 hacen referencia a la última versión de las coberturas de seguros del Institute Cargo Clause de Londres, donde figuran tres tipos de coberturas, la C es la mínima, la A y B, son las que pueden agregar cláusulas de guerra y huelga. En éstos el vendedor solo está obligado a contratar la cobertura mínima, si el comprador quisiera ampliarla tendrá que costearla.

Para garantizar mayor seguridad al transporte de mercaderías se establece como obligación del vendedor, dar toda la información necesaria relativa a la seguridad hasta el lugar de destino final.

Una modificación también importante, se refiere a que se otorga la misma validez a los mensajes y documentos electrónicos, que los de soporte de papel, siempre que las partes lo hayan acordado o sea de uso habitual.

Se posibilita el uso de los Incoterms al comercio nacional, ello porque el rápido desarrollo del comercio exterior ha llevado a la creación de zonas de integración económica, donde se han eliminado las aduanas, pudiendo considerarse como mercado nacional²⁴.

7. INCOTERMS MÁS USADOS

Explicaremos a continuación someramente los Incoterms, pero respecto de los más usados, nos explayaremos, explicitando las principales obligaciones de cada contratante.

1. EXW (EX WORKS) cuya traducción es “en fábrica”, significa que el exportador realiza la entrega de las mercaderías, cuando las pone a disposición del importador en el establecimiento del exportador o en otro lugar que se haya convenido, sin despacharla para la exportación ni cargarla para su transporte. En general podemos afirmar, que es la que otorga menores obligaciones al exportador y máximos gastos y riesgos para el importador.
2. FCA (FREE CARRIER), o “franco transportista”, en este término el exportador entregará la mercancía al transportista o persona indicada por el importador en el lugar que se haya acordado, cargando la mercadería en el transporte indicado por el importador, dentro de las instalaciones del exportador, o poniéndola a disposición del transportista o persona que le indique el

²² *Ibidem*, p. 19.

²³ Llamazares, Olegario, ob. cit., p. 20.

²⁴ *Ibidem*, p. 22.

comprador en el medio de transporte contratado por el vendedor.

3. FAS (FREE ALONGSIDE SHIP) o franco al costado del buque, el exportador entregará la mercancía colocándola al costado del buque designado por el importador, en el punto de carga fijado por éste, dentro del puerto de embarque convenido.
4. FOB (FREE ON BOARD) o franco a bordo, este es uno de los Incoterms más utilizados, aquí el vendedor entrega las mercancías poniéndola a bordo del buque, en el puerto que designe el comprador. Los gastos de terminal de puerto de embarque y el despacho de exportación son de cargo del vendedor.

Es un término que se debe emplear en el transporte marítimo y por vías navegables de interior, en el caso que la mercadería se transporte en contenedor, debería éste reemplazarse por FCA, pues habitualmente los contenedores se entregan en un terminal y no cargados en el buque. El vendedor debe entregar al comprador un documento que justifique la entrega de las mercaderías en las condiciones acordadas, generalmente, será una copia del conocimiento de embarque B/L²⁵. Asimismo, tiene la obligación de suministrar al comprador, un documento que justifique la entrega de la mercancía, la factura comercial, como todos los documentos necesarios para efectuar el despacho de exportación, los que también puede enviarse por vía electrónica.

Por su parte es el comprador, quien debe contratar el transporte desde el lugar de entrega hasta su destino final. La transmisión del riesgo para el comprador se produce cuando la mercancía está puesta a bordo del buque en el puerto de origen. Ninguna de las partes está obligada a contratar un seguro, pero es aconsejable que lo efectúe el comprador²⁶.

Es adecuado usar FOB, en aquellas operaciones de exportación en las que el vendedor tiene poca experiencia en contratar transporte marítimo, por ello será preferible que lo asuma el comprador. También, en aquellas, donde el importador, puede obtener un mejor precio por el transporte debido al volumen o ruta que se utilice y en operaciones donde se manejen grandes cantidades de mercancías²⁷.

5. CPT (CARRIAGE PAID TO) o “transporte pagado hasta”, en éste la entrega de la mercancía se produce cuando el vendedor la pone a disposición del transportista, que él mismo ha contratado, asume el costo del transporte hasta el lugar de destino, y su obligación termina con la entrega al transportista, y no con la llegada de la mercadería al lugar de destino, por tanto allí transfiere el riesgo al importador²⁸.
6. CFR (COST AND FREIGHT) o “coste y flete”, al igual que en FOB, el exportador entrega la mercancía a bordo del buque designado en el puerto de salida, asumiendo el vendedor el costo del flete hasta el puerto de destino. Se aplica a transporte marítimo y se usa generalmente cuando existen operaciones de comercio exterior donde se movilizan grandes cantidades de mercancías, si se transportan en contenedores, deben preferirse FCA o CPT.
7. CIP (CARRIAGE AND INSURANCE PAID TO) o “transporte y seguro pagado hasta” el vendedor entrega la mercancía en su país, ya que la pone a disposición del transportista contratado por el mismo. Y en el momento de esa entrega transfiere el riesgo al importador. Asimismo, debe pagar un seguro con cobertura mínima (C) cuyo beneficiario es el comprador. Este Incoterm comienza a ser muy utilizado, ya que se puede convenir en cualquier tipo de transporte y está acorde con la tendencia actual, donde el vendedor ofrece un mayor nivel de servicio al comprador²⁹.
8. CIF (COST, INSURANCE AND FREIGHT) o “costo, seguro y flete en puerto de destino designado”, este es uno de los términos más usados y es el que la mayoría de las aduanas, utiliza para aplicar aranceles e impuestos a la importación. El exportador entrega la mercancía a bordo del buque designado en el puerto de origen, además, debe contratar el transporte marítimo desde el puerto de embarque hasta el de destino, transmitiéndose el riesgo al importador, una vez que la mercancía está entregada a bordo del buque en el puerto de embarque, debiendo el

²⁵ Llamazares, Olegario, ob. cit., p. 99-100.

²⁶ *Ibidem*, pp.102-107

²⁷ *Ibidem*, pp. 104-106.

²⁸ Llamazares, Olegario, ob. Cit., pp.109-115.

²⁹ *Ibidem*, pp. 125-132.

- vendedor contratar un seguro a beneficio del Comprador, que debe cubrir un 110% del importe asegurado. Donde el vendedor debe pagar los costos del despacho aduanero de exportación y el comprador los costos e impuestos de importación. Se debe utilizar en el transporte marítimo, si se trata de carga que va en contenedores, debe usarse CIP³⁰.
9. DAT (DELIVERED AT TERMINAL) o “entrega en terminal” es un término incorporado en la versión 2010 de los Incoterms, supone que, tras la descarga de la mercancía en un puerto o lugar de destino en el país del comprador, se debe especificar bien donde se hará esta entrega, ya que puede ser en un muelle, almacén, terminal de carga etc... el vendedor hace los trámites y paga los costos de despacho de exportación y el importador los de despacho de importación. Transmitiendo el riesgo al importador cuando la mercancía ha sido descargada en el lugar de destino No hay obligación de contratar seguro, pero es aconsejable que el importador pague uno³¹.
10. DAP (DELIVERED AT PLACE) o “entregada en lugar convenido”, aquí el vendedor entrega la mercancía sin descargar en el lugar de destino acordado, que debe ser las instalaciones del comprador u otro lugar dentro del país, que no sea un terminal de transportes, ya que si es así se debe utilizar DAT. Es útil para venta entre partes de una misma zona económica, sirve en cualquier tipo de transporte y fue recién incorporado en el 2010. Se transmite el riesgo al importador, una vez que se ha puesto a disposición de éste preparada la mercancía para la descarga en el lugar de entrega³².
11. DDP (DELIVERED DUTY PAID) o “entregada derechos pagados” acá el vendedor entrega la mercancía, sin descargar del medio de transporte contratado en las dependencias del comprador o en un otro lugar indicado. Produciéndose la transmisión de riesgos en el lugar donde se entrega la carga. Este representa el mayor nivel de obligación para el vendedor, ya que debe asumir todos los costos y riesgos de la compraventa, incluyendo los trámites de importación, hasta entregar la mercancía en el lugar acordado. Puede usarse en cualquier tipo de transporte y con transporte multimodal. No existe obligación de contratar seguros, pero es preferible que el importador contrate un seguro de transporte, todos los costos de importación y exportación sonde cargo del exportador. Se aconseja en operaciones de venta entre empresas de un mismo grupo multinacional, exportaciones de productos con elevado costo como joyas, equipos médicos etc..., envíos urgentes a través de empresas de mensajería, servicios puerta a puerta, para que el cliente evite realizar trámites o gastos. Dado que proporciona un servicio completo al cliente, cada día es más usado³³.

8. CRITERIOS PARA LA ELECCIÓN DE LOS INCOTERMS

Hay que precisar que muchas de las operaciones de comercio exterior, no se formalizan por medio de una compraventa internacional, sino que a través de otros documentos, como órdenes de pedido o facturas proforma, que estén firmadas por ambas partes. En esos documentos, no se especifica la ley aplicable en caso de conflicto, por lo que en esas circunstancias los Incoterms, tiene un papel crucial, ya que al no designar el país donde se someten las controversias, las normas de Derecho internacional privado, establece que serán las del país donde se produce la entrega de las mercancías, y esto es relevante, ya que ellos, regulan este aspecto.

Teniendo en cuenta que los Incoterms, son muy utilizados es importante elegir el que más convenga a la operación de comercio exterior que se va a realizar. Por ello, se debe tener en consideración, ciertas circunstancias. En primer lugar, el tamaño de la empresa, la experiencia internacional de la misma, el riesgo del país de destino, el medio de transporte que se utilizará, el tipo de carga,

³⁰ *Ibidem*, pp. 133-141.

³¹ Llamazares, Olegario, ob. Cit., pp. 143-150.

³² *Ibidem*, pp. 151-157.

³³ *Ibidem*, pp. 159-165.

los medios de pago y el nivel de servicio que se quiere otorgar a los clientes.

9. CONCLUSIONES

Finalmente, podemos concluir que la *lex mercatoria* es está formada por usos y costumbres que constituyen derecho espontáneo, uniforme y en cierto modo universal, son propios de los comerciantes que los elaboran en el seno de sus asociaciones. Estas reglas son emitidas por las entidades internacionales descentralizadas, como son la CCI, UNCITRAL y UNIDROIT. Su valor normativo dependerá del pacto realizado por los contratantes y de esta forma quedará incorporado a un determinado derecho nacional, por las normas que rigen y protegen en ese derecho la autonomía de la voluntad contractual.

Por su parte, los Incoterms son usos y prácticas creados por la Cámara de comercio internacional, con el fin de reglar los principales aspectos de una compraventa internacional, y así dar seguridad a las partes. Regulan solamente obligaciones tipo, respecto de la entrega de las mercancías, transmisión de riesgos en el transporte de las mismas, documentos y trámites aduaneros necesarios en éstas operaciones y costos y gastos logísticos que deben proveer los contratantes.

Si bien, no son normas jurídicas creadas por los estados ni organizaciones internacionales, son ampliamente usadas por los comerciantes en el ámbito del comercio exterior. En realidad, se consideran parte de la nueva *lex mercatoria*, esto es un derecho privado autónomo, uniforme, universal, manifestación de la autonomía material que tienen las partes en un contrato de compraventa internacional.

Los incoterms han sido reglamentados en diversas versiones desde el año 1936, la última fue en el 2010. Esta incorporó varios cambios, con el fin de adaptarse de mejor manera a la realidad del comercio exterior actual. Entre las más significativas podemos enumerar las siguientes: se clasifican ahora los términos según tres criterios, que dependen del transporte utilizado, pago del mismo y transmisión de riesgos en el transporte.

Asimismo, se eliminaron cuatro Incoterms (DES, DEQ, DAF y DDU) y se crean dos nuevos (DAF y DAT). Si las mercancías se transportan en contenedor ya no se deben usar los términos marítimos sino los polivalentes, que se usan con todo tipo de transporte. Se validan los documentos electrónicos, dándoseles la validez de los que tienen un soporte de papel. También, en algunos Incoterms, varía el momento en que se entiende transferido el riesgo y es posible utilizarlos en el ámbito del comercio nacional, entre otros.

No obstante, todas las adaptaciones que han incorporado esta nueva versión de los Incoterms, en Chile se siguen usando los mismos, esto es FOB, CIF y CFR, incluso en el transporte marítimo, pese a que existen ahora algunos especiales para el transporte de contenedores, que es la forma habitual de transporte, incluso por vía marítima. Estas modificaciones se irán incorporando lentamente, en la medida que exista un uso creciente por parte de los contratantes. Debiendo siempre tenerse en cuenta que el término elegido debe ser el más apropiado a la operación comercial y a la empresa que la realiza.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, "Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales en: http://eprints.ucm.es/9312/1/AUTORREGULACION_Y_UNIFICACION_DEL_DERECHO_DE_LOS_NEGOCIOS_%E2%80%A6

———“*Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional*” en anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. IV, Iprolex, Madrid, 2004. http://eprints.ucm.es/6964/1/LEX_MERCATORIA_Y_AUTONOMIA_CONFLICTUAL.pdf

Legis Chile, S.A, Compraventa Internacional, Tributación y normas complementarias, Legis S.A, Colombia, 2007.

LLAMAZARES, OLEGARIO, Guía práctica de los Incoterms 2010, Global Marketing publicaciones de empresas, Madrid, 2011.

MATUTE MORALES, CLAUDIA, “*Marco Jurídico de la Compra venta internacional de Mercancías*” en <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc24/24-4.pdf>

MARZORATI, J, OSVALDO, Derecho de los negocios Internacionales, Astrea, Buenos Aires, 1993.

PEREZ NIETO CASTRO LEONEL, Consideraciones en torno a la lex mercatoria: el caso de México <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2201/10.pdf>.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES EN CHILE

THE CONSTITUTIONALIZATION OF FUNDAMENTAL LABOR RIGHTS IN CHILE

ANDRÉS FRANCHI MUÑOZ *

ABOGADO

CHILE

RESUMEN: En la actualidad se concibe a los trabajadores como titulares de derechos fundamentales inespecíficos, oponibles a su empleador al interior de la relación de trabajo, pasando en definitiva a constituir un límite a los poderes del empleador, dejando de tener una concepción meramente vertical frente al Estado. Ello obedece a un proceso de relectura de la Constitución 1980, lo que unido al trabajo doctrinal y jurisprudencial en la materia ha permitido estar en frente de lo que hemos denominado “*La Constitucionalización de los derechos fundamentales laborales*” en nuestro país. Este reconocimiento resulta insuficiente, sino se le otorgaban a dichos derechos mecanismos de tutela judicial efectiva, lo que se hizo mediante la creación y la incorporación del Procedimiento de Tutela Laboral por Vulneración de Derechos Fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Constitución de 1980. Derechos fundamentales inespecíficos - Relectura - Eficacia horizontal - Tutela judicial efectiva.

ABSTRACT: *Is currently conceived workers as holders of non-specific, enforceable rights your employer to the employment relationship inside, passing ultimately to constitute a limit on the powers of the employer, leaving a purely vertical conception to the State. This is due to a process of reinterpretation of the 1980 Constitution, together with doctrinal and jurisprudential work in this field has allowed to be in front of what we have called “The constitutionalization of labour rights” in our country. This recognition is insufficient, but they were granted him such rights mechanisms of effective judicial protection, has been done by creating and incorporation procedure of labour protection for violation of fundamental rights.*

KEY WORDS: *Constitution of 1980. Rights fundamental nonspecific - proofreading - efficiency horizontal - Tutela judicial effective.*

*Abogado, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Magíster Derecho de la Empresa Universidad del Desarrollo Concepción. Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y seguridad Social.

1. INTRODUCCIÓN

El concebir a los derechos fundamentales laborales, tanto específicos como inespecíficos, dotados de eficacia horizontal, entendiéndose por ello, que éstos son oponibles *erga homines*, no solamente al Estado y sus órganos, sino que a cualquier particular y dentro del marco de las más variadas relaciones contractuales y jurídicas, es un proceso que en Chile tomó varios años en consolidarse, proceso consolidativo al cual podemos denominar “*Constitucionalización de los derechos fundamentales laborales*”.

En efecto, y según tendremos ocasión de desarrollar a lo largo de estas páginas, la Constitución Política de 1980 desde sus orígenes contenía normas que, por un parte reconocían un catálogo más o menos extenso derechos fundamentales¹, dentro de ellos los laborales, y por otra, contenía preceptos que le conferían a dichos derechos eficacia horizontal y vinculación directa tanto frente tanto al aparato estatal como frente a privados², sin embargo, dichas disposiciones constitucionales permanecieron casi dos décadas estáticas, salvo honradas excepciones, en el sentido que no se les confirió dicho carácter a través de los procesos hermenéuticos respectivos, los interpretes no arribaron –al menos explícitamente– a la conclusión de que los derechos fundamentales estaban dotados de eficacia horizontal, quizás porque primaba la concepción de que ellos eran derechos subjetivos públicos cuya finalidad era constituir un límite al poder estatal, se buscaba en definitiva la protección del ciudadano frente al poder estatal, se les concebía como un técnica jurídica de protección del ciudadano frente al Estado.

Es hacia mediados de las décadas de los noventa, por una labor impulsada por un grupo de académicos de Derecho del Trabajo y por el surgimiento de Dictámenes de la Dirección del Trabajo, que se realizó un cambio de giró en materia, y en base a los mismos preceptos constitucionales existentes en la Carta Magna de 1980, es que se empezó a plantearse que los derechos fundamentales laborales tenían eficacia horizontal, debiendo tener vigencia y aplicación directa tanto dentro de la fábrica como fuera de ella.

En consecuencia, las normas constitucionales que habían permanecido estáticas pasaron a tomar vida, y eficacia práctica, y jurídica.

Esta relectura de las normas constitucionales, pasó posteriormente a tener consagración positiva mediante la dictación de leyes que modificaron el Código del Trabajo, y que mediante la incorporación de normas nuevas se reconoció ahora con rango legal la eficacia horizontal de los derechos fundamentales a la interior de la relación de trabajo³.

Sin embargo, aún el círculo no estaba cerrado.

En efecto, habíamos arribado a tierra fértil, en el sentido de reconocer eficacia horizontal y vigencia inmediata y directa de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral, pero frente a la vulneración o conculcación de ellos por parte del empleador, el ordenamiento jurídico laboral carecía de una herramienta propia para su amparo y resguardo eficaz, siendo los procedimientos ordinarios existentes a la fecha insuficientes para satisfacer dichas finalidades, por lo que el desafío era ahora enfrentar la forma de resguardar adecuadamente los derechos fundamentales laborales, tanto específicos como inespecíficos dentro del ámbito de la relación laboral de manera oportuna, efectiva y en que su tutela fuese definitivamente efectiva.

En aras de esta específica finalidad es que surge el procedimiento de tutela laboral por

¹ Ver artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 en sus diversos numerales.

² Ver artículos 5, 6, y 7 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980.

³ Ver artículos 2, 5 y del Código del Trabajo.

vulneración de derechos fundamentales laborales, lo que le permite en la actualidad al trabajador que ve vulnerado, conculcado, o comprometido algunos de sus derechos humanos por acciones u omisiones del empleador, recurrir al juez del trabajo respectivo, en un proceso que es relativamente expedito, para que éste en definitiva adopte las providencias que estime pertinentes del caso para el cese de los actos lesivos, y en definitiva el restablecimiento del imperio del derecho.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de Chile 1980 el constituyente estableció un catálogo de derechos fundamentales en el artículo 19°, que consta de veintiséis numerales, cada uno dedicado a una determinada garantía constitucional, sus variantes y derivaciones⁴, como igualmente establece mecanismos de tutela de los mismos, en los artículos 20 y 21, que contemplan el recurso de protección y la acción de amparo, respectivamente.

Los preceptos constitucionales precedentemente citados constituyen el Capítulo III de dicha carta magna, afirmándose que: *“es la sección más importante dentro de la parte dogmática de la Constitución, pues constituye la esencia del constitucionalismo; doctrina jurídica, política y social que propugna los derechos del hombre y el respeto a la persona humana”*⁵.

Siguiendo los pasos del Constitucionalismo Social, que vienen desde la Carta Mexicana de Querétaro de 1917 y la Constitución del Weimar de 1921, se incorporaron diversos derechos laborales y de seguridad social dentro de los derechos fundamentales reconocidos por la nueva constitución.

En relación a este proceso, don Mario Pasco Cosmopolis nos señala acertadamente que: *“La Constitucionalización de los derechos laborales, que es hoy natural y obligada en todas las Cartas a partir del famoso artículo 123° de la Constitución Mexicana adoptada en Querétaro en 1917, no solo les da realce y prestigio, sino que tiene por objeto “protegerlos contra cualquier política del legislador ordinario” puesto que la norma constitucional, al ser de rango supremo, deviene invulnerable e intangible, y al mismo tiempo condicionante de la legislación derivada”*⁶.

A fin de dar el debido resguardo a los derechos fundamentales consagrados el constituyente instaura la acción de protección constitucional, mediante la cual las Cortes de Apelaciones respectivas podría conocer de los recursos de protección que se le planteasen cuando algunos de los derechos fundamentales tutelados a través de dicha acción constitucional fuesen objeto de actos u omisiones arbitrarias e ilegales, ya por parte del Estado o de particulares, que implicasen una conculcación, privación o amenaza de ellos o de algunos de sus atributos.

⁴ Artículo 19 N° 1 Derecho a la vida y respecto y protección de la integridad física y psíquica; Artículo 19 N° 2 La igualdad ante la ley y prohibición de discriminaciones arbitrarias; Artículo 19 N° 3 Igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos; Artículo 19 N° 4 El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; Artículo 19 N° 5 Derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación; Artículo 19 N° 6 La libertad de conciencia, manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todo los cultos; Artículo 19 N° 7 El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual; Artículo 19 N° 8 Derecho a vivir en medio ambiente libre contaminación; Artículo 19 N° 9 Protección de la salud; Artículo 19 N° 10 Derecho a la educación; Artículo 19 N° 11 Libertad de enseñanza; Artículo 19 N° 12 La Libertad de opinión y de información; Artículo 19 N° 14 Derecho de petición; Artículo 19 N° 15 Derecho de asociación; Artículo 19 N° 16 La libertad de trabajo y su protección; Artículo 19 N° 17 Derecho de libre acceso a los cargos públicos; Artículo 19 N° 18 Derecho a la seguridad social; Artículo 19 N° 19 Derecho a sindicalización; Artículo 19 N° 20 Derecho a la igual repartición de tributos y demás cargas públicas; Artículo 19 N° 21 El derecho a desarrollar cualquier actividad económica; Artículo 19 N° 22 El derecho a no discriminación arbitraria en materia económica; Artículo 19 N° 23 La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes; Artículo 19 N° 24 El derecho de propiedad; Artículo 19 N° 25 Derecho de autor ;y Artículo 19 N° 26 La garantías de las garantías.

⁵ VIVANCO MARTINE, ANGELA, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Primera Edición. Santiago. Año 2004. Tomo II. Pág. 235.

⁶ *“Evolución y tendencias de la constitucionalización de los derechos laborales en América Latina”*, en Revista de Derecho del Trabajo Número 3 (extraordinaria) 2007. El Derecho del Trabajo en los albores del siglo XXI. Memorias y comunicaciones del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo” Isla Margarita – Venezuela. Abril-Mayo de 2007. Fundación Universitas. Pág. 66.

Sin embargo, no todos los derechos quedaron amparados por el recurso de protección, varios de ellos fueron excluidos de su manto de resguardo, entre ellos los derechos laborales y de seguridad social, por lo que se comprenderá, que la concepción de ello como derechos fundamentales se veía abiertamente menguada, pasando a ser derechos “*de segunda clase*”.

Por último, es necesario recordar que el catálogo de derechos fundamentales contemplados en la Constitución de 1980 debe verse necesariamente complementado por aquellos que figuraban en los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile, lo cuales –por expresa mandato del actual artículo 5° de la Carta Fundamental– constituyen un límite a la soberanía del Estado, formando ambos en definitiva lo que se conoce en lo que se refiere a derechos humanos como “*el bloque de constitucionalidad*”.

3. LA RELECTURA. EFICACIA HORIZONTAL

Como hemos venido anticipando en las líneas precedentes, en los últimos años se ha producido en Chile un proceso que se ha denominado “*Constitucionalización del Derecho del Trabajo*”, que ha implicado que se ha desarrollado un proceso investigación y estudio de naturaleza interdisciplinaria entre el derechos constitucional, el derecho laboral y el derecho internacional, labor que se ha llevado adelante principalmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales denominados inespecíficos, y a la vigencia de éstos al interior de la relación de trabajo, pasando en definitiva éstos a constituirse en un límite a las potestades de mando, disciplinarias, y direccionales del empleador, propias del carácter asimétrico dentro del cual se desarrolla la relación laboral y, en definitiva, el contrato de trabajo. Se ha denominado también a este fenómeno como: “*un proceso de reconstrucción teórico-jurídico del contrato de trabajo*”⁷.

Durante mucho tiempo el derecho laboral fue mirado, analizado y estudiado como una rama más del derecho privado. La relación laboral y el contrato de trabajo eran visualizados como un vínculo entre privados, en que se fundada la potestad de mando, disciplinaria y direccional del empleador en la autonomía de la voluntad y que, en definitiva, era el dependiente quien consentía en ello, en el marco de una concepción netamente liberal, sin embargo, con el tránsito hacia una visión del Estado más social, se empezó a comprender que siendo la relación laboral asimétrica, en que el empleador se posiciona sobre el trabajador dada las potestades que a éste le asisten sobre la persona del trabajador y sus derechos, el Estado debe necesariamente tener un intervención más intensa en la relación del trabajo, dictando en consecuencia, normas protectoras de los derechos de esta parte más débil. La Constitución Mexicana de 1917 y La Carta de Weimar de 1919 son los primeros textos que consagran garantías propiamente laborales, marcando un hito en esta materia, según anticipamos párrafos atrás.

Sin embargo, el paso antes mencionado resultaba aún de suyo insuficiente y limitado.

En efecto, los resguardos, tutelas, y normas proteccionistas adoptadas por el ordenamiento jurídico nacional amparaban derechos de naturaleza eminentemente laboral, y que eran protectoras de derechos que le asistían al trabajador en su calidad, como la justa retribución, el derecho a negociar colectivamente, etc, pero no se concebía al trabajador como titular derechos fundamentales de una naturaleza distinta a la antes mencionada, existiendo una disociación que estaba marcada por el haz derechos que a una persona le asistían en calidad de tal, como titular derechos subjetivos públicos, y los que le asistían como trabajador, no generándose una comunicabilidad entre ambas calidades, sin que existiese una razón legítima para justificar dicha disociación ni práctica ni dogmática.

⁷ MELIS VALENCIA, CRISTIAN, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. Editorial Legal Publishing Abelado Perrot. Santiago. Año 2009. Pág. 2.

Los derechos fundamentales fueron siempre concebidos como un límite al poder del Estado para el recaudo de aquellos derechos subjetivos de los ciudadanos que no podían ser avasallados por el ente estatal, sin embargo, éstos empezaron a conceptualizarse no solo como un límite al poder estatal sino que también pasaba a constituir una limitante a nivel horizontal, esto es, en relaciones privadas habidas entre particulares, entre ellas el contrato de trabajo.

Es el constitucionalismo alemán quien elaboró la doctrina *Drittwirkung der Grundrechte* (efecto frente a terceros de los derechos fundamentales) y cuyo autor es Hans Carl Nipperdey, quien dicta el 18 de enero de 1958 la sentencia conocida como *Lüth- Urteil*, reconociendo la igualdad salarial entre hombres y mujeres, y su origen obedece a: “*el creciente surgimiento y desarrollo de los centros de poder privado y tránsito del Estado libera de Derecho al Estado Social de Derecho, todo ello teniendo como marco : la teoría de los valores*”⁸.

Resulta indudable, que una sociedad cada vez más globalizada, los centros de poder privado, como son por ejemplo las empresas multinacionales, van adquiriendo cada vez un poder mayor que sobrepasa en muchos casos las fronteras territoriales de los estados en que tienen asentada su presencia material, desplegando en definitiva su actividad en diversos países del orbe, y es tal su magnitud y el tamaño del negocios y el desarrollo de las actividades económicas que emprenden, que los derechos fundamentales de los trabajadores que prestan servicios personales remunerados bajo subordinación y dependencia, pueden ser fácilmente afectados, y en consecuencia, se concibe como límite a los centros de poder privados a los derechos fundamentales de los dependientes⁹, ya que en estas relaciones laborales, que son siempre asimétricas, la autonomía de la voluntad no pasa de ser en la actualidad un mero dogma, quedando el trabajador altamente expuesto a sufrir vulneraciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales al interior de la empresa.

Para hacer frente a dicha realidad nefasta, se empezó a concebir al trabajador como titular de una serie de derechos que escapaban del campo propiamente laboral, derechos que no eran propios del Derecho del Trabajo, porque no regulan o garantizan derechos de esta naturaleza, sino que eran de un contenido distinto, pero que eran del tal trascendencia o preponderancia que era indudable que debían tener aplicación dentro del marco de la relación laboral, aunque no fueran derechos propiamente laborales, y que éstos debían tener una aplicación inmediata o directa al interior de la relación de trabajo, aunque dicha eficacia no se encontrase expresamente regulada ni la legislación laboral ni los textos de los contratos de trabajo, derechos los cuales, sin embargo, deben ser respetados por el empleador, a pesar de lo expresado, hablándose de “*ciudadanía en la empresa*”.

A estos derechos que no eran propiamente laborales se les denomina “*derechos laborales inespecíficos*” en contraposición al termino obviamente de “*derechos laborales específicos*”¹⁰, que son en definitiva aquellos que tienen un contenido propiamente laboral o hacen referencia a derechos laborales puros, como son por ejemplo el derecho a una justa remuneración, el derecho a negociar colectivamente, el derecho a huelga, etc., que tienen en la Constitución Política de 1980 una regulación propia y específica¹¹.

En otras palabras, derechos laborales inespecíficos: “*son aquellos derechos respecto de los cuales el trabajador es titular no en cuanto trabajador –como son los típicamente laborales– sino en cuanto ciudadano: se trata pues, de derechos de consagración constitucional que no son estrictamente laborales y que pueden ser ejercidos fuera del ámbito de la empresa, pero también*

⁸ MELIS VALENCIA, CRISTIAN, Ob. Cit., Pág. 12.

⁹ Ver MELIS VALENCIA, CRISTIAN Ob. Cit. Pág. 14 y sgts.

¹⁰ Ver en este sentido GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, “*Los derechos del trabajador en la Constitución Chilena*”, en Derechos Fundamentales Homenaje al Profesor Patricio Novoa Monreal, Anuario del Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3/2004, Santiago, pág. 33 y sgts.

¹¹ Ver artículos 19 N° 16 y N°19 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980.

*dentro de ésta, éste es el punto*¹².

Pues bien, los derechos laborales inespecíficos son aquellos derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República de Chile de 1980 y en los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile cuyo contenido no es el derecho de naturaleza laboral, como por ejemplo el derecho al respecto y protección de la vida e integridad física psíquica, el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de los cultos y la libertad de emitir opinión e informar sin censura previa, sin embargo, por el principio de la legalidad, dado por el carácter de norma fundamental de la Carta Magna, en virtud del cual todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse conforme y según la Constitución y de aplicación obligatoria, reciben aplicación inmediata o directa dentro del ámbito de la relación laboral, debiendo ellos ser respetados imperativamente por parte del empleador, lo que se denomina “*eficacia horizontal*” de los derechos fundamentales.

Esta eficacia inmediata quiere significar que se considera a los derechos fundamentales: “*como derechos subjetivos públicos reforzados por la garantía constitucional, oponibles erga homines sin necesidad de mediación*”¹³, siendo en definitiva su oponibilidad al empleador su efecto primordial, quien además deberá respetarlo debidamente, siendo exigibles al empleador por parte del trabajador, dentro del marco de la relación de trabajo, aun cuando el contrato de trabajo o la legislación particular en la materia no diga nada al respecto.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral tiene en Chile consagración expresa a nivel constitucional, ya que es la Constitución Política de la República de Chile de 1980 en sus artículos 6° y 7° quien consagra lo que se ha denominado en doctrina constitucional “*el principio de la vinculación directa*” en virtud del cual las normas consagradas en la Carta Fundamental obligaban dentro del territorio patrio a toda persona, institución, o grupo de personas, siendo lo particular y trascendente del precepto que consagra no solo una eficacia vertical – ciudadano versus Estado- de las normas fundamentales, sino que establece y consagra una aplicabilidad y obligatoriedad de las normas constitucionales *erga homines* que receptiona la eficacia horizontal e inmediata de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral.

Sergio Gamonal Contreras prefiere hablar de “*eficacia diagonal*” en vez de utilizar la denominación de eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral, fundándose para la adopción de esta terminología en la asimetría que se presenta en el contrato de trabajo dada poder de mando, disciplinario, y correccional que tiene el empleador sobre el trabajador, que hace que la relación laboral no se desarrolle ni desenvuelva en un plano de igualdad, sino que se materialice en forma diagonal y, en consecuencia: “*este contenido tan intenso desequilibra la relación empleador/trabajador, sustrayéndola de una eficacia horizontal y colocándola más bien en el horizonte de una eficacia diagonal de los derechos fundamentales entre particulares*”¹⁴.

Si bien, los artículos 6° y 7° de la Carta Magna no tienen una referencia expresa a los derechos laborales inespecíficos, sin duda que los comprende, y es por ello que algunos autores hablan de una “*recepción innominada*”¹⁵ de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior de la fábrica.

Como complemento de las citadas normas constitucionales que consagran la eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral debe considerarse

¹² MELIS VALENCIA, CRISTIAN, Ob. Cit. Pág. 31.

¹³ MELIS VALENCIA, CRISTIAN, Ob. Cit. Pág. 24.

¹⁴ Trabajo y Derecho, Abelado Perrot Legal Publishing, Santiago, año 2010, pág. 63.

¹⁵ LIZAMA PORTAL, LUIS y UGARTE CATALDO, JOSE LUIS, *Interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena*. Editorial Conosur. Santiago, Año 1998, Pág. 157.

también el artículo 20 de la Constitución Política de 1980 que consagra la acción de protección la cual puede entablarse en contra de particulares o en contra de órganos estatales., que realicen una acción o incurran en una omisión que impliquen la perturbación, privación, o amenaza respecto de algunos de las garantías constitucionales objeto de tutela por el referido medio jurisdiccional.

Las normas constitucionales a la cuales hemos hecho referencia precedentemente, y que hacen aplicable la eficacia horizontal de los derechos fundamentales dentro de la relación de trabajo, existen en nuestro ordenamiento patrio desde la dictación y promulgación original de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, sin embargo, hasta el inicio de la década de los años noventa esta interpretación no se había llevado adelante en la forma antes mencionada, no relacionándose las normas constitucionales con las normas del derecho del trabajo en el aspecto que hemos venido reseñando.

En consecuencia, es a raíz de una relectura de la Carta Fundamental que se realiza teniendo en cuenta que el trabajador amén de ser dependiente es además persona tanto fuera como dentro de la fábrica, y como tal es titular de un haz de derechos fundamentales que son exigibles, tanto mientras preste sus servicios personales remunerados bajo subordinación y dependencia o mientras no los esté prestando, lo que implica una visión más humanista, en que se pone de relieve y como principal objeto de protección a la persona humana, y que esta concepción no está en ningún caso separada o disociada de la calidad jurídica de trabajador que una persona pueda tener en un momento determinado, y que el haz derechos fundamentales inespecíficos que le asisten y merecen la adecuada tutela del ordenamiento jurídico, sea que éstos sean ejercidos dentro o fuera de la empresa, no existiendo ninguna razón jurídica válida para negar su aplicación cuando se está inmerso dentro del marco de una relación de trabajo, siendo ésta en definitiva un exégesis errónea que no guarda la armonía con las normas contenidas en la Carta Fundamental y que permiten sobradamente sostener la plena vigencia en Chile de la teoría de eficacia horizontal e inmediata de los derechos laborales inespecíficos al interior de la relación de trabajo. Concordamos, cuando se afirma que: *“el tema de los derechos fundamentales en la relación laboral ha llegado a Chile para quedarse”*¹⁶.

4. CONSAGRACIÓN POSITIVA

La eficacia horizontal de los derechos laborales inespecíficos que, según se ha reseñado precedentemente, se obtenía por medio de la hermenéutica constitucional, vino a tener a partir del año 2001 consagración legislativa expresa, dictándose al efecto una serie de normas que le daban aplicabilidad para ciertas materias, como eran la no discriminación o los límites del poder correctivo del empleador.

Así, la Ley N° 19.759, publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 2001 modificó el artículo 5° del Código del Trabajo que en la actualidad señala que:

“El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.

El mismo texto legal introdujo un inciso final al 154 del Código, precepto legal que se refiere al contenido del Reglamento Interno, que señala:

“en general, toda medida control, sólo podrá efectuarse por medios idóneos y concor-

¹⁶ UGARTE CATALDO, JOSE LUIS, *“Los derechos fundamentales y las relaciones laborales: en el mundo de las palabras”*, Derechos Fundamentales Homenaje al Profesor Patricio Novoa Monreal, Anuario del Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3/2004, Santiago, pág. 33 y sgts.

dantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida para respetar la dignidad del trabajador”.

Por último, la Ley N° 20.607, publicada en el Diario Oficial el 8 de agosto de 2012, agrego el siguiente inciso 2° al artículo 2 del Código del Trabajo, a saber:

“Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

Podrá apreciarse, como una primera observación, que la incorporación en el Código del Trabajo de normas que reconocen y garantizan los derechos laborales inespecíficos eran innecesarias, ya que éstas podrían perfectamente haberse omitido y no promulgarse los referidos cuerpos legales, ya que a las soluciones y postulados que consagraban o plasmaban las referidas reformas se podía llegar mediante la simple hermenéutica constitucional y la aplicación del principio de la vinculación directa de las normas constitucionales consagrados en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, a las cuales ya nos hemos referido.

Una segunda consideración a tener presente, es que como podrá apreciarse este reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral ha sido realizado por la legislatura ordinaria reformando al efecto el Código del Trabajo, siendo esperable y dogmáticamente correcto que ello hubiese emanado de una decisión del Tribunal Constitucional.

Sobre el tema en cuestión José Luis Ugarte Cataldo ha expresado que: *“curioso, en todo caso, el camino emprendido por el Derecho Laboral Chileno: en vez de esperar una decisión a nivel constitucional, que al modo europeo, incorpore la idea de la horizontalidad de los derechos fundamentales en relación laboral, ha decidido ni corto ni perezoso, incorporarlo a la legislación ordinaria. Difícil de explicar teóricamente hablando, ya que el efecto horizontal deriva de las propias normas, y de su carácter supremo en el orden normativo, y no de una declaración de la ley ordinaria”*¹⁷.

No obstante, los alcances formulados precedentemente, el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral mediante su consagración formal en normas del Código del Trabajo busca lograr un efecto que desde nuestro punto de vista podríamos calificar de *sociológico*, cual es recalcar y poner como objeto principal de preocupación del empleador a la persona del trabajador y sus derechos fundamentales, de ahí su consagración de forma expresa en el cuerpo legal del ramo mediante las normas que hemos referido, y que en definitiva no es otra cosa que el reconocimiento del respeto y protección de la persona humana como valor fundamental del ordenamiento jurídico chileno y que, en último término, tiene su fundamento en el artículo 1 de la Constitución Política de 1980, en cuanto a que el Estado debe estar al servicio de la persona humana, lo cual debe estar presente en la regulación de la relación laboral.

En consecuencia, el gran mérito de reformas legislativas en materia de reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral radica en considerar al trabajador como persona, y ello ahora, no como una mera declaración romántica, sin contenido, sino que ahora este

¹⁷ *El Nuevo Derecho del Trabajo*, Lexis Nexis, Santiago, Año 2007, Pág. 123.

rasgo elemental se posiciona como una limitación a los poderes del empresario y se transforma además en protección inmediata de los derechos laborales inespecíficos, los derechos fundamentales, tanto específicos como inespecíficos, se erigen como una muralla insoslayable en resguardo del trabajador tanto frente al empleador como a la autoridad, los cual en ningún caso pueden vulnerados o conculcados, o sufrir menoscabo en su contenido esencial.

La consagración positiva de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales inespecíficos al interior de la relación laboral va de la mano con su consagración y reconocimiento a nivel administrativo a través de la labor que a llevado adelante la Dirección del Trabajo mediante la dictación de variados dictámenes en que efectúan un reconocimiento a dicha eficacia.

Esta labor implicó que: “*más que tratarse de la elaboración de una verdadera doctrina sobre la materia la labor jurisprudencial se orientó a la conformación de ciertos criterios interpretativos, construidos sobre una base fundamentalmente casuística*”¹⁸, y que en definitiva su pretensión no estaba constituida por la labor de establecer el límite y contenido de los derechos fundamentales sino que en definitiva buscaba determinar el alcance del poder del empleador en relación a ellos, hasta donde le es legítimo llegar en determinadas situaciones fácticas.

Solo a modo de ejemplo, pues referirse al grueso de los dictámenes administrativos escapa a los fines de este trabajo,¹⁹ y en lo que se refiere al derecho a la intimidad al interior de la relación laboral se dictó el Ordinario número 3441/2008, de fecha 20 de agosto de 2008, y que un pasaje nos manifiesta que:

“Que dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose ello en el deseo de, como en caso de autos, se mantenga en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en el se permita la intromisión de terceros. Lo anterior puede ser compatibilizado con la existencia de un sistema de vigilancia y protección en el recinto laboral, pero éste no debe ser desviado de los fines que justificaron su instalación”.

5. LA TUTELA EFECTIVA

Con la promulgación de la Ley N° 20.087, el 3 de enero del año 2006, entró regir en el ordenamiento jurídico nacional “*El Procedimiento de Tutela Laboral*”²⁰, el cual pasó a incorporarse al párrafo 6°, Capítulo II, Título I, Libro V, del Código del Trabajo.

La finalidad de éste es dar una protección eficaz, inmediata, y directa a los derechos laborales fundamentales que específicamente se comprenden en las normas que lo regulan y que puedan verse vulnerados o conculcados durante la vigencia de la relación laboral o con ocasión de su término, cuando se ésta en presencia de un despido que puede afectarlos en su contenido esencial.

En la praxis, la acción de tutela pasó a ser la herramienta jurisdiccional efectiva a través de la cual los trabajadores pueden resguardar en forma real y efectiva sus derechos fundamentales cuando éstos sean conculcados por el empleador, la cual no se encontraba presente en nuestro ordenamiento laboral con anterioridad, llegando a afirmarse que: “*este procedimiento de tutela viene a*

¹⁸ MELIS VALENCIA, CRISTIAN y SAEZ CARLIER, FELIPE, *El contrato individual de trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo*. Editorial Legal Publishing. Primera Edición. Santiago. Junio de 2009. Pág. 216.

¹⁹ Para ver los diversos dictámenes de la Dirección del Trabajo de Chile en esta materia puede consultarse la página web www.dtgo.cl

²⁰ El cual posteriormente ha sufrido modificaciones introducidas por la Ley N° 20.052, publicada en Diario Oficial con fecha 15 de febrero del año 2008; por la Ley N°20.260, publicada en el Diario Oficial 29 de marzo del año 2008; y por la Ley N° 20.587, publicada en el Diario Oficial el 17 de septiembre del año 2008.

ser la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de este tipo de derechos en la relaciones jurídicas entre privados y en este particular caso al interior del contrato de trabajo^{21,22}, ya que acertadamente se ha expresado que: *“el problema de fondo relativo a los derechos fundamentales no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos”*²³.

Los derechos en especial tutelados son el derecho a la vida e integridad física y psíquica; el respeto y protección al vida priva y a la honra de la persona y su familia; la inviolabilidad de todo forma de comunicación privada; la libertad de culto; la libertad de emitir opinión e informar; y la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección del trabajo, todos los cuales son garantías constitucionales consagradas respectivamente en el artículo 19 N° 1 inciso 1°, N°4, N°5, N° 6 inciso 1°, 12° inciso 1° y 16° inciso 1°, 2° y 4°, de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, que hoy reciben aplicación directa en la relación laboral a través de acción de tutela, según preceptúa el artículo 485 del Código del Trabajo.

Igualmente, y en este aspecto es quizás los más destacable en lo que a la garantía constitucional de igualdad ante la ley se refiere ya en su manifestación genérica ya en su manifestación específica, cobra aplicación el procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales cuando se trató de conocer actos discriminatorios ocurridos durante la vigencia de la relación laboral, o a su término, conforme dispone el artículo 485 inciso 2° del Código del Trabajo, por lo que el trabajador queda expresamente amparado frente a los actos discriminatorios acaecidos durante la vigencia de la relación laboral como frente al despido discriminatorio, y cuyo concepto lo proporcióna en términos genéricos el artículo 2° inciso 4° del Código del Trabajo.

Por último, es objeto de resguardo lo que se ha denominado *“la garantía de la indemnidad”*, que se ha entendido como aquel derecho que le asiste al trabajador de no ser objeto de represalias por parte de su empleador como consecuencia de haber éste ejercido reclamaciones ante la Inspección del Trabajo, o acciones judiciales.

Se podrá apreciar, que se resguardan solamente aquellos derechos taxativamente que el legislador contempló en la norma, no pudiendo extenderse su ámbito de aplicación a otros derechos dado lo excepcional del procedimiento en cuestión.

Los derechos fundamentales protegidos a través del procedimiento de tutela se entiende vulnerados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de ellos sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial, según preceptúa el artículo 485 inciso 3° del Código del Trabajo.

Aquel trabajador que considere que se ha vulnerado o conculcado alguno de los derechos fundamentales inespecíficos que se encuentran resguardados por el procedimiento de tutela laboral puede acudir al Juzgado del Trabajo que sea competente para solicitar que se ponga pronto remedio a la afectación del derecho, adoptando con ocasión de la dictación de la sentencia definitiva del caso las medidas que estime idóneas al efecto, teniendo el sentenciador amplias facultades al efecto, debiendo en especial declarar la existencia o no de la lesión de uno o más derechos fundamentales denunciados; en caso afirmativo, y de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación de la sentencia, su inmediato cese bajo apercibimiento de multa, y la indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las con-

²¹ UGARTE CATALDO, JOSE LUIS, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*: Editorial Legal Publishing. Segunda Edición. Santiago. Año 2009. Pág. 23.

²² Sobre este punto también se ha señalado que: *“La plena vigencia de los derechos de ciudadanía al interior de la empresa requiere como condicio sine quanon, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos. En la práctica, los derechos fundamentales no pasan de ser meras entelequias en tanto los mecanismos de tutela de los mismos sean insuficientes o no funcionen adecuadamente o en la dirección correcta”*, MELIS VALENCIA, CRISTIAN, Ob. Cit. Pág. 71.

²³ Mensaje Presidencial N° 43.580.

secuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo apercibimiento de multa, incluidas las indemnizaciones que procedan, dentro de las cuales entendemos comprendida las por daño moral²⁴.

Ahora, el orden probatorio el legislador estableció un estándar de prueba más bajo para al trabajador provocándose una inversión en el *onus probandi*, lo que se ha denominada “*prueba indiciaria*”, contemplada en el artículo 493 del Código del Trabajo, y que se hace consistir que cuando de los antecedentes aportados por el denunciante resulten indicios suficientes de que ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al empleador explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y la proporcionalidad de las medidas.

6. CONCLUSIONES

La Constitucionalización de los derechos fundamentales laborales es la actualidad en Chile una realidad, los cuales tienen eficacia horizontal, inmediata y directa oponibles *erga homines*.

El proceso se ha cerrado con un una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales a través del procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales que ha permitido el debido resguardo de los mismos.

Ahora, es criticable que el procedimiento de tutela laboral sea restrictivo en el sentido de que solo ampara los derechos fundamentales expresamente resguardados por el legislador no pueden aplicarse a otros que no sean ellos., como son por ejemplo aquellos reconocidos en Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile, y que no se encuentran dentro del catálogo interno.

BIBLIOGRAFÍA

GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, Los derechos del trabajador en la Constitución Chilena, en Derechos Fundamentales Homenaje al Profesor Patricio Novoa Monreal, Anuario del Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3/2004, Santiago.

LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, “Interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena. Editorial Conosur. Santiago, Año 1998.

MELIS VALENCIA, CRISTIAN Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. Editorial Legal Publishing Abelado Perrot. Santiago. Año 2009.

MELIS VALENCIA, CHRISTIAN Y SÁEZ CARLIER, FELIPE. El contrato individual de trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo. Editorial Legal Publishing. Primera Edición. Santiago. Junio de 2009. Pág. 216.

PASCO COSMOPOLIS, MARIO, Evolución y tendencias de la constitucionalización de los derechos laborales en América Latina, en Revista de Derecho del Trabajo Número 3 (extraordinaria) 2007. El Derecho del Trabajo en los albores del siglo XXI. Memorias y comunicaciones del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo” Isla Margarita – Venezuela. Abril-Maya de 2007. Fundación Universitas.

²⁴ Ver artículo 495 del Código del Trabajo.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, Trabajo y Derecho, Abelado Perrot Legal Publishing, Santiago, año 2010, pág. 63.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, Los derechos fundamentales y las relaciones laborales: en el mundo de las palabras. Derechos Fundamentales Homenaje al Profesor Patricio Novoa Monreal, Anuario del Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3/2004, Santiago.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, El Nuevo Derecho del Trabajo, Lexis Nexis, Santiago, Año 2007.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, Tutela de derechos fundamentales del trabajador. Editorial Legal Publishing. Segunda Edición. Santiago. Año 2009.

VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA, Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980. Ediciones Universidad Católica de Chile. Primera Edición. Santiago. Año 2004. Tomo II.

CRÍTICA AL TRATAMIENTO DE LOS CRÉDITOS POR DEUDAS DE ALIMENTOS O COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LA PERSONA DEUDORA

CRITICAL TO THE TREATMENT OF CREDITS FOR FOOD DEBTS OR ECONOMIC COMPENSATION IN THE DEBTOR PERSON'S COMPETITION PROCEDURE

MIGUEL ÁNGEL ALARCÓN CAÑUTA*
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT, SEDE VICTORIA
CHILE

RESUMEN: La consagración de la institución de las personas relacionadas con el deudor persona natural concursada tiene importantes efectos que repercuten de manera significativa en los intereses de cierto tipo de acreedores, como son aquellos a quienes, siendo beneficiarios de una prestación alimenticia o por concepto de compensación económica, se les adeuda un saldo desde antes del inicio del procedimiento concursal de renegociación o liquidación. El estudio del tratamiento que el derecho concursal actual tiene para con los créditos por alimentos o compensación económica de ciertas personas relacionadas al deudor persona natural, nos permitirá plasmar la inconformidad de esta regulación con el respeto de sus intereses desde el punto de vista del respeto de ciertos principios del derecho de familia, manifestada en un trato desfavorable y en muchos casos perjudicial.

PALABRAS CLAVE: Personas relacionadas - alimentos - compensación económica - subordinación de créditos.

ABSTRACT: *The enshrinement of the insiders with regard to the natural person debtor has important effects on the interests of certain creditors, such as those who are beneficiaries of alimony or of an economic compensation, that they are owed since before the beginning of bankruptcy proceedings of liquidation or renegotiation. The study of the treatment that the current bankruptcy law has for alimony or economic compensation credits of certain insiders with the natural person debtor, allow us to provide account of the dissatisfaction of this regulation with respect of their interests from the point of view of respect of certain principles of family law, manifested in unfavorable treatment and in many cases harmful.*

KEY WORDS: *Insiders - alimony - economic compensation - subordinated credits.*

* Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad Católica de Temuco, Chile; Mg. en Derecho con Especialidad en Derecho Privado, Universidad de Barcelona, España; Docente e Investigador de la Universidad Arturo Prat, Sede Victoria, Chile; mialarco@unap.cl

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Nº 20.720 sobre Reorganización y Liquidación de empresas y personas regula y posibilita el procedimiento concursal de renegociación y liquidación respecto de una persona natural deudora. Ahora bien, son muy frecuentes los casos en que esta persona natural tiene deudas por concepto de alimentos, mayores y/o menores, o compensación económica, esto es, saldos insolutos por estos conceptos que se remontan a un tiempo anterior incluso al del inicio de un procedimiento concursal. La pregunta que surge en este punto es ¿qué sucede con los créditos de aquellas personas beneficiarias de una pensión alimenticia o una compensación económica, que no ha sido pagado, al momento de abrirse un procedimiento concursal de renegociación o liquidación respecto del alimentante o deudor de compensación económica, ahora deudor personal natural concursada?. ¿Cuál es el tratamiento que el derecho concursal nacional actual efectúa de los créditos por deudas de alimentos o compensación económica?

El siguiente trabajo se centra en el estudio del tratamiento que la Ley Nº 20.720 efectúa de respecto de cierto tipo de créditos que emanan de prestaciones alimenticias, mayores o menores, y de compensaciones económicas en un procedimiento concursal, y que no han sido satisfechos antes del inicio de un procedimiento concursal de renegociación o liquidación del alimentante o deudor de compensación económica, ahora persona natural concursada. El objeto del trabajo, por tanto, es conocer la regulación que el derecho concursal ofrece para ciertos y determinados tipos de créditos, de tal manera de conocer sus alcances en relación a los intereses de los titulares de los crédito que corresponden a prestaciones alimenticias o por compensaciones económicas adeudadas. En concreto se pretende identificar la situación en la que frente a un concurso de acreedores se encuentran las personas acreedoras de este tipo de prestaciones.

Para ello se estudian las normas que a nuestro juicio inciden en la regulación de la determinación y los efectos de una especial categoría de acreedores del deudor concursado, de manera tal que, desde el punto de vista del respeto de los principios del derecho de familia, se posibilite una evaluación crítica en torno al respeto o vulneración que el derecho concursal y sus principios ofrece hacia sus intereses como beneficiarios de pensiones alimenticias o compensación económica.

1. DECLARACIÓN DEL CONCURSO A SOLICITUD DEL ACREEDOR DE ALIMENTOS O COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Antes de hacer un análisis particular respecto de la situación de los créditos que por deudas de alimentos o compensación económica son de titularidad de personas relacionadas, es necesario hacer un alcance en torno a la posibilidad de demandarse la apertura de un procedimiento concursal de renegociación o liquidación –por tanto, forzados– entre cónyuges, o entre padres e hijos. Esto tiene importancia si sabemos que el alimentario y el beneficiario de una compensación económica, son acreedores para todos los efectos legales de los montos devengados por tales conceptos. En tal caso, siendo acreedores, eventualmente podrían tener interés en que el deudor –alimentante o deudor de compensación económica– fuere sometido a un procedimiento concursal.

Si analizamos nuestra antigua legislación en materia de Quiebras, la Ley Nº 18.175 establecía la prohibición de solicitar la declaración de quiebra, en sus respectivos casos, el marido acreedor de su mujer, a la mujer acreedora de su marido, el hijo acreedor de su padre y el padre el acreedor de su hijo. De acuerdo a la doctrina, esta prohibición tenía su fundamento en la preservación del núcleo familiar¹, esto es, en el respeto mutuo que deben guardarse entre sí los cónyuges, padre e hijo, de forma tal de proteger la unión conyugal y la unidad familiar².

¹ LEIVA, CLAUDIO, *La quiebra del cónyuge*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 145.

² GÓMEZ B., RAFAEL Y EYSAGUIRRE S. GONZALO, *Derecho de Quiebras*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2012, p. 132.

Al ver hoy en día nuestra nueva regulación en materia concursal, no encontramos una norma igual o similar; incluso si analizamos las Historia de la Ley N° 20.720, tampoco encontramos comentarios o discusiones en torno a la materia. Con ello, podemos decir que en la actualidad es posible que entre cónyuges, o entre padres e hijos, pueda solicitarse la declaración de concurso. De lo contrario, atendida la importancia de la materia desde el punto de vista de sus fundamentos, consideramos que el legislador habría conservado la redacción de la norma, o una similar, si hubiese considerado mantener la prohibición.

Ahora bien, es preciso señalar que respecto del beneficiario de compensación económica, consideramos que en todo caso podría solicitar la declaración de concurso respecto del deudor, toda vez que aquella se origina al momento de operar la nulidad o el divorcio, esto es, formas de poner término al matrimonio. En tales casos, al no existir matrimonio entre las partes, malamente podríamos denominarlos cónyuges. Si bien la compensación económica tiene como premisa de procedencia el matrimonio entre las partes, en estricto rigor tiene vigencia una vez el mismo ha terminado, por lo que no siendo las partes actualmente cónyuges, la prohibición, de existir, no les sería aplicable.

2. PERSONAS RELACIONADAS CON EL DEUDOR PERSONA NATURAL EN LA LEY N° 20.720

La Ley N° 20.720 ha consagrado de manera específica la institución de las personas relacionadas en el artículo 2 N° 26. Tal norma indica que el cónyuge, los ascendientes, descendientes y colaterales por consanguinidad o afinidad hasta el sexto grado inclusive y las sociedades en que éstos participen, con excepción de aquellas inscritas en el Registro de Valores, se entenderán para todos los efectos legales personas relacionadas con el deudor, y para lo que nos interesa en este trabajo, con el deudor persona natural concursada. ¿Qué significa que una persona sea relacionada respecto de otra y qué implicancias tiene tal consideración para el cónyuge, descendientes o ascendientes de una persona natural concursada?. En primer lugar, y en estricto rigor para lo que nos interesa, que una persona sea relacionada al deudor importa que entre ambas exista una vinculación o una estrecha relación de cercanía. En segundo lugar, esto es, para conocer sus implicancias, preciso antes es señalar someramente que en cuanto al fundamento de la institución, el mismo se encuentra en una consideración negativa por el ordenamiento jurídico de aquella estrecha vinculación, la cual posibilitaría o facilitaría situaciones en que se pudiese originar un perjuicio para los intereses del resto de los acreedores del deudor concursado. A esto ya nos hemos referido en trabajos anteriores³ y existe amplia doctrina comparada que da cuenta de los fundamentos que se encuentran detrás de la institución. Es el caso, por ejemplo, y para orientar al lector, de la doctrina de Estados Unidos para los *insiders*⁴, la alemana para las *nahestehende personen*⁵, y la española para las personas especialmente relacionadas⁶ como reminiscencia de la germana. Tales teorías consideran, con criterios más o menos objetivos, como negativa e incluso presumiblemente perjudicial⁷ esta relación de cercanía

³ ALARCÓN C., MIGUEL, “Las personas relacionadas en la Ley N 20.720. Consecuencia y comentarios críticos”, en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Universidad Católica de Temuco, Chile, 2014.

⁴ BUCHBINDER, DAVID L. *Fundamentals of bankruptcy. A lawyer's guide*, Editorial Little Brown and Company, Estados Unidos, 1991. pp. 102 y 369; ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo y CURTO P., Mercedes, “La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, en ACEDO, José, et. al., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 3544; BAIRD, Douglas G, *Elements of Bankruptcy*, tercera edición, Foundation Press, New York, 2001, p. 142 -146; MARÍN DE LA BÀRCENA, Fernando, “Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital”, en: *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, N° 12, Editorial La Ley, Madrid, 2010, p. 97; CUENCA CASA, Matilde, “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, en: *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 7, 2009, p. 14; FERRÉ F., Juan. *Los créditos subordinados*, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2006. pp. 136-137; BAIRD, DOUGLAS G. Y JACKSON, THOMAS H., *Cases, problems, and materials on Bankruptcy*, segunda edición, Editorial Advisory Board, Estados Unidos, 1990, p. 735.

⁵ FERRÉ, ob. cit., p. 324; SÁNCHEZ C., Fernando, “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, en: ACEDO, José, et. al., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 3896. CUENCA, cit., p. 281.

⁶ FERRÉ, ob. cit., pp. 361 y 421. Por su parte, GUASCH M., Rafael, “El régimen concursal de los préstamos de socios”, en: ACEDO, José, et. al., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 3717.

⁷ CUENCA C., MATILDE, “Algunas deficiencias de la Ley Concursal antes ante la insolvencia de la persona física”, en: *Aspectos civiles*

entre un deudor y ciertos acreedores, toda vez que gracias a esta estrecha vinculación, la posibilidad de influenciar la actividad del deudor se vería favorecida, no siendo poco los casos en que ciertos actos o contratos surgirían con objetivo de perjudicar los intereses de la masa de acreedores o la *par conditio creditorum*⁸, en beneficio de los propios del acreedor persona relacionada.

Pues bien, ¿cuál es la importancia de tal consideración de relacionados de tales acreedores en nuestro ordenamiento jurídico?

2.1. Subordinación del crédito de las personas relacionadas

En legislaciones comparadas, como al española⁹, uno de los efectos –sino el más importante– que contempla la ley para las personas relacionadas, es que sus créditos pasan a ocupar el último lugar en el orden de prelación para el pago en un procedimiento concursal. Se considera esta subordinación o posposición una sanción¹⁰ para tales acreedores que han contratado con el deudor concursado aprovechándose de su estrecha vinculación, de manera tal de originar determinados créditos para ver mejorada su situación en perjuicio a los intereses del resto de los acreedores del deudor concursado¹¹. Tales créditos, si bien descritos en forma no taxativa, son mencionados de forma general por la legislación concursal española, y siempre que hayan sido originados en actos o contratos celebrados por el deudor con una persona relacionada se verán pospuestos al último lugar del orden de prelación de créditos. Como consecuencia, teniendo en cuenta la precaria situación económica en que se encontrará el deudor concursado en casi la mayoría de los procedimientos concursales de liquidación, en muy pocas situaciones –casi ninguna– las personas relacionadas verán satisfecha, aunque sea en parte, su acreencia.

En el ámbito patrio, nuestra Ley concursal, luego de señalar en el artículo 2º N° 26 quiénes se entenderán personas relacionadas, en el artículo 64 y 241 establece los efectos que esta consideración tendrá respecto de los créditos de tales acreedores. Respecto del artículo 64, referente al procedimiento concursal de reorganización, nuestra Ley expresa que “*Los acreedores Personas Relacionadas con el Deudor, cuyos créditos no se encuentren debidamente documentados 90 días antes del inicio del Procedimiento Concursal de Reorganización, quedarán pospuestos en el pago de sus créditos, hasta que se paguen íntegramente los créditos de los demás acreedores a los que les afectará el Acuerdo de Reorganización Judicial*”.

Por su parte, el artículo 241 inciso final, relativo al procedimiento concursal de liquidación de la persona jurídica, expresa que “*Los acreedores Personas Relacionadas del Deudor, cuyos créditos no se encuentren debidamente documentados 90 días antes de la Resolución de Liquidación, serán pospuestos en el pago de sus créditos aun después de los acreedores valistas*”.

del derecho concursal. XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Editum, Murcia, 2009, p. 282, expresa que “*tal tratamiento jurídico [de las personas relacionadas en la Ley Concursal española] se sustenta sobre una suerte de presunción iure et de iure de fraude: se parte de la base de que la familia es utilizada para defraudar los derechos de los acreedores y de una suerte de corresponsabilidad de la persona especialmente relacionada en la situación de crisis*”. En tal sentido VALPUESTA G., Eduardo, “Comentario al artículo 92 LC”, en: *Comentarios a la Ley Concursal*, Córdón Moreno (coordinador), Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 737.

⁸ GUASCH M., RAFAEL. “El concepto de persona especialmente relacionada en con deudor en la Ley Concursal”, en *Revista de Derecho mercantil*, Nº 254, Madrid, 2004, p. 1417; SASTRE P., Sebastián. “Comentarios al art. 93 LC”, en: SAGRERA TIZÓN, J. M., SALA REIXACH, A y FERRER BARRIENDOS, A (coordinadores), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, p. 1141; ÁVILA DE LA TORRE Y CURTO, ob. cit., p. 3540; RUIZ-RICO RUIZ, Catalina. “En torno a los controvertibles créditos subordinados”, en: ACEDO, José, et. al., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 3841.

⁹ Artículo 92 de la Ley Concursal 22/2003, de 09 de julio, Concursal.

¹⁰ QUETGLAS, RAFAEL, *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Editorial Thomson Civitas, Pamplona, 2009, pp. 250-252, expresa que “*Aunque [la Ley Concursal] no explique el motivo último de la sanción [considerándola como tal] no cabe duda que tiene un origen sancionador y que el efecto que persigue es que las personas especialmente vinculadas con el deudor sean postergadas en el pago de sus créditos*”. PUGA V., Juan, *Derecho Concursal. El procedimiento concursal de liquidación*, cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 639.

¹¹ CUENCA (2009), cit., p. 280.

Importante es señalar, antes de continuar con el análisis de estas normas, que tanto en relación al procedimiento concursal de renegociación, como el de liquidación, de la persona natural deudora, la Ley respectivamente hace referencia y aplicables los artículos antes mencionados. En cuanto al primero, el artículo 267 inciso 8 al hablar de la forma del reparto de los fondos remite al Título 5 del Capítulo IV de la Ley, en el cual encontramos el artículo 241 antes señalado. Por su parte, en cuanto al procedimiento concursal de liquidación de la persona deudora, siendo voluntario, el artículo 280 nos remite al artículo 241 de la Ley al hacer aplicable el párrafo 1 del Título 5 del Capítulo IV, mientras que siendo forzoso, el artículo 285 establece que en cuanto a normas de procedimiento se aplicarán las contenidas en el párrafo anterior, el cual ya se dijo, remite al Título 5 del Capítulo IV. De esta forma, lo que se diga de ahora en más respecto del artículo 63 y 241, si bien contenidos entre las normas que regulan el procedimiento de reorganización y liquidación de una empresa deudora, es aplicable a los procedimientos concursales de una persona natural deudora.

Pues bien, los artículos 63 y 241 de nuestra Ley establecen como efecto para la consideración de un acreedor como persona relacionada, que sus créditos, en aquellos casos en que no se encuentren debidamente documentados 90 días antes de la declaración de concurso, serán pospuestos a un lugar posterior al de los acreedores valistas¹². Para comprender esta situación, preciso es recordar que en el Código Civil, artículos 2465 y siguientes, se establece un orden de prelación¹³ para el pago de los créditos al cual se remite la Ley concursal patria. En tal orden se establecen categorías de créditos que serán pagados con preferencia a otros, de forma sucesiva según el lugar en que se encuentren, para continuar con posterioridad con la quinta clase de créditos, los cuales, no teniendo preferencia, serán pagados en último lugar. A este tipo de créditos los denominamos valistas o quirografarios, los cuales en la mayoría de los casos serán de muy difícil satisfacción en un procedimiento concursal de liquidación. Si a esto le agregamos que en ciertos casos los créditos de estos acreedores relacionados podría posponerse su pago a un lugar posterior al de los acreedores valistas, se manifiesta en este punto lo visto en ordenamientos comparados en cuanto a contener la norma una sanción para los acreedores que aprovechándose de su estrecha vinculación con el deudor, han contratado con éste para ver mejorada su situación en perjuicio de los intereses del resto de los acreedores.

3. LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO POR DEUDAS DE ALIMENTOS Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La situación descrita de las personas relacionadas en la Ley nacional no sólo tiene implicancias en el derecho comercial concursal, sino que también, desde que un deudor persona natural puede serlo de personas relacionadas como su cónyuge, hijos, ascendientes, es que estamos en presencia de un deudor alimentante o un deudor de compensación económica, ambas situaciones que dicen relación con el derecho de familia, y especialmente, con los intereses de los acreedores de una deuda por alimentos o compensación económica.

Desde esta perspectiva la necesidad de la pregunta que hacíamos al introducir el tema es evidente, toda vez que si bien por un lado encontraremos intereses de acreedores que son protegidos en un procedimiento concursal con normas como las especificadas en el acápite anterior, por otro lado encontramos intereses de determinadas personas que son o han sido considerados miembros de la familia del deudor. Estos últimos intereses se traducen en que los créditos que les sean adeudados a estas determinadas personas les sean satisfechos a pesar del inicio de un procedimiento concursal. Para estas personas, este crédito representa es en muchos casos una garantía que permite afrontar de manera digna la vida, para otros significa una importante ayuda para el desarrollo y crecimiento

¹² PUGA, ob. cit., p. 639.

¹³ ABELIUK M., RENÉ, Las obligaciones, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 975 y sgtes.

personal, una fuente de ingresos para afrontar de mejor manera el futuro¹⁴, una forma de sobrellevar de mejor manera una situación de necesidad, etc.¹⁵. La necesidad del pago o solución efectiva del crédito adeudado por el deudor, ahora persona concursada, es vital para un gran número de acreedores personas relacionadas con el deudor persona natural cuando se trata de deudas por alimentos, mayores o menores, o compensaciones económica.

Teniendo esto como base, si analizamos nuestro ordenamiento jurídico, ni en nuestro Código Civil, ni en legislación especial, podemos encontrar una preferencia para el pago de los créditos que por concepto de compensación económica¹⁶ o alimentos existan en beneficio de un cónyuge, hijo o ascendiente¹⁷. De esta forma, ante la imposibilidad de poder catalogar de preferente el crédito originado en el no pago de una compensación económica o una pensión alimenticia, deberemos necesariamente hacer aplicables de forma completa los efectos que los artículos 63 y 241 contemplan para los créditos de las personas relacionadas con el deudor persona natural¹⁸, considerándose pospuestos o subordinados por tanto los créditos originados en beneficio de un cónyuge, descendiente o hijo por el no pago de una compensación económica o pensión alimenticia, en caso de que el crédito no esté debidamente documentado con 90 días de antelación al inicio del concurso. En derecho comparado, vemos que la legislación concursal española establece tal consecuencia para los créditos por alimentos¹⁹.

Lo inmediatamente anterior, trae a su vez la desagradable consecuencia para los intereses de estos acreedores de ver en casi la mayoría de los casos, insatisfecho en todo o en gran parte su crédito en el procedimiento concursal de renegociación o liquidación. Pero mayor aún, consideramos que el problema se acrecienta si sabes que incluso con posterioridad al procedimiento concursal no podrán exigir el cumplimiento de las obligaciones respectivas, atendido a que nuestra legislación establece el efecto de la rehabilitación de la persona del deudor a la sentencia firme y ejecutoriada que declara concluido el procedimiento concursal, tanto de renegociación, como de liquidación. Este efecto, en los mismos términos utilizados por el artículo 255 de la Ley, significa que todos aquellos saldos insolutos por deudas contraídas por del deudor con anterioridad al procedimiento concursal de liquidación, y que no hayan sido satisfechos en el procedimiento concursal de liquidación, se entenderán para todos los efectos legales extinguidas por el sólo ministerio de la ley, entendiéndose por tanto el deudor rehabilitado para todos los efectos legales²⁰. Ello importa

¹⁴ En este sentido, y refiriéndose a la naturaleza jurídica de la compensación económica, CÉSPEDES M., Carlos y VARGAS A., DAVID., "Acercas de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 2, Nº 3, 2008, p. 451, expresan que "a compensación económica tiene una naturaleza jurídica propia: es solo una obligación impuesta por la ley que se concede en los eventos previstos por ella, de contenido patrimonial y que, fundada en la equidad, tiene por finalidad entregarle herramientas al cónyuge más débil para que pueda reiniciar su vida separada", esto es, p. 452, "[...] dejarlo en condiciones para enfrentar dignamente la vida futura".

¹⁵ En este sentido, BARCIA L., RODRIGO Y RIVEROS F., CAROLINA, "El carácter extrapatrimonial de la compensación económica", en: *Revista Chilena de Derecho*, Nº 238, 2011, p. 263 y sgtes., dan a conocer el carácter asistencial de la compensación económica, en especial si se tienen en cuenta cierto criterios para determinar su cuantía y forma de pago.

¹⁶ VIDAL O., ÁLVARO, "Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad", en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 12, julio de 2009, p. 77.

¹⁷ En tal sentido se manifiesta ORREGO A., JUAN, "Derecho de Alimento", versión extractada de una parte del libro *Los Alimentos en el Derecho Chileno*, segunda edición ampliada, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2009, p. 5.

¹⁸ En este sentido, en cuanto a la expresión "relaciones jurídicas preexistentes", SANDOVAL L., RICARDO, *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho Concursal*, séptima edición actualizada con la Ley 20.720, Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 210, excluye de su sentido y alcance a las obligaciones en que una de las partes haya cumplido y no quede más que una deuda o un crédito respecto del deudor. Situación que para el autor determina que el acreedor deberá verificar su crédito en el concurso y será pagado atendiéndose a las resultas del mismo.

¹⁹ CUENCA C., MATILDE, Derecho de alimentos del concursado tras la Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma a la Ley Concursal, p. 4, expresa que "No tienen la consideración de créditos contra la masa las prestaciones por alimentos debidas y no pagadas por el concursado alimentante y que se hayan devengado con anterioridad a la declaración de concurso. Tales créditos tienen la consideración de subordinados por tener lugar entre personas especialmente relacionadas con el deudor (arts. 92.5º y 93 LC)". En el mismo sentido DE LAMO M. Olga, Consideraciones sobre la situación de las personas especialmente relacionadas con el concursado, p. 19. En mismo sentido CUENCA (2009), cit., p. 283.

²⁰ Entendemos que al eliminarse de la Ley actual la posibilidad de condena por delito de quiebra culpable o fraudulenta, el efecto que plantea la norma es condonar las deudas que no se hubiesen alcanzado a pagar. En este sentido, GÓMEZ B., RAFAEL Y EYSAGUIRRE S., GONZALO, *El derecho de quiebras*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 536. Por su parte, SANDOVAL L., RICARDO, *Derecho Comercial*, Tomo IV, 2007, p. 205, establece que "En virtud de las normas contenidas en el inciso final del artículo 165 de la [antigua] Ley de Quiebras, este sobreseimiento [especial en caso de que la quiebra haya sido calificada de fortuita] extingue, además, las obligaciones del

que una vez haya concluido el procedimiento concursal de liquidación de la persona deudora, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación adeudada e impaga en el procedimiento concursal respectivo atendido a que tales obligaciones se verán extinguidas por el solo ministerio de la ley.

Ahora bien, pareciera ser que es una ventaja que el artículo 255 de la Ley sólo se refiera al procedimiento concursal de liquidación, sin embargo, tanto el artículo 267 inciso 8, respecto del procedimiento concursal de renegociación en caso de ejecución de bienes²¹, el artículo 280 respecto del procedimiento concursal de liquidación voluntaria de una persona natural, y el artículo 285 para la liquidación forzosa de una persona natural, hacen aplicables de igual forma el Título 5 del Párrafo IV de la Ley, donde se contiene precisamente el artículo 255 y el efecto de la rehabilitación de la sentencia, ya mencionados.

De lo señalado surge la necesidad de detenerse en el análisis de dos situaciones que permitirán contextualizar el problema que en este trabajo se pretende dar a conocer, y en lo posible resolver. Tales situaciones dicen relación, en primer lugar, con las personas que en específico serán consideradas personas relacionadas con el deudor persona natural teniendo en cuenta los fundamentos de la institución; y en segundo, qué es lo que deberemos entender como crédito “debidamente documentado” para los efectos de la Ley, y consecuentemente qué implicancias tendrá esta estimación para los intereses de los acreedores de una deuda por concepto de pensión alimenticia o compensación económica. Ambas cuestiones permitirán, por una parte delimitar el ámbito de aplicación de la norma, y por otro, y no menos importante, delimitar el sentido y alcance de la importante limitación que vemos existe al efecto subordinativo de la consideración de persona relacionada que de manera clara establece nuestra Ley en perjuicio, como vemos, de ciertos acreedores personas relacionadas.

3.1. Delimitación del alcance del artículo 2 N° 26 de la Ley N° 20.720 respecto de las personas relacionadas con el deudor persona natural

De acuerdo al artículo 2 N° 26 de la Ley, se especifica que se entenderá persona relacionada con el deudor persona natural al cónyuge, sin establecer otra categoría que tuviera relación con una actual o anterior relación de convivencia afectiva. En efecto, no se establece el caso del ex cónyuge, esto es una persona que en su momento fue cónyuge, o la del actual o ex conviviente civil, esto es una persona que si bien no vinculada al deudor a través de un matrimonio, sí relacionada estrechamente con él a través de un acuerdo de unión civil, tras el cual existe ciertamente una relación afectiva.

Lo anterior podría ser beneficioso a primera vista para los intereses de las personas que, encontrándose vinculadas estrechamente con el deudor, no son en estricto rigor cónyuges al momento de iniciarse el procedimiento concursal de renegociación o liquidación, o 90 días antes. Bajo este orden de cosas, y a modo de ejemplo gráfico, no existiría problema de una eventual subordinación del crédito que por concepto de deuda de compensación económica tenga una persona respecto del deudor concursado, pues en estricto rigor, no sería cónyuge del mismo, ni actualmente durante la secuela del procedimiento concursal, 90 días antes, o incluso al momento de determinarse la compensación misma. Cabe recordar en este punto que la compensación económica, si bien tiene como premisa la existencia de un matrimonio, se origina con ocasión del divorcio o nulidad, esto es, cuando el matrimonio ya ha terminado y por tanto acreedor y deudor no son en concreto cónyuges. De acuerdo a esto y en principio, si bien es cierto aún tendría este acreedor el carácter de valista, no

fallido por los saldos insolutos de sus deudas anteriores a la declaración de quiebra, sin perjuicio de distribuirse entre los acreedores el producto de los bienes adquiridos con posterioridad y ya ingresados a la quiebra, con arreglo al artículo 65 de la misma ley”. SANDOVAL (2014), ob. cit., p. 374.

²¹ SANDOVAL (2014), ob. cit., p. 390.

tendría la preocupación de ver eventualmente subordinado su crédito a un lugar posterior al de los valistas bajo ciertos supuestos.

No obstante lo anterior, cuestión distinta sucedería con los alimentos, sea mayores o menores, que hayan sido decretados en favor de un descendiente o ascendiente del deudor –alimentante–, toda vez que la norma del artículo 2 N° 26 es clara al establecer que se considerarán personas relacionadas al “a) *El cónyuge, los ascendientes, descendientes y colaterales por consanguinidad o afinidad hasta el sexto grado inclusive [...]*”.

Incluso podríamos decir que es distinta la situación a la descrita en el párrafo anterior respecto de las deudas por pensiones alimenticias que hayan sido decretadas en beneficio de un cónyuge, o incluso de un ex cónyuge del alimentante –deudor concursado–.

En efecto, respecto de los alimentos decretados en beneficio del cónyuge, la norma en comento es clara considerándolo persona relacionada. Por su parte, respecto de los alimentos en beneficio del ex cónyuge, habría que distinguir si al tiempo de iniciarse el procedimiento concursal de liquidación se encuentran o no casados. Para la primera situación la solución es clara de acuerdo al tenor de la disposición. Para la segunda, si bien la norma habla de cónyuge, y en estricto rigor luego del divorcio el deudor y acreedor no lo son, es claro que una pensión alimenticia adeudada constituye un crédito en beneficio del ex cónyuge que surgió precisamente cuando aún existía vínculo matrimonial, esto es, el título que lo habilitaba para ostentar tal crédito era precisamente el de cónyuge, originado por efecto del matrimonio, y donde existía una relación de cercanía estrecha entre las partes.

De acuerdo a esto, y teniendo en cuenta los fundamentos de la institución de las personas relacionadas y la protección de los intereses de los acreedores y la *par conditio creditorum*, podríamos interpretar la norma extensivamente²² de manera de considerar que aquellos créditos originados cuando el matrimonio tenía aún vigencia encuentran fundamento o tienen origen precisamente en las relaciones de cercanía que con ocasión del matrimonio se producen entre las partes, y por tanto, entender que el trato que debiera tener un acreedor de pensión alimenticia adeudada, que fuera ex cónyuge, no debiera ser distinto a aquel que tiene el acreedor que aún lo es. En base a esta interpretación, a pesar de que la norma no lo señale, los acreedores de créditos por concepto de pensión alimenticia, que hubieren sido cónyuges del deudor, de igual forma debieran ser considerados personas relacionadas²³.

En este orden de cosas, lo mismo podemos decir respecto de la situación del acreedor de una compensación económica que ha sido conviviente civil del deudor, ahora concursado, en virtud del artículo 27 de la Ley N° 20.830. En tal caso, si bien es claro que entre ambos no existe o no ha existido un vínculo conyugal, la titularidad de la acreencia tiene origen o fundamento en una especial relación de cercanía específica y única²⁴ respecto del otro conviviente –deudor, ahora deudor concursado–.

Esta relación de cercanía, de acuerdo a los fundamentos de la institución de las personas relacionadas, los intereses de los acreedores y la protección de la *par conditio creditorum*, permitiría entender o justificar que sea considerada persona relacionada con el deudor concursado, tanto al ex conviviente civil acreedor de una obligación devengada por concepto de compensación

²² En sentido contrario se manifiesta PUGA, ob. cit., p. 639, para quien el ámbito de aplicación de la norma es de derecho estricto por tratarse de una sanción.

²³ La Ley 22/2003, de 09 de julio, Concursal española, contempla esta situación en el artículo 93.1.

²⁴ Importante son las consideraciones de la doctrina que encuentra el fundamento de la institución en las relaciones de afectividad entre las partes de la convivencia. En este sentido, TURNER S., Susan, “La unión de hecho como institución del derecho de familia y su régimen de efectos personales”, en: *Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, 2010, pp. 89 y 90. Hoy encontramos que la regulación de la convivencia civil incluso en el concepto del régimen incorpora el requisito de afectividad en el artículo 1 de la Ley N° 20.830.

económica en contra del deudor concursado, el ex cónyuge titular de un crédito por concepto de pensión alimenticia adeudada en contra del acreedor concursado; e incluso, si fuéramos rigurosos en el entendimiento del fundamento de las personas relacionadas, al ex cónyuge que es titular de un crédito por compensación económica adeudada. A su vez, esto traería como consecuencia que en aquellos casos en que cualquiera de estos créditos no estuviera debidamente documentado 90 días antes del inicio de procedimiento concursal de renegociación o liquidación, tal crédito sea subordinado o pospuesto en el pago a un lugar posterior al de los acreedores valistas.

En efecto, y a mayor abundamiento, teniendo en cuenta los fundamentos de la consagración de las personas relacionadas en la legislación nacional y comparada, es cosa que nos preguntemos si, en ciertos casos ¿podría ser beneficioso para los intereses de la masa de acreedores y la protección de la *par conditio creditorum*, que el crédito originado como consecuencia del no pago de una compensación económica para un conviviente civil o un ex cónyuge, o incluso el crédito de un ex cónyuge por pensiones alimenticias adeudadas, sea subordinado? Ello pues, como se dijo, lo que hay detrás de la institución es un interés en que la relación de cercanía o estrecha vinculación entre deudor y acreedor no influya negativamente y ocasione un perjuicio a los intereses del resto de los acreedores. En tal estado de cosas, podría existir casos en que los acreedores mencionados en este acápite, pretendan aprovecharse de esta especial relación de cercanía, y burlar los intereses de la masa de acreedores en su sólo beneficio.

Lo que acabamos de manifestar es lo que precisamente se ve reflejado en la Ley Concursal española, en la que se califica de persona relacionada no solo al cónyuge del deudor, sino también a quien hubiese sido cónyuge, e incluso a la pareja de hecho estable o al que lo hubiere sido, dentro de un plazo determinado anterior al inicio del concurso²⁵. En este sentido, la doctrina alabó la inclusión del conviviente civil dentro de la consagración de las personas relacionadas en el artículo 93.1 de la Ley Concursal española²⁶.

A nuestro juicio, la inclusión en la norma del artículo 2 N° 26 de la Ley de las personas señaladas en este acápite importaría una ampliación positiva de la norma en pos de la protección efectiva de los acreedores del deudor y el respeto efectivo de los principios del derecho concursal, a modo de ejemplo, *la par conditio creditorum*. Inclusión que pudiese efectuarse sea mediante una modificación legislativa, o bien a través de la interpretación extensiva de la disposición normativa tomando en consideración los fundamentos de la consagración y el tratamiento de las personas relacionadas. Este mismo fundamento, por otro lado, es el que pareciere estar exigiendo tal inclusión.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la Historia de la Ley N° 20.720 no se hace alusión alguna al fundamento específico de la consagración o determinación de las personas relacionadas, esto es, no se puede determinar por qué tales personas se considerarían relacionadas, y por qué otras no. De acuerdo a esto, lo dicho respecto a los fundamentos dados por la doctrina en torno a la institución de las personas relacionadas tienen plena utilidad.

Por otro lado, si bien es cierto en las mismas actas de tramitación de la Ley no existe una remisión expresa al fundamento de la subordinación del crédito de estas personas relacionadas, existe discusión respecto de la que se pueden colegir u obtener ciertas estimaciones para lo que nos interesa en este punto. En efecto, en términos generales, tales discusiones apuntan a la pretensión por parte de los legisladores de evitar al máximo el fraude hacia el resto de los acreedores²⁷, fraude que entendemos pudiese originarse en virtud de esta relación de cercanía entre el deudor y determi-

²⁵ Señalar la norma del art. 93.1 de Ley Concursal española que “1. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural: 1.º El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso”.

²⁶ GUASCH (2004), “El concepto de persona especialmente...”, cit., p. 1420.

²⁷ Historia de la Ley N° 20.720, Segundo Informe Comisiones Unidas, pp. 668 y sgtes.

nadas personas. Entonces, entendemos que si esto es lo que existe detrás de la sanción de subordinación de créditos en nuestra Ley, la redacción del artículo 2 N° 26 ha quedado incompleta, por lo menos en cuanto a su texto expreso, puesto que como hemos visto, existen otros casos donde una relación de cercanía estrecha con el deudor, pudiere vulnerar los intereses del resto de acreedores. Ahora bien, si miramos más atrás, la redacción actual del artículo en comento parece ser muy similar a la del artículo 190 letra a) de la antigua Ley de Quiebras²⁸, momento en el cual, por ejemplo, no existía la regulación relativa a la convivencia civil.

3.2. Delimitación de la expresión “créditos debidamente documentados” para los efectos subordinativos

La redacción del artículo 63 en sus orígenes no fue la misma que hoy encontramos en la Ley N° 20.720. De acuerdo a la Historia de la Ley, en los orígenes del proyecto del ley la regulación era más severa para los acreedores personas relacionadas con el deudor que lo que actualmente manifiestan los artículos 63 y 241. En los orígenes del artículo 63, con un carácter casi automático muy similar a la regulación de la Ley Concursal española, se pretendía que todos y cada uno de los créditos que pertenecieran a las personas relacionadas, sin limitación alguna, se subordinaran, en cuanto a su pago, a un lugar posterior al de los acreedores valistas. La única excepción o limitación a este efecto subordinativo lo presentarían aquellos casos en que los crédito fueran titularidad de ciertos proveedores del deudor persona jurídica concursado, esto es, hubieren tenido su origen en actos o contratos que tuvieran como objetivo mantener la continuidad de la actividad de la empresa deudora a través de la continuidad del suministro²⁹. Es por ello que en la génesis de la norma, al igual como es contemplado hoy en día, las únicas excepciones a la subordinación del créditos de las personas relacionadas eran aquellos actos y/o contratos especificados en los artículos 72, 73 y 74 de la Ley.

Por otro lado, se aprecia que existió incertidumbre por parte de algunos legisladores en torno a la situación de aquellos acreedores que siendo personas relacionadas no fueran proveedores, los cuales a su vez no pretendieran defraudar los intereses de la masa aprovechándose de esta especial relación de cercanía con el deudor, futuro concursado. En tal sentido, algunos legisladores criticaban que la norma sería del todo drástica con la situación de tales acreedores, pues en todo caso castigaría sus intereses al subordinar en todo caso los crédito de los que fueren titulares³⁰.

Ante esta situación, y luego de un arduo debate en torno a la necesidad de establecer un criterio objetivo de subordinación de los créditos de las personas relacionadas fuera de los casos excluidos de los artículos 72, 73 y 74 de la Ley, se votó favorablemente la indicación de la Superintendente de Quiebras que posibilitaba la subordinación del crédito que no estuviere debidamente documentado con 90 días de antelación al inicio del procedimiento concursal de reorganización, o liquidación, según el caso.

De ello y de la necesidad de limitar el sentido y alcance de la expresión, como limitación a los efectos negativos de la subordinación de créditos para los intereses de ciertos acreedores personas relacionadas, es que debemos preguntarnos ¿qué se entiende por “créditos debidamente documentado”? Ello permitirá sentar las bases para analizar las diversas formas en que es posible se fije una compensación económica o alimentos en beneficio de un cónyuge, ex cónyuge, conviviente civil, ex conviviente civil, descendiente o ascendiente de un deudor, futuro concursado, con el objetivo de conocer en qué casos tendremos que entender que el crédito respectivo entra

²⁸ En la norma de la Ley N° 18.175, de Quiebras, de 28 de octubre de 1982, se expresa que “[...] No podrán votar, ni sus créditos se considerarán en el monto del pasivo: a) el cónyuge, los ascendientes, descendientes y hermanos del deudor o de sus representante [...]”

²⁹ Historia de la Ley, ob. cit., p. 671.

³⁰ Ibid., p. 670.

en el ámbito de aplicación de la subordinación³¹.

Analizando la Historia de la Ley, podemos apreciar que la discusión de la expresión “crédito debidamente documentados” sólo se relaciona con el artículo 63 de la actual Ley; norma que a su vez dice relación con el procedimiento concursal de reorganización, esto es, un procedimiento concursal destinado a una empresa, persona jurídica, deudora. Bajo esta perspectiva, parece razonable que en la discusión particular de la norma sólo fuesen considerados, como casos que pudieren haber estado fuera del ámbito de aplicación de la subordinación, situaciones en que los créditos surgieran entre acreedores y ese tipo específico de deudor –persona jurídica–. Es solo respeto de este tipo de deudores y sus relaciones con acreedores que se preveían situaciones o casos que pudieren encontrarse dentro o fuera de la subordinación de créditos.

Sin embargo, al regularse los procedimientos concursales de renegociación y liquidación de las personas naturales, existió sólo una remisión a las normas reguladoras de la reorganización y liquidación de una empresa deudora. Incluso respecto de la redacción del artículo 241 de la Ley no existió una discusión particular, por lo que una vez se concluyó el debate y se zanjó la redacción del artículo 63, la expresión “créditos debidamente documentados” se trasladó y apareció en el actual artículo 241, y consecuentemente en los párrafos destinados a regular el procedimiento concursal de renegociación y liquidación de una persona natural deudora.

Como podemos concluir de este punto, la introducción de la limitación del efecto subordinativo de los créditos de las personas relacionadas con el deudor persona natural, de la forma en que se hizo, dejó fuera del ámbito de discusión las relaciones, obligaciones y derechos que en el ámbito del derecho de familia se generan o podrían haberse generado, entre un acreedor persona relacionada y un deudor persona natural, futuro concursado. De la Historia de la Ley se aprecia que no existió un análisis respecto de viabilidad o bondad de la limitación, en los términos en que se plasmó para los procedimientos concursales de una persona jurídica, que fuera predicable o extensible de la misma forma a los casos de contratación entre personas relacionadas y un deudor persona natural, desde el punto de vista de los intereses de tales acreedores y de los principios del derecho de familia.

Del análisis, por tanto, de la Historia de la Ley en torno al artículo 63 actual, el “crédito debidamente documentado” dice relación con situaciones de créditos otorgados por un acreedor al deudor de manera irregular o no justificada, como fuere, a modo de ejemplo, un crédito que conste en una cuenta corriente. Respecto de tal crédito, según indica la discusión parlamentaria, existiría una mayor facilidad para manipularlo³². En la discusión se plantean situaciones en las que el deudor fue acreedor en su momento por un acto o contrato determinado, respecto del que se generó una obligación para él de pago. Tal crédito es el que, se entiende, debe tener cierto grado de justificación de existencia. Es en tal sentido que se establece en la discusión que tales créditos son aquellos que se encuentran emitidos y están registrados por el deudor³³, como por ejemplo es el caso de un crédito que conste en una factura de un proveedor del deudor.

En efecto, se hace una distinción entre crédito de la cuenta corriente y uno documentario. Por otro lado, se sostiene para fundamentar la norma que “*cuando las personas relacionadas hacen un préstamo a la empresa deudora, podrían tener una preferencia en el pago, en el sentido que podrían crear un acuerdo de reorganización sin ser verdaderos acreedores porque finalmente están relacionados con la empresa*”³⁴. Por otro lado se expresa que “*Todos aquellos buenos acreedores*

³¹ Cabe hacer presente la importante crítica que PUGA, ob. cit., p. 639, efectúa a la expresión, toda vez que no se estaría refiriendo a la fecha en que se otorgaron los créditos respectivos, sino a la fecha en que se documentaron debidamente, cuestiones que son completamente diferentes y que trae. Expresa que “*si lo que se quiso fue excluir créditos simulados, la redacción es muy desafortunada*”.

³² Historia de la Ley N° 20.720, ob. cit., p. 669.

³³ Ibid., p. 674.

³⁴ Superintendente de Quiebras, Segundo informe Comisiones Unidad, Historia de la Ley N° 20.720, p. 669.

que permiten que la empresa se salve, no serán pospuestos”³⁵, y que “cuando hay una relación de abastecimiento con un proveedor, tendrá [este] un respaldo documental, que es la factura. Si consta que el crédito relacionado proviene de un documento efectivo, no habrá inconveniente en incorporarlo dentro de la expresión. En cambio, si el crédito está en cuenta corriente, se entra en una suerte de manto de sospecha, porque la cuenta corriente corresponde a anotaciones contables que aparecen como crédito”³⁶, los cuales, se agrega, son fácilmente moldeables.

Teniendo todo esto en cuenta, de la Historia de la Ley se puede colegir que lo que existe detrás de la frase “créditos debidamente documentados” es la necesidad de que el mismo se encuentre establecido de manera efectiva en un documento que dé cuenta de manera clara del mismo crédito. Por ello se ejemplifica a la factura. Se requiere por tanto que el crédito provenga de un acto o contrato que se encuentre establecido en un documento efectivo, el cual permita identificarlo claramente sin posibilidad de estimarse o presumirse su manipulación o alteración³⁷.

4. DETERMINACIÓN DE LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO EN FUNCIÓN DE LAS FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTO

Pues bien, con lo dicho anteriormente, y teniendo claro que son muchas las formas en que puede originarse un crédito por alimentos o compensación económica en favor de una de las personas relacionadas a las que ya hemos hecho referencia en este trabajo, es necesario ahora analizar tales casos, con objeto de conocer bajo qué supuestos deberemos entender que tal crédito se entenderá subordinado en un eventual procedimiento concursal que afecte al deudor de alimentos o compensación económica.

Esto sin duda es del todo atinente y útil para decantar la seguridad jurídica que cierto tipo de acreedores personas relacionadas requieren, y que según nuestro parecer, con lo que llevamos dicho hasta el momento en este trabajo y según la redacción de la norma, es del todo necesaria.

Si pensamos en un crédito por alimentos o compensación económica sabemos, de acuerdo a la práctica cotidiana en los Tribunales de Familia, que las formas en que puede nacer son a través de una sentencia judicial, o bien, en muchos otros casos, mediante formas alternativas de resolución de conflictos, como son la mediación, conciliación, transacción, incluso a través de un acuerdo de relaciones mutuas.

4.1. *Créditos nacidos en virtud de una sentencia judicial*

En cuanto al crédito que tiene su origen en una sentencia judicial, no debiéramos tener reparos en considerarlo debidamente documentado, esto es, constar en documento efectivo respecto del cual no es posible estimar su manipulación o moldeo. La sentencia judicial es el fruto de un procedimiento contradictorio legalmente establecido, en virtud del cual el juez determina los derechos y obligaciones para las partes, la cual goza de la eficacia³⁸ y presunción de verdad que la cosa juzgada como efecto de las resoluciones judiciales firmes y ejecutoriadas determina³⁹.

³⁵ Ibid, p. 670.

³⁶ CONTADOR, NELSON, Segundo Informe Comisiones Unidad, Historia de la Ley N° 20.720, p. 673.

³⁷ SENADOR SR. ZALDÍVAR, Segundo Informe de Comisiones Unidas, Historia de la Ley N° 20.720, p. 669.

³⁸ ROMERO S., ALEJANDRO, La cosa juzgada en el proceso civil chileno, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 96.

³⁹ ALESSANDRI R., ARTURO Y SOMARRIVA U., MANUEL, Tratado de Derecho Civil, Parte Preliminar y General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p.136, expresa “Por virtud de la autoridad de la cosa juzgada no es lícito ni posible indagar si el fallo fue justo o injusto, a menos que por excepción proceda el recurso de revisión; pero esta hipótesis es extraordinaria. Normalmente, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se considera como el señalamiento último y definitivo de la disciplina que corresponde a la relación o situación objeto del fallo. Para subrayar el valor de la cosa juzgada los romanos decían que ella se tiene como verdad: Res iudicata pro veritate habetur. Y, exagerando el poder de la institución, después se han acuñado frases como aquella de que la cosa juzgada transforma lo blanco en negro y hace equivalente lo redondo a lo cuadrado”.

4.2. *Créditos nacidos en virtud de un acuerdo de relaciones mutuas*

Relativo a los créditos originados como consecuencia de un acuerdo de relaciones mutuas alcanzado por acuerdo entre las partes debemos decir que son susceptibles cuestionamiento. En efecto, si bien tales acuerdos son aprobados por una resolución judicial, con lo que podríamos esgrimir a priori que cumplen el requisito de estar debidamente documentados, nos parece que analizando más a fondo los casos particulares podría ser cuestionada su transparencia con base en los principios del derecho concursal, así como la naturaleza de la aprobación que realiza el juez al momento de tomar conocimiento de un acuerdo alcanzado entre las partes mediante un método alternativo de resolución de controversias.

En efecto, debido al origen del crédito, esto es un acuerdo es alcanzado por las propias partes –acreedor y futuro deudor concursado–, y atendida la labor que en concreto tiene el juez a la hora de aprobar o no un acuerdo de este tipo, la base del cuestionamiento a estos créditos, a pesar de existir una aprobación judicial, dirá relación con la necesidad de analizarse bajo qué circunstancias específicas nació la obligación y su monto, donde creemos, existirá un manto de sospecha en el origen del crédito en cuestión. Se aprecia que a diferencia de lo que ocurre con los casos en que una persona jurídica deudora contrate con un acreedor determinado, en la situación en que la persona deudora sea una persona natural, no basta con determinar que el crédito se encuentra establecido de manera efectiva en un documento del cual no pueda presumirse su manipulación, sino que es preciso en mayor medida poner atención al fundamento o razón de ser, o bien dicho, a la naturaleza del crédito. Ejemplificando la cuestión, desde el punto de vista de los acreedores concursales, una deuda por alimentos o compensación económica derivada de un crédito que tiene su origen en un acuerdo, perfectamente podría contener una pretensión subyacente de perjuicio hacia sus intereses, por lo que en tal evento sería plenamente justificada la subordinación del crédito de tales personas relacionadas a pesar de la aprobación del acuerdo por el juez. Bajo esta perspectiva es necesaria la norma subordinativa.

El problema se presenta al considerar también el principio de buena fe contractual, con el cual debemos partir de la base que un acuerdo que fije una pensión alimenticia o una compensación económica se ha alcanzado de buena fe entre las partes, y sin pretensión de vulnerar los derechos de terceras personas, como fueren el resto de acreedores del deudor. Tal premisa nos obliga a pensar que tales acuerdos no se orientan en perjuicio de los acreedores del deudor, buscando el pleno respeto de los principios protector de la familia, protector del cónyuge más débil e interés superior del niño⁴⁰.

Como se puede apreciar, en estos casos colisionan, por un lado principios propios del derecho concursal y, por otro, de derecho de familia. Para una misma situación, los unos indican la necesidad de entender que el crédito se originó en situación de irregularidad o injusticia en relación a los intereses del resto de los acreedores del deudor, incluso pudiendo esgrimirse una situación de mala fe por parte del contratante persona relacionada; mientras que los otros, indican que no es posible cuestionar de manera alguna el crédito en cuanto a su origen, a pesar de ser titularidad de una persona relacionada.

Pues bien, en cuanto al acuerdo de relaciones mutuas en que se fije una pensión alimenticia o una compensación económica, el cuestionamiento que pudiere hacerse al acuerdo dirá relación con el hecho de que si bien el juez lo aprueba, esta aprobación sólo dirá relación con la constatación que debe hacer en cuanto a su completitud y suficiencia en los términos que señala el artículo 55 en relación al artículo 21 de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil, esto es, constatar que se han

⁴⁰ Para un análisis de los principios actuales del derecho de familia, de donde se entiende emanan las prestaciones por alimentos y compensación económica, LEPÍN M., CRISTIAN, “*Los nuevos principios del derecho de familia*”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, Santiago, 2014.

regulado todas las materias que establecidas en el artículo 21 de mencionada ley y “*si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo generar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita*”⁴¹. Es cierto que tales criterios podrían indicarnos, y para ciertos casos, que el acuerdo no esconde una pretensión de perjuicio para el resto de los acreedores del deudor –alimentante o deudor de compensación económica–. Tal es la situación del carácter de suficiente que debe tener el acuerdo considerándose por el juez el criterio del respeto al interés superior del niño cuando se haya determinado alimentos menores en beneficio de los hijos, o en atención al criterio de procurar aminorar el menoscabo económico que pudo ocasionar la ruptura de los cónyuges y establecer relaciones equitativas hacia el futuro cuando se haya fijado una compensación económica. En tales situaciones la pregunta que debemos hacer es: ¿podría estimarse que el crédito por alimentos o compensación económica que nace en virtud de un acuerdo de relaciones mutuas entre los cónyuges, y que es respetuoso del principio de interés superior del niño, o con el criterio de aminorar el menoscabo económico entre los cónyuges, se encuentra fuera del ámbito de subordinación de la Ley Nº 20.720?, o desde otro punto de vista ¿podríamos esgrimir que el acuerdo por alimentos menores respetuoso del interés superior del niño o por compensación económica, en un acuerdo de relaciones mutuas, constituyen casos de créditos debidamente documentados para los efectos del artículo 63 y 241 de la Ley Nº 20.720?

En cuanto a estas últimas interrogantes, con lo que llevamos dicho, hemos tratado de dejar en claro que el hecho de que tal acuerdo sea aprobado por el juez no importa necesariamente entender que los créditos que nacen del mismo contienen una garantía de completa justicia para los intereses del resto de los acreedores del deudor –alimentante o deudor de una compensación económica–. En términos precisos, no porque un crédito conste de manera efectiva en un documento que ha sido aprobado por el juez deberemos predicar su completa transparencia respecto los intereses del los acreedores del futuro deudor concursado⁴². En este sentido se ha dicho por una parte de la doctrina que el juez sólo tiene las facultades de una simple homologación del acuerdo alcanzado por las partes⁴³, lo cual justificaría sospechar del acuerdo. Y esto se puede ver de manera clara respecto del crédito originado en el acuerdo por compensación económica.

No obstante lo anterior, alimentos que sean respetuosos del interés superior del niño importan prestaciones económicas en su beneficio en un monto acorde con la satisfacción plena de sus necesidades⁴⁴. Y siendo esto lo que debiera constatar el juez al momento de aprobar el acuerdo, a nuestro juicio sería más que suficiente y bastaría para decir que tal monto por alimentos es transparente en cuanto a su determinación y se justifica en cuanto a su fundamento de origen, sin importar una transgresión a los intereses del resto de los acreedores del deudor, futuro concursado. Con ello, siendo el crédito de aquellos que en cuanto a su origen no esconde una pretensión de vulneración de los intereses de la masa de acreedores, debiera excluirse de la sanción de subordinación, y esto no por el hecho de estimarse debidamente documentado, sino por el hecho de que su naturaleza escapa al fundamento o razón de ser de la consagración de las personas relacionadas con el deudor concursado, y por tanto, del fundamento y razón de ser de la sanción de subordinación.

⁴¹ LEPÍN M., CRISTIAN, “*La autonomía de la voluntad y la protección del cónyuge más débil en la determinación y forma de pago de la compensación económica*”, en: *Revista Ius et Praxis*, año 18, Nº 1, 2012, p. 15.

⁴² En tal sentido, LEPÍN (2012), cit., p. 15, expresa que “*estos criterios deben aplicarse al contenido mínimo u obligatorio, es decir, el juez debe determinar si las materias reguladas cumplen convenientemente con el interés superior de los hijos y protege al cónyuge débil, pero no se trata de exigencias adicionales en cuanto a las materias que se deben regular*”.

⁴³ *Ibid*, p. 15. CÉSPEDES y VARGAS, cit., p. 465, expresan que “*el juez no podría rechazar el acuerdo por considerar insuficiente la compensación económica, ya que carece de facultades de pronunciarse en el extremo que comentamos.[...] Entonces ¿para qué efectos el artículo 63 LMC exige la aprobación del juez? Entendemos que se exige como condición de eficacia del derecho, es decir, sin la aprobación judicial no podría exigirse el pago de la pensión compensatoria*”.

⁴⁴ CILLERO B., MIGUEL, “*El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*”. *Justicia y Derechos del Niño*, Unicef, primera edición, Santiago, 1999, p. 134. COUSO, Jaime, “*El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído*”, en: *Revista Derechos del Niño*, Nº 3 - 4, octubre 2006, pp. 47-149.

Ahora, si bien nos inclinamos y somos defensores de esta interpretación de la norma en este caso particular, de todas formas no podemos no señalar que al mismo tiempo podemos ponernos en el lugar de los acreedores de la persona natural concursada y, teniendo en cuenta los fines y principios del procedimiento concursal, pensar que podrían cuestionar de igual forma tal crédito. Para esta consideración basta sólo pensar en todo aquellos casos en que se haya acordado una pensión alimenticia en beneficio de un hijo menor de edad que se estima presumiblemente excesiva, o un determinado monto, o incluso forma de pago, de una compensación económica. En el primer caso, si bien respetuosa del principio del interés superior del niño la prestación, al considerarse excesiva se estaría aludiendo a una transgresión de los intereses de los acreedores, por lo que, a lo menos en el exceso debiera estimarse subordinado el crédito que tuviera su origen en el acuerdo. En el segundo, aunque pudiéramos adherir a la doctrina que entiende que el juez tiene facultades para subsanar las deficiencias del acuerdo y modificarlo⁴⁵, tal argumento encuentra su base en el principio protector del cónyuge más débil⁴⁶, pero para nada dice relación con un análisis del acuerdo que tome en cuenta los principios que se circunscriben al derecho concursal, como son el de protección de los acreedores y la *par conditio creditorum*.

Sin embargo, la posibilidad de poder considerarse excesivo el monto por alimentos menores, o contraproducente para los intereses de los acreedores el monto o forma de pago de una compensación económica, la prevemos del todo contraproducente, no sólo para los intereses del acreedor persona relacionada que fue beneficiario de la pensión alimenticia o compensación económica, a quien actualmente se le adeuda, sino también desde el punto de vista de la imposibilidad de poder revisar una sentencia firme y ejecutoriada, en virtud de la autoridad de cosa juzgada. Así las cosas, la eventualidad de poder impugnarse en el procedimiento concursal el crédito del beneficiario de alimentos menores o compensación económica en virtud de los fundamentos señalados importaría la posibilidad de una revisión de un procedimiento judicial que ya contempla una sentencia firme y ejecutoriada, respecto de la cual, si bien procede el efecto de cosa juzgada formal en torno a los alimentos⁴⁷, no es dable su revisión o reevaluación ante un tribunal que no posee la competencia para conocer tales materias. De permitirse tal cuestión, no sólo se verían vulnerados los intereses de la persona relacionada beneficiaria de alimentos menores o compensación económica en torno a la eventualidad de ver reevaluado su crédito, sino que existiría además una grave transgresión a las normas de procedimiento, con el consecuente atentado al debido proceso y demás derechos fundamentales del beneficiario de alimentos o compensación económica.

4.3. Créditos nacidos en virtud de un acuerdo en transacción, conciliación o mediación

Aclarando el caso anterior, fuera de la determinación de una pensión alimenticia o una compensación económica mediante un acuerdo de relaciones mutuas entre los cónyuges, podemos encontrar también que en la mediación, transacción y la conciliación se puede acordar una pensión alimenticia o una compensación económica. Respecto de éstas, estimamos más dudoso el origen del crédito que el caso de fijación por acuerdo de relaciones mutuas. En efecto, en la mediación, transacción y conciliación el juez tiene la labor de autorizar el acto de acuerdo a criterios que se encuentran fuera de la lógica de protección de los intereses de los acreedores en un procedimiento concursal. Incluso el análisis del juez ni siquiera dice relación con la situación económica del alimentante o deudor de compensación económica –futuro concursado–. En cuanto a la transacción,

⁴⁵ En tal sentido VIDAL, cit., p. 71; CORRAL, cit., p. 37.

⁴⁶ En este sentido VIDAL, cit., p. 74, expresa que “Si se tiene en cuenta que la compensación económica es la manifestación más concreta del principio de protección del cónyuge más débil y que la regla en la LMC es la tutela judicial de los acuerdos cuando ellos inciden en intereses fundamentales que puedan verse perjudicados; [...]. La aprobación que exige el artículo 63 supone un control del contenido del acuerdo, con la finalidad de determinar si sus términos dejan, o no, a salvo el interés que se busca resguardar con la compensación económica.” Por su parte, CORRAL, cit., p. 35, expresa que “El juez debe considerar si la compensación está correctamente aplicada, al menos en sus rasgos generales y más fundamentales. Si llega a la conclusión fundada de que la compensación es insuficiente podrá aumentarla, sobre todo considerando que la ley le ordena resolver teniendo en cuenta el interés del cónyuge más débil (art. 3 inc. 1º).”; BARCIA y RIVEROS, cit., p. 273.

⁴⁷ ALESSANDRI y SOMARRIVA, ob. cit., p. 134.

el juez debe aprobar el acurdo a condición de que no encubra una cesión, renuncia o compensación respecto de los alimentos futuros⁴⁸; en la conciliación, si bien propone bases de arreglo, las mismas dicen relación sólo con la materia sometida a su conocimiento⁴⁹, y no se vinculan con un análisis de la situación económica futura del deudor que pudiere ser consecuente con una protección de los intereses del resto de sus acreedores; por otro lado, son las mismas partes las que finalmente determinan el acuerdo, y el juez lo aprobará en la medida que no transgreda derechos indisponibles o de orden público contenidos en el derecho de familia⁵⁰, sin necesidad de considerar intereses de terceras personas que ni siquiera son parte en el procedimiento.

Por su parte, en cuanto a la mediación, el artículo 111 inciso 2 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, establece que una vez se haya alcanzado la mediación el juez la aprobará en todo aquello que no fuere contrario a derecho. Para algunos autores, esto implica un análisis meramente formal⁵¹. Por nuestra parte, el análisis que hará el juez respecto del acuerdo en mediación se relacionará con las materias indisponibles por ser de orden público en el derecho de familia y los principios del derecho de familia, como veíamos⁵². No obstante lo anterior, en ambos casos el estudio que efectúe el juez estará alejado de un análisis en torno al grado de injerencia del acuerdo en los intereses de terceros acreedores y el principio de la *par conditio creditorum*. Finalmente, son las partes las que mantienen poder de decisión, pues son ellas las que elaboran el acuerdo en una manifestación de la protección del principio de autonomía de la voluntad⁵³.

Como puede apreciarse en estas formas de solución alternativa de conflictos, el rol del juez se limita a aprobar el acuerdo que las propias partes han elaborado o al que han arribado, poniendo atención en el cumplimiento de normas de orden público o imperativas en el orden del derecho de familia, sin considerar la necesidad de extender este análisis respecto de intereses de terceras personas como pudieren ser los otros acreedores del alimentante o deudor de compensación económica⁵⁴.

De esta forma, al no considerarse por el juez relaciones con otras ramas del derecho como fuere el sistema concursal actual y el principio de la protección de los acreedores concursales y la *par conditio creditorum*, la aprobación de un acuerdo de relaciones mutuas donde se acuerden alimentos mayores o una compensación económica, una transacción, conciliación o mediación donde se determine por las partes una pensión alimenticia, un monto o forma de pago de una compensación económica⁵⁵, no significa una garantía de seguridad a los intereses del resto de los acreedores del deudor, por lo que no podríamos descartar que eventualmente pudieren existir casos en que tales acuerdos encierren una pretensión de transgresión a los intereses del resto de los acreedores. En definitiva, podría fácilmente cuestionarse el carácter de concordantes con el principio de la *par conditio creditorum*, o bien, su bondad frente a los intereses del resto de los acreedores.

Ahora bien, con esto no queremos decir que es obligación de los jueces de familia po-

⁴⁸ MEZA B. RAMÓN, *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 176. En el mismo sentido CÉSPEDES y VARGAS, cit., p. 457, para quienes, teniendo el juez una simple facultad de homologación del acuerdo, respecto de la transacción por alimentos futuros “*A similar solución [la aprobación del acuerdo como condición de eficacia] ha llegado la doctrina [citando a VODANOVIC (1993) p. 88; RAMOS (2005) p. 532] respecto de la transacción sobre alimentos futuros del artículo 2451 CC, en virtud del cual “la transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrán sin aprobación judicial; no podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los artículos 334 y 335”*”.

⁴⁹ CASARINO V., Mario, *Manual de Derecho procesal. Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 186.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ SILVA M., RODRIGO, *Manual de Tribunales de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 76.

⁵² Respecto de la compensación económica, BARCIA y RIVEROS, cit., p. 273, luego de haber establecido que el fundamento de la misma se encuentra en el principio protector del cónyuge más débil, expresa que “*La referencia a las relaciones equitativas hacia el futuro, permiten que el juez revise el convenio regulador del divorcio, en la medida en que la compensación económica cumpla una función asistencial, [...]”*”

⁵³ En tal sentido SAN CRITOBAL R., SUSANA, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, en: *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 2013, p. 42.

⁵⁴ En este sentido BARCIA y RIVEROS, cit., p. 273, expresan que si la compensación económica cumple su función asistencial “*el juez debe limitarse a aprobar la compensación económica*”.

⁵⁵ VIDAL, cit., p. 71, expresa que “*cuando las partes solicitan la aprobación judicial de un acuerdo de compensación, el juez no presta mayor atención al pacto sobre la forma de pago, pese al carácter indisponible de los preceptos de los artículos 65 y 66 de la LMC, limitándose a aprobarlo sin más*”.

nerse en el supuesto de que el acuerdo pudiere eventualmente vulnerar los intereses de los otros acreedores del deudor⁵⁶, toda vez que, el análisis de estas materias se encuentra fuera del ámbito de competencias de los jueces de familia, y además, en la práctica, muchos de los casos en que se fije una pensión alimenticia o compensación económica a través de un método alternativo de resolución de conflictos sucederá con muchos tiempo de antelación a la declaración de concurso, o incluso, con mucho tiempo de antelación a los dos años previos al concurso que establecen los artículos 287 y 288⁵⁷ para las acciones revocatorias concursales. Lo que se pretende poner en evidencia es la contradicción que se produce entre una rama específica del derecho y otra, al conocerse y contrastarse los principios que rigen cada una de las disciplinas, respecto de una situación que tiene implicancias en ambas.

En efecto, a nuestro entender, esta contradicción se manifiesta en el hecho de que ante una misma situación –la fijación o determinación de una pensión alimenticia o compensación económica–, se establecen soluciones diversas dependiendo de la rama del derecho desde donde analicemos la cuestión atendidos los principios que las rigen.

Por un lado, el derecho concursal, a través del principio de la *par conditio creditorum* y la protección de los acreedores, presume –como veíamos de la doctrina comparada– el carácter negativo del acto celebrado entre las partes y sanciona tal situación mediante la subordinación del crédito por alimentos o compensación económica que pudiere beneficiar al cónyuge, hijos, ascendientes, e incluso, interpretando extensivamente la norma del artículo 2 N° 26 de la Ley, y considerando el espíritu de la misma y la Historia de la Ley, que beneficie al conviviente civil o al cónyuge o conviviente civil que lo hubieren sido en un tiempo determinado anterior⁵⁸ al inicio del procedimiento concursal.

Pero por otro lado, el derecho de familia, con los principios protector de la familia, protector del cónyuge más débil y del interés superior del niño, exigen que se dé cumplimiento a la obligación por parte del deudor de alimentos o compensación económica⁵⁹ –ahora deudor concursado–, sin considerarse por la ley una presunción negativa del origen del crédito y una sanción

⁵⁶ En este sentido, CUENCA, “*Derecho de alimentos del...*”, p. 12, pone de manifiesto el problema que en el ordenamiento español se presenta para los jueces de lo mercantil la determinación de una pensión alimenticia por los jueces de familia. Expresa que “[...] puede darse la hipótesis de que iniciado el procedimiento concursal, un Juez de familia fije una pensión de alimentos a cargo del concursado, lo que será frecuente en los casos en que, por ejemplo, se inicie un procedimiento de separación o divorcio o éste se halle en curso cuando se produce la declaración de concurso. Se plantea pues el problema de cómo se ve afectado el Juez mercantil por tales resoluciones judiciales dictadas por el Juez civil”.

⁵⁷ Estas normas dicen relación con el ejercicio de las acciones revocatorias concursales, objetiva y subjetiva, respectivamente. Respecto de las personas relacionadas, el legitimado activo para imputar la acción podrá hacerlo respecto de los actos y contratos que hayan celebrado aquellas dentro de los dos años anteriores al inicio del procedimiento concursal.

⁵⁸ Respecto a este punto, en la medida que se incorporaran como personas relacionadas estas determinadas personas, la doctrina comparada ha establecido la necesidad de fijar un tiempo específico previo al inicio del concurso en el cual se pueda establecer que tales son personas relacionadas para evitar tratos perjudiciales a sus intereses. Pensemos en el caso de un cónyuge que se encuentra separado de hecho hace más de 5 ó 10 años anteriores al inicio del concurso. Para este caso, si bien entendemos que acreedor y deudor han sido cónyuges, no se aprecia la necesidad de estimar al acreedor como persona relacionada, atendido a que la especial vinculación entre deudor y acreedor se produjo con mucho tiempo de antelación al inicio del concurso, momento en el cual cuestionable podría ser estimar que se pretendió influir al deudor para perjudicar intereses del resto de acreedores, los cuales posiblemente ni siquiera existen. En este sentido, QUETGLAS (2009), ob. cit., pg. 462, al pronunciarse por el momento temporal en que debe entenderse subordinado el crédito, señala que con la modificación del RD Ley 3/2009, si bien se señala que el momento temporal que debe tenerse en cuenta es aquel en que se concedió el crédito, debería entenderse además limitado para moderar las negativas consecuencias que para los financiadores se pueden derivar. Señala que los dos años que expresa en art. 93,3 y 71 LC sería el adecuado, y «sólo los créditos concedidos en los dos últimos años desde la declaración por persona relacionada deben ser objeto de subordinación, ya que cualquier otro resultado supondría la posibilidad de revisar cualquier crédito que hubiera sido concedido por un acreedor relacionado son límite temporal alguno.» GUA SCH (2004), “*El concepto de persona...*”, p. 1430. Por su parte, MAIRATA L., Jaime y ROLDÁN S., Francisco, “Subordinación y grupo de empresas: cuestiones interpretativas”, en: *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Editorial La Ley, N° 16, 2012, Madrid, pg. 231, señala para el caso de la sociedad que forma parte con el grupo de la sociedad concursada, que la redacción anterior del art. 93.2.3 LC no dejaba claro si se subordinaba el crédito de aquella cuando al momento de adquirirlo no pertenecía al grupo. Además, para la redacción actual del artículo en comentario expresa que no queda claro cuáles no deben considerarse subordinados, al decir que “*Subsiste, pues, la duda y el riesgo de trato discriminatorio hacia el deudor persona jurídica en determinados supuestos, con la consiguiente inseguridad jurídica y el riesgo de lesión del principio par conditio creditorum*”.

⁵⁹ BARCIA y RIVEROS, cit., p. 262, establecen que la compensación económica encuentra su fundamento en el principio de protección del cónyuge más débil. Expresan que “*El fundamento último de la compensación económica se encuentra inmediatamente en la protección del cónyuge más débil. Esencialmente el sentido de esta institución proviene de la protección de la familia, [...]*”.

posterior que impidan la satisfacción de la acreencia del cónyuge, conviviente civil, ex cónyuge o ex conviviente civil, hijos, padres, y sin importar las diversas situaciones en que se haya generado la obligación alimenticia o por compensación económica. Se exige por tanto que se tome en cuenta el origen del crédito, pero en cuanto al medio por el cual se origina, sino en cuanto a su naturaleza misma⁶⁰, lo cual permite establecer una diferencia e identificar los créditos que sí son perjudiciales para los intereses de los acreedores, de aquellos que no, a pesar de constar o no en un documento efectivo.

5. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Ante esta situación, ¿qué es lo que estima en concreto nuestra Ley?. Desde el punto de vista de la Ley, y siguiendo su historia, se pretendió establecer un criterio objetivo que permitiera diferenciar los casos en que los créditos de las personas relacionadas se encontrarían en situación irregular respecto de los que no, independiente de aquellos casos a los que se refieren los artículos 72, 73 y 74 de la Ley. Con este criterio, que en estricto rigor se plantea como una limitación a la subordinación como efecto de la consideración de persona relacionada, podría –y como ya se dijo– no ser sancionados aquellos “buenos acreedores”⁶¹ que hubiesen contratado con el deudo con el fin de mantener con vida la empresa deudora.

Sin embargo, y como hemos tenido oportunidad de ver, al subordinarse el crédito de las personas relacionadas en caso que no se encuentre debidamente documentado, no se consideran todos aquellos casos en que el crédito, estando documentado, proviene de actos o contratos en los que exista sospecha en torno a su origen, y en específico, de perjuicio a los intereses de los acreedores del deudor que no son personas relacionadas. Pero también perjudica a los acreedores personas relacionadas, desde que en cualquier supuesto en que sea contratado o celebrado el acto, independiente de que conste o no en forma efectiva en un documento, será objeto de cuestionamiento o reproche por parte del resto de los acreedores del deudor, pues la esencia de los efectos de la institución de las personas relacionadas se encuentra en la estrecha relación de cercanía presumiblemente perjudicial a los intereses del resto de acreedores del deudo.

Estimamos en este punto que esta relación de cercanía se materializará en la naturaleza del crédito y no en el hecho de figurar o no de manera efectiva en un documento determinado⁶².

En tales circunstancias, si podrá ser cuestionado el crédito por deuda de alimentos o compensación económica en todos los casos en que se estipulare fuera de una sentencia judicial, se produce un evidente desincentivo a la solución alternativa de controversias en este tipo de materias, lo que a su vez repercute en la duración de los procedimientos judiciales y en el grado de satisfacción de las partes con la solución alcanzada⁶³. Esto que describimos es coincidente con la crítica que en sus orígenes y con posteriores reformas se le ha hecho a la Ley Concursal española, respecto de excesivo automatismo en la determinación de las personas relacionadas y la regulación de la subordinación de créditos⁶⁴.

⁶⁰ En este sentido pareciera inclinarse VALPUESTA G, Eduardo, “Créditos de personas especialmente relacionadas con el concursado”, En ZABALO ESCUDERO, M. E. et. al., *Comentarios a la ley concursal*, CORDÓN MORENO, F. (Dir.), Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, 738-739, quien expone “Compartimos básicamente la crítica al automatismo, máxime si tenemos en cuenta la enorme amplitud de las personas afectadas por el art. 93 LCon.”, agregando “[...]un criterio de justicia debe estar más atento a indagar cada caso en concreto que a optar por la vía fácil del automatismo”.

⁶¹ Superintendente de Quiebras, Segundo informe Comisiones Unidas, Historia de la Ley Nº 20.720, p. 670.

⁶² En tal sentido pareciera pronunciarse DE LAMO, cit., p. 21, al señalar la injusticia que se pudiere generar al subordinar créditos de pensiones compensatorias por su consideración de ser titularidad de personas relacionadas.

⁶³ STELLA pp. 5-9, citando a URY, William et. al. *Cómo resolver disputas - Diseño de sistemas para reducir los costes de conflicto*. Traducción al castellano a cargo de Fundación Libra, al cuidado de Elena Highton, Gladys Álvarez y Graciela Tapia, Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 1995.

⁶⁴ En tal sentido, a modo de ejemplo, CUENCA, “Derecho de alimentos del concursado...”, cit., p. 5, expresa, precisamente en torno a la subordinación del crédito por alimentos devengados y adeudados con anterioridad al inicio de procedimiento concursal, que “Esta es una

A nuestro parecer, y de acuerdo a lo dicho, la normativa reguladora de las personas relacionadas y sus efectos se inclina por dar preeminencia a los principios del derecho concursal bajo el objetivo de proteger los intereses de los acreedores concursales, dejando fuera de toda consideración los principios del derecho de familia que se traducen en la protección de los intereses de los acreedores de alimentos y compensación económica, personas relacionadas. Cabe en este punto hacer mención a que en la Historia de la Ley, al momento de discutirse el efecto subordinativo de la consideración de personas relacionadas y la limitación de encontrarse el crédito debidamente documentado, no hubo alusión alguna a los principios protector de la familia, protector del cónyuge más débil o del interés superior del niño, como limitantes para la sanción de subordinación.

Por otro lado, se reafirma lo dicho si tenemos en consideración que el artículo 63 de la Ley, luego de establecer la posibilidad de no subordinar los créditos de las personas relacionadas que se encuentren debidamente documentados con 90 días de anticipación al inicio del procedimiento de liquidación, establece una contra excepción que depende, en principio, del sólo criterio y voluntad del resto de los acreedores del concursado, pues señala, que el Acuerdo podrá hacer aplicable la referida posposición a otros acreedores Personas Relacionadas con el Deudor, cuyos créditos se encuentren debidamente documentados, previo informe fundado del Veedor. Se posibilita por tanto la subordinación del crédito a pesar de que se encuentre debidamente documentado.

Ahora, si bien la norma establece que podrá subordinarse el crédito en el acuerdo con previo informe favorable del veedor, creemos que ante la posibilidad, será la subordinación la regla general. Incluso en la Historia de la Ley se hace referencia a esta práctica común⁶⁵. En tal orden de cosas, y como veíamos, si incluso la aprobación hecha por el juez a un acuerdo alcanzado en una forma alternativa de solución de conflictos entre alimentante y alimentario no puede ser considerada *per sé* como una situación que ponga al crédito que nace de este acuerdo en situación de encontrarse debidamente documentado, y pudiendo fácilmente presumirse por parte de los acreedores que tras el acuerdo existe una pretensión perjudicial para sus intereses, no existiría problema alguno en que mediante acuerdo puedan, sin limitación alguna y considerando sólo sus propios intereses⁶⁶, subordinar al crédito del alimentante o beneficiario de compensación económica.

Con todo lo señalado a lo largo de este trabajo se aprecia un tratamiento perjudicial severo a los intereses de cierto acreedores personas relacionada que, atendida la naturaleza de sus créditos, si bien se encuentran en una relación de cercanía respecto del deudor futuro concursado, debiera estimarse fuera del ámbito de acción del fundamento de la institución de las personas relacionadas, especialmente en cuanto al efecto de la subordinación de créditos.

6. COMENTARIOS FINALES A MODO DE CONCLUSIÓN

No se debe ni puede exigirse al juez de familia examinar caso por caso la posibilidad de transgresión de la *par conditio creditorum* o vulneración de los intereses del resto de los acreedores del deudor en el caso de que éste acuerde una pensión alimenticia o compensación económica como una persona determinada con quien guarda una estrecha relación de cercanía. Lo contrario importa-

*consecuencia –lamentable por cierto– que se deriva del automatismo que la LC predica de la subordinación de los créditos, cuestión que ya denuncié en otra ocasión*⁸. Una conducta, como el impago de prestaciones alimenticias, que hasta puede ser constitutiva de un ilícito penal⁹, es tratado en el proceso concursal como crédito subordinado. Sobran los comentarios y la reforma operada por la Ley 38/2011 no ha solucionado este disparate.”; ALONSO LEDESMA, C., «El automatismo en la subordinación de los créditos y la posición de las entidades de crédito», en *AAVV. Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J (Coords.), Madrid, 2009, pg. 175.

⁶⁵ Historia de la Ley N° 20.720, ob. cit., p. 666, 667 y 675.

⁶⁶ De la Historia de la Ley N° 20.720, ob. cit., p. 675, se extrae que a pesar de la redacción que se pretendía dar a la norma, incluso existían legisladores que daban cuenta de la excesiva la facilidad con que se podría subordinar el crédito, aún considerándose la acción del veedor. Excesiva facilidad que inferimos de lo expresado en el texto, sería perjudicial para los intereses de ciertos acreedores. En tal sentido, el Senador Sr. Espina señalaba que, comprendiendo la existencia de condiciones para decidir la posposición, “*aún considera que no hay criterios objetivos sino una mera facultad abierta para una mayoría circunstancial de la junta de acreedores apoyada por un veedor que les es parcial*”.

ría una ilegalidad por encontrarse tal situación fuera de sus atribuciones, e ilógico, si consideramos que el juez de familia no es un oráculo que pueda prever todos y cada uno de los casos en que el deudor vaya a caer en situación de insolvencia o concurso de acreedores. Por otro lado, no cuenta con las herramientas para realizar esta evaluación.

De *lege ferenda*, la necesidad de una modificación legislativa en torno a la regulación de las personas relacionadas parece ser la mejor opción. Escapando a los objetivos de este trabajo, pero no por ello no digno de mención, pareciere ser de gran aplicación y utilidad en la problemática discutida a lo largo de este trabajo, el principio o test de proporcionalidad que la doctrina⁶⁷ constitucional ha elaborado para solucionar un conflicto entre principios o derechos fundamentales. En efecto, pareciere ser que una modificación legislativa que tomara en cuenta el origen del crédito en cuanto a su naturaleza, que pudiese aplicarse a la totalidad de ramas del derecho, permitiría la optimizar en la mayor medida de lo posible tanto los principios del derecho concursal como los del derecho de familia en forma conjunta. Principios que como hemos visto, tienen como sustrato intereses legítimos tanto de acreedores no relacionados con deudor concursado como de acreedores personas relacionadas. Creemos que esta redefinición del criterio que permita la subordinación de créditos en aquellos casos que sean titularidad de una persona relacionada solucionaría el inconveniente e incertidumbre en que se encuentran actualmente muchos acreedores cónyuges, ex cónyuges, convivientes o ex conviviente civiles, hijos y padres o madres, que verán en un futuro y en la medida que su deudor sea sujeto de un procedimiento concursal, pospuesto su crédito, con seguridad impago en su totalidad, y finalmente extinguida su acreencia⁶⁸.

En tal caso debemos preguntar ¿qué seguridad tendrán los acreedores mencionados en que su situación de vida mejorará con la fijación de una pensión alimenticia o una compensación económica en su favor, si en primer lugar el deudor no les paga, en seguida el mismo ordenamiento jurídico los castiga con la sanción de subordinación del crédito, para posteriormente no recibir nada en pago en el procedimiento concursal, y finalmente ver extinguido el crédito que en su origen guardaba la esperanza de un mejor pasar?

La modificación legislativa debiera tener en cuenta, realmente y no sólo como mera declaración de principios –como se establece en este trabajo respecto del análisis de la Historia de la Ley– un criterio que considere una diferencia entre las personas relacionadas que efectivamente han vulnerado o podrían vulnerar los intereses de la masa de acreedores del deudor, respecto de aquellos que, a pesar de la forma en que hubieren contratado con el deudor en materia de derecho de familia, no se pueda estimar que han pretendido defraudar a la masa.

Creemos en este sentido que la mejor opción sería aquella que permitiera al juez del concurso evaluar el origen del crédito en cuanto a su naturaleza, en una situación similar a la que plantea la doctrina de la *equitable subordination*⁶⁹ de Estados Unidos. Esta posibilidad, que ya hemos planteado en trabajos anteriores, morigeraría de manera significativa el visible automatismo

⁶⁷ Para un estudio del principio o test de proporcionalidad en cuanto fundamentos, importancia y forma de aplicación, COVARRUBIAS C., IGNACIO. “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol.39, n.2, 2012, pp. 447-480; DÍAZ G., Iván L., “Aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 36, 2011, pp. 167-206.

⁶⁸ En doctrina comparada, en este sentido se estaría pronunciando DE LAMO, cit., p. 12, al señalar que “No desconozco que también sería posible analizar la posición de estos créditos tomando en consideración la naturaleza del título del que traen causa, y, así, diferenciar, a modo de ejemplo, entre aquéllos que surgen de una obligación legal de alimentos, los que tienen su fundamento en un contrato, los derivados de la responsabilidad extracontractual”.

⁶⁹ Según FERRÉ, cit., p. 135, en su sentido originario, relaciona la selección de un caso concreto por los tribunales de *equity*, que siendo flexibles “ofrecen soluciones comprensivas que no pudieran ser obtenidas por los tribunales que se basaban en el *common law*, los cuales buscaban aislar los hechos y resolver las disputas de acuerdo con la aplicación predecible del Derecho”, citando a KRIEGER, M.S., «The bankruptcy Court is a Court of equity: What does that mean?», S.C.L. Rev, N° 50, 1998-99, pg. 278-279, agregando que el diccionario Webster define a la *equity* como “aquel sistema jurídico originado en los Chancery courts ingleses que comprende un cuerpo establecido y formal de reglas y doctrinas legales y procesales que complementan, ayudan y derogan el *common law* y el derecho positivo y que están designados para proteger derechos y hacer cumplir derechos fijados por el derecho sustantivo”.

que nuestra Ley, para casos como los que se plantean en este trabajo y a pesar de lo pretendido al momento de su gestación, establece en cuanto a la determinación de las personas relacionadas y el efecto subordinativo. Digamos en este punto que si bien este automatismo no es igual al absoluto que se criticaba en los orígenes de la Ley Concursal española, de igual forma –como se ha apreciado en este trabajo– envuelve situaciones de injusticia para los intereses de cierto tipo de acreedores personas relacionadas. Ante ello, basta recordar que en la doctrina de la *equitable subordination* en aquellos casos en que la conducta llevada a cabo por el acreedor no sea coincidente con criterios de justicia, buena conducta y equidad⁷⁰, *inequitable conduct*⁷¹, tanto para los intereses del concurso, como para los intereses de los demás acreedores, posibilitará que el crédito que sea titularidad de cualquier acreedor sea pospuesto o subordinado⁷². En la doctrina de la *equitable subordination* será el juez el que, apreciando la existencia de una conducta injusta por parte del acreedor, atendidas las circunstancias del caso concreto, determinará la procedencia o no de la subordinación del crédito del *insider*⁷³, con lo cual el nivel de automatismo del derecho estadounidense a la hora de otorgar efectos subordinativos a los créditos de los *insiders* se ve bastante disminuido⁷⁴. Los efectos que el derecho de Estados Unidos otorga a los considerados como *insiders* no es automático u objetivo⁷⁵.

Finalmente, y tomando en cuenta lo dicho en el párrafo anterior, podríamos dejar a abierta la puerta al debate en torno a la siguiente pregunta: ¿por qué no entender la factibilidad de consagrar derechamente un privilegio respecto de los créditos devengados por concepto de alimentos o compensación económica que se encuentren fuera de la sanción de subordinación motivada por la consideración de persona relacionada del acreedor de la prestación? Esta podría ser otra solución al problema planteado en este trabajo⁷⁶, en la cual, los principios del derecho de familia se verían protegidos, al igual que los intereses propios de los miembros de la familia. Por otro lado, no existiría transgresión a la *par conditio creditorum* en la medida que el privilegio esté también regulado para que el crédito sea de aquellos que por su naturaleza no cause un perjuicio a los intereses de la masa de acreedores⁷⁷. Ahora bien, somos categóricos en recalcar que un privilegio que beneficie a estos acreedores a pesar de ser personas relacionadas en la medida que el crédito sea de aquellos que por naturaleza no causa un perjuicio a los intereses de la masa de acreedores no atentaría de forma alguna con los intereses de los acreedores del deudor, a menos que se entienda a priori que la supuesta igualdad entre todos y cada uno de los acreedores del deudor no alcanza a los acreedores que tuvie-

⁷⁰ ÁVILA DE LA TORRE y CURTO, cit., p. 3544, señala, respecto de la doctrina de la *equitable subordination*, que “[...] conforme a la cual se permite que las Bankruptcy Courts puedan declarar, aplicando criterios de equidad, la subordinación de los créditos de determinados acreedores”. En tal sentido BAIRD, ob. cit., p. 142-146.

⁷¹ MARÍN, cit., p. 97.

⁷² CUENCA (2009), cit., p. 14, señala que “los créditos de los *insiders* pueden ser objeto de subordinación equitativa (*equitable subordination*)”. En tal sentido, FERRÉ, ob. cit., p. 136-137, señala que “A través de esta doctrina, los tribunales concursales (*bankruptcy courts*), actuando en función de tribunal de equity, ejercitan sus *equitable powers* para subordinar los créditos de los acreedores en función, principalmente, de su conducta en relación con otros acreedores –en determinados casos también en relación con el propio deudor–, acordando la subordinación sobre la base de criterios de justicia, al considerar que sería injusto permitir a determinados acreedores compartir el rango con el resto de los integrantes de la masa pasiva”. Por otro lado, BAIRD y JACKSON, ob. cit., p. 735, expresan que “the purpose of *equitable subordination* is to distinguish between the unilateral remedies that a creditor may properly enforce pursuant to its agreements with the debtor and other *inequitable conduct* such as fraud, misrepresentation, or the exercise of such total control over the debtor as to have essentially replaced its decision-making capacity with that of the lender. The crucial distinction between what is *inequitable* and what a lender can reasonably and legitimately do to protect its interests is the distinction between the existence of “control” and the exercise of that “control” to direct the activities of the debtor.”. En mismo sentido BUCHBINDER, ob. cit., p. 369.

⁷³ CUENCA (2009), cit., p. 14, expresa que “No basta con ser *insider* para padecer las consecuencias que de tal categoría se derivan, sino que hay un análisis previo [...] del juez (USA)”.

⁷⁴ En este sentido, HIDALGO G., SANTIAGO. “Artículo 93. Personas especialmente relacionadas con el concursado”, en: SÁNCHEZ-CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coordinadores), *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo II, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2058, expresa que en la legislación estadounidense las condiciones de parientes, socios, administradores, etc., deben estar acompañadas de una conducta punible para que proceda la subordinación del crédito del cual son titulares en contra del deudor concursado.

⁷⁵ En tal sentido MARÍN, cit., p. 95-96, expresa respecto de la *equitable subordination* que “El análisis tiene que ser caso por caso, ya que una subordinación automática por la condición del titular del crédito o por su naturaleza se consideraría una injerencia indebida de los Tribunales federales en la determinación del sistema de prelación de créditos que debe tener origen legal y es competencia del Derecho estatal.”.

⁷⁶ En tal sentido se pronuncia ORREGO, cit., p. 5, al establecer que “nos parece objetable no haber incluido el derecho del alimentario entre los créditos que deben pagarse antes que aquellos que tienen un carácter puramente patrimonial”, estableciendo que debiera incluirse en los créditos de cuarta clase del artículo 2481 del Código Civil.

⁷⁷ Llama la atención que en este sentido, aunque creemos más restringido que el concepto que estimamos nosotros, para ORREGO, cit., p. 5, la naturaleza del crédito la que justificaría un privilegio para su pago sería la naturaleza asistencial.

ren con él una especial relación de cercanía por el solo hecho de ser personas relacionadas, a pesar de no encontrarse de mala fe. En tal situación podríamos incluso pensar en un caso de vulneración de derechos fundamentales o una inconstitucionalidad de la norma⁷⁸ que repercute negativamente en el seno de la familia y sus intereses.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK M., RENÉ, *Las obligaciones*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

ALARCÓN C., MIGUEL, “Las personas relacionadas en la Ley N 20.720. Consecuencia y comentarios críticos”, en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Universidad Católica de Temuco, Chile, 2014.

ALESSANDRI R., ARTURO Y SOMARRIVA U., MANUEL, *Tratado de Derecho Civil*, Parte Preliminar y General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

ALONSO LEDESMA, C., “El automatismo en la subordinación de los créditos y la posición de las entidades de crédito”, en *AAVV. Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J (Coords.), Madrid, 2009.

ÁVILA DE LA TORRE, ALFREDO Y CURTO P., MERCEDES. “La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado”. En ACEDO, José, et. al., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

BAIRD, DOUGLAS G, *Elements of Bankruptcy*, tercera edición, Foundation Press, New York, 2001.

BAIRD, DOUGLAS G. Y JACKSON, THOMAS H., *Cases, problems, and materials on Bankruptcy*, segunda edición, Editorial Advisory Board, Estados Unidos, 1990.

BARCIA L., RODRIGO Y RIVEROS F., CAROLINA, “El carácter extrapatrimonial de la compensación económica”, en: *Revista Chilena de Derecho*, N° 238, 2011, pp. 249-278.

BUCHBINDER, DAVID L. *Fundamentals of bankruptcy. A lawyer's guide*, Editorial Little Brown and Company, Estados Unidos, 1991.

BUCHBINDER, DAVID L. *Fundamentals of bankruptcy. A lawyer's guide*, Editorial Little Brown and Company, Estados Unidos, 1991.

CASARINO V., MARIO, *Manual de Derecho procesal. Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

CÉSPEDES M., CARLOS Y VARGAS A., DAVID., “Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 2, N° 3, 2008, pp. 439-462.

CILLERO B., MIGUEL, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacio-

⁷⁸ En este sentido se pronuncia DE LAMO, cit., p. 20, toda que luego de señalar que las deudas por alimentos son subordinadas de acuerdo a la Ley Concursal española, expresa que es esta “Una situación, no ya incongruente, sino posiblemente inconstitucional, en la medida en que supondría una vulneración del principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE, según la doctrina del Tribunal Constitucional, que exige que situaciones idénticas reciban un mismo tratamiento jurídico, sin que puedan establecerse diferencias basadas en los criterios señalados por dicho artículo, y que parece que sí que serían tenidos en cuenta si se permite un tratamiento dispar [...]”.

nal sobre los Derechos del Niño”. *Justicia y Derechos del Niño*, Unicef, primera edición, Santiago, 1999, pp. 125-142. Disponible en: <http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf>. [Fecha de consulta: julio de 2015]

CORRAL T. HERNÁN, “La compensación económica en el divorcio y nulidad matrimonial”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 1, 2007, pp. 23-40.

COUSO, JAIME, “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, en: *Revista Derechos del Niño*, N° 3-4, octubre 2006, pp. 145-166.

COVARRUBIAS C., IGNACIO. “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol.39, n.2, 2012, pp. 447-480.

CUENCA C., MATILDE, “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”, en: *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 7, 2009.

CUENCA C., MATILDE, “Algunas deficiencias de la Ley Concursal antes ante la insolvencia de la persona física”, en: *Aspectos civiles del derecho concursal. XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Editorial Editum, Murcia, 2009.

CUENCA C., MATILDE, Derecho de alimentos del concursado tras la Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma a la Ley Concursal. Disponible en: <<<http://eprints.ucm.es/25106/1/ALIMENTOS%20CUENA%20REFORMA%202011.pdf>>> [Fecha de consulta: 21 de octubre de 2015]

CUENCA CASA, MATILDE. “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”. En *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 7, 2009. Disponible en: <<http://eprints.ucm.es/9714/1/Cuenca_Deficiencias_LC.pdf>> [Fecha de consulta: 21 de febrero de 2014]

DE LAMO M. OLGA, *Consideraciones sobre la situación de las personas especialmente relacionadas con el concursado*. Disponible en: <<http://eprints.ucm.es/10968/1/Lamo_Merlini-1.pdf>> [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2015]

DÍAZ G., IVÁN, “Aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 36, 2011, pp. 167-206.

FERRÉ F., JUAN. *Los créditos subordinados*, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2006.

GÓMEZ B., RAFAEL Y EYSAGUIRRE S. GONZALO, *Derecho de Quiebras*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2012.

GÓMEZ B., RAFAEL Y EYSAGUIRRE S., GONZALO, *El derecho de quiebras*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

GUASCH M., RAFAEL, “El régimen concursal de los préstamos de socios”, en: ACEDO, José, et al., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

GUASCH M., RAFAEL. “El concepto de persona especialmente relacionada en con deudor en la Ley Concursal”, en *Revista de Derecho mercantil*, N° 254, Madrid, 2004.

HIDALGO G., SANTIAGO. “Artículo 93. Personas especialmente relacionadas con el concursado”, en: SÁNCHEZ-CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coordinadores), *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo II, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004.

LEIVA, CLAUDIO, *La quiebra del cónyuge*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

LEPÍN M., CRISTIAN, “La autonomía de la voluntad y la protección del cónyuge más débil en la determinación y forma de pago de la compensación económica”, en: *Revista Ius et Praxis*, año 18, Nº 1, 2012, pp. 3-36.

LEPÍN M., CRISTIAN, “Los nuevos principios del derecho de familia”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 23, Santiago, 2014.

MAIRATA L., JAIME Y ROLDÁN S., FRANCISCO, “Subordinación y grupo de empresas: cuestiones interpretativas”, en: *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Editorial La Ley, Nº 16, 2012, Madrid.

MARÍN DE LA BÁRCENA, FERNANDO. “Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital”, en: *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Nº 12, Editorial La Ley, Madrid, 2010,.

MEZA B. RAMÓN, *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

ORREGO A., JUAN, “Derecho de Alimento”, versión extractada de una parte del libro *Los Alimentos en el Derecho Chileno*, segunda edición ampliada, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2009.

PUGA V., JUAN, *Derecho Concursal. El procedimiento concursal de liquidación*, cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2014.

QUETGLAS, RAFAEL, *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Editorial Thomson Civitas, Pamplona, 2009.

ROMERO S., ALEJANDRO, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

RUIZ-RICO RUIZ, CATALINA. “En torno a los controvertibles créditos subordinados”, en: ACEDO, José, et. al., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

SAN CRITOBAL R., SUSANA, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, en: *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 2013, pp. 39-62.

SÁNCHEZ C., FERNANDO, “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, en ACEDO, José, et. al., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

SANDOVAL L., RICARDO, *Derecho Comercial*, Tomo IV, 2007.

SANDOVAL L., RICARDO, *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho Concursal*, séptima edición actualizada con la Ley 20.720, Editorial Jurídica de Chile, 2014.

SASTRE P., SEBASTIÁN. “Comentarios al art. 93 LC”, en: SAGRERA TIZÓN, J. M., SALA REIXACH, A y FERRER BARRIENDOS, A (coordinadores), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 2004.

SILVA M., RODRIGO, *Manual de Tribunales de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

STELLA ÁLVAREZ, Galdys. *La visión del conflicto y su resolución en el nuevo perfil del abogado*. Fundación Libra, disponible en: <<http://www.fundacionlibra.org.ar/index.htm>> [Fecha de consulta: julio de 2015]

TURNER S., SUSAN, “La unión de hecho como institución del derecho de familia y su régimen de efectos personales”, en: *Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, 2010, pp. 85-98.

VALPUESTA G, EDUARDO, “Créditos de personas especialmente relacionadas con el concursado”, En ZABALO ESCUDERO, M. E. et. al., *Comentarios a la ley concursal*, CORDÓN MORENO, F. (director), Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

VALPUESTA G., EDUARDO, “Comentario al artículo 92 LC”, en: *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (coordinador), Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004.

VIDAL O., ÁLVARO, “Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, julio de 2009, pp. 69-99.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley 22/2003, de 09 de julio, Concursal. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003.

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de octubre de 2011.

Ley n° 18.175, Fija nuevo texto de la Ley de Quiebras. *Diario Oficial*, 28 de octubre de 1982.

Ley n° 20.720, Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. *Diario Oficial*, 09 de enero de 2014.

Ley n° 20.830, Crea el acuerdo de unión civil. *Diario Oficial*, 21 de abril de 2015.

LA ESTAFA COMO DELITO DE PELIGRO: ESTRUCTURA Y CONSECUENCIAS

THE SCAM AS A CRIME OF DANGER: STRUCTURE AND CONSEQUENCES

JUAN JOSÉ RONDÓN MANRÍQUEZ *

ABOGADO

CHILE

RESUMEN: El autor recorre el modelo tradicional de la estafa, como tipo de lesión y resultado material, para plantear que dicha categoría dogmática no es coincidente con la tipicidad de las figuras básica y residual de la misma. Sugiere que el modelo chileno se ajusta más a la idea de un tipo de mera actividad y de peligro. Para ello, el reconocimiento de parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, del elemento subjetivo del tipo, ánimo de lucro, cobra real trascendencia para el modelo.

Finalmente se reconocen ciertas objeciones, que en caso alguno, derrumban el planteamiento dogmático que se cree correcto para este nuevo modelo.

PALABRAS CLAVE: Estafa, delito de peligro, delito de mera actividad.

ABSTRACT: *The author traces the traditional model of the scam, as a type of injury and a material result, to suggest that this dogmatic category does not coincide with the typicality of the basic and residual figures of the same. He suggests that the Chilean model is more in line with the idea of a type of physical activity and danger. For this, the recognition of part of our doctrine and jurisprudence, the subjective element of the type, profit motive, takes on real transcendence for the model.*

Finally certain objections are recognized, which in any case, collapse the dogmatic approach that is believed correct for this new model.

KEY WORDS: *Scam, crime of danger, crime of mere activit.*

* Juan José Rondón Manríquez, abogado. Magister en Derecho Público, Universidad de los Andes. Diplomado en Derecho Penal Económico por la Universidad Alberto Hurtado, y diplomado en Reforma Procesal Penal por la Universidad Central.

1. INTRODUCCIÓN: LA PERSPECTIVA TRADICIONAL ACERCA DE LA ESTRUCTURA DE LA ESTAFA

La dogmática jurídico-penal, a ratos permanece absolutamente pasiva, e incluso inerte, frente a la legislación decimonónica, aún vigente en el caso chileno, y la mala técnica legislativa frecuente en el último tiempo.

Siguiendo a BOBBIO, lo que prima actualmente en el Derecho, es lo atingente a una razón débil. Una razón de amparar el derecho existente, que dista de la idea central del amparo irrestricto al Derecho racional que, a juicio de este autor, es la razón fuerte. Concluye, tajantemente, que la razón fuerte de hoy es una razón débil, pues se ampara en lo dado por los textos legales y no por el rigor de los juristas en la construcción, desde una *prima facie*, del Derecho antes de la discusión parlamentaria. La anteposición de los juristas ha sido el constante fracaso¹.

El ordenamiento jurídico históricamente más influyente, el del Derecho Romano, como también el actualmente más influyente del mundo, el de Estados Unidos; contemplan el delito de estafa como un simple engaño, es decir, la violación de un deber de veracidad sin que se requieran consecuencias ulteriores como un peligro patrimonial o un daño patrimonialmente relevante. Esta circunstancia, se contrapone directamente con el derecho continental vigente, donde el modelo predominante se encuentra radicado en la configuración de un tipo penal consistente en un daño patrimonial a través de un engaño con ánimo de lucro². La formulación indiscutida³ en el derecho comparado acerca de la estructura del comportamiento constitutivo de estafa consiste en “la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”⁴.

Pues bien, este verdadero dogma que trasunta desde los inicios de la figura de estafa como una figura de falsedad, hasta las consideraciones del daño patrimonial en forma de peligro; presentan situaciones que van más allá de la sola atribución a una clasificación determinada en cuanto al tipo. Son cuestiones que generan problemas, además, en el *iter criminis* y en la determinación de la pena.

1.1. Generalidades

Por una parte, desde un punto de vista formal, se considera unánimemente a la estafa como un delito de resultado⁵, en el sentido de que la descripción del tipo consistiría en la causación de un perjuicio en un patrimonio ajeno⁶. Esta circunstancia, establecería por cierto, el estadio de consumación del delito. Por otro lado, materialmente se le define como un delito de lesión, pues la relación de ofensividad con el bien jurídico patrimonio consistiría en el detrimento sustancial del mismo⁷ (aspecto que resulta controversial en la hipótesis de la puesta en peligro como perjuicio patrimonial), más allá de las divergentes opiniones acerca del criterio normativo que permita iden-

¹ BOBBIO, NORBERTO: *La razón en el Derecho*. (Observaciones preliminares) (trad. de Alfonso Ruiz Miguel), Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho 2, 1985, pp. 17-26.

² VOGEL, JOACHIM: “Estafa en la UE”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (coords.): *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: Eurodelitos de corrupción y fraude*, Editorial Servicio de publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, España, 2006, p. 44.

³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio: *Fraude de seguros. Cuestiones penales de técnica legislativa*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 49.

⁴ ANTÓN ONECA, José: “Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IX, 1957, p. 1.

⁵ ROMERO, GLADYS: *Los elementos del tipo de estafa*, Editorial Lerner, Argentina, 1985, p. 226.

⁶ VOGEL, “Estafa...”, p. 48.

⁷ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “Delitos contra intereses instrumentales”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Nº 1, 2004, pp. 294-298. Vale destacar empero que el análisis se refiere a una concepción jurídico-económica (o mixta) del patrimonio.

tificar esta afectación, fuertemente condicionadas por la adscripción a una u otra teoría de lo que ha de comprenderse como patrimonio en sede penal⁸.

Sin embargo, esta definición correspondería a un esquema dogmático de naturaleza extralegal, que se ha impuesto como patrón interpretativo del casuístico catálogo de delitos contemplados en el epígrafe 8 del Título IX, Libro II del Código Penal, aún no consagrado positivamente en Chile como sí lo ha sido en otros modelos legislativos, ejemplificativamente España⁹ y Alemania¹⁰.

En todo caso, la explicación histórica para la mantención de este modelo de incriminación es la reproducción, prácticamente íntegra e inalterada, (salvo algunas excepciones) del Código Penal español de 1848 en esta materia¹¹. Este compendio de normas es el que habría prescindido de la prolija definición de la estafa de su versión previa de 1822 (proveniente del derecho francés), disgregando caóticamente el concepto originario mediante una serie de figuras ordenadas de acuerdo a la casuística vigente en conjunto con otros delitos sistemáticamente fuera de lugar¹², actualmente consagrados bajo el título “Estafas y otros engaños”.

En lo que respecta a la aplicación por parte de la práctica de nuestros tribunales, del modelo tradicional e irrestricto, asistimos a situaciones insalvables. El modelo tradicional, empero ser matriz de cierta rectitud normativa en cuanto a los elementos del tipo objetivo de estafa, es generador de conflictos que se pretenden salvar con este trabajo.

Así por ejemplo, encontramos en nuestra jurisprudencia un caso de real connotación pública que bien sirve de modelo a estos conflictos ya prevenidos: el caso Eurolatina. En el año 2008, la corte de apelaciones de Santiago¹³, más que pronunciarse respecto del bullado caso antes mencionado, se limitó a confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia, con voto de disidencia del ministro señor Zepeda. Durante la primera parte de la década del 90' del siglo pasado, por medio de pagarés suscritos con la “Financiera Eurolatina” se facilitaban además, el pago de contratos de mutuo de adhesión, vale decir, aquellos cuyo contenido es fijado unilateralmente por una de las partes, en este caso, los agentes de la empresa Eurolatina, limitándose el rol de la contraparte a la suscripción o no suscripción de éstos pagarés, o hipotecas respecto de diversos inmuebles, con cláusulas de garantía general para garantizar los pagarés. Las sumas, debían devengar un interés mensual de 3,3 %, las cantidades se debían pagar en cuotas mensuales, iguales y sucesivas. Ante el cumplimiento parcial de los deudores y su interpelación judicial, los representantes de la empresa en cuestión los conducían a “reprogramaciones de las deudas”. Al producirse tales incumplimientos por parte de los deudores de la “financiera”, se procedía con la ejecución de los títulos respectivos y adjudicándose los bienes inmuebles respecto de los cuales estaban constituidas las garantías hipotecarias de los diversos créditos convenidos. De conformidad a la tesis aquí favorecida, ya la propia suscripción de tales instrumentos, configura una puesta en peligro (concreto) para el patrimonio de las víctimas, más aún si se considera los términos en los cuales fueron suscritos, aún antes de la

⁸ GALLEGO SOLER, JOSÉ-IGNACIO: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, España, pp. 298-300. KINDHÄUSER, Urs: “Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el Derecho Penal”, *Anuario de Derecho Penal económico y de la empresa*, N° 1, 2011, pp. 53-58.

⁹ HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR: “Aproximación a la problemática de la estafa”, *Problemas actuales de Derecho Penal*, Editorial Universidad Católica de Temuco, Chile, 2003, pp. 150-152.

¹⁰ BOTTKE, WILFRIED: “¿Qué es o a qué se le llama estafa?”, *Revista de Derecho Penal: Estafas y otras defraudaciones*, N° 2, 2000, pp. 21-39.

¹¹ MERA FIGUEROA, JORGE: *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta*, 2ª Edición, Editorial Cono Sur, Chile, 2001, pp. 75-76.

¹² ANTÓN, “Las estafas...”, pp. 4. La definición del Código Penal español de 1822 era la siguiente: “Cualquiera que con algún artificio, engaño o superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante, hubiese sonsacado a otro dineros, efectos o escrituras, o le hubiera perjudicado de otra de manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que le constituya verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial”. Esta descripción habría contenido todos los requisitos dogmáticos actualmente predominantes. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Infracciones patrimoniales de apoderamiento*, Tomo II, 2ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, España, 1977, pp. 580-581. MERA, *Fraude*, p. 75.

¹³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 23 diciembre de 2008, pronunciada en causa Rol: 2248-2008.

ejecución de los mismos, por cuanto, la sola suscripción de tales instrumentos¹⁴, es determinante a efectos de conducir de forma directa a la ejecución de los bienes de las víctimas y asimismo, respecto de los inmuebles hipotecados. Empero, la conducta misma, la de producir la suscripción engañosa de tales instrumentos, aisladamente considerada¹⁵, es la que opera como nexo lógico – causal– a la producción final del perjuicio patrimonial en los términos del inciso final del artículo 467 de nuestro Código punitivo, siendo aplicable además, conforme a nuestro planteamiento, lo preceptuado al efecto en el artículo 69 del mismo cuerpo normativo, en relación a la extensión del daño efectivamente causado.

De igual forma, nuestro Supremo Tribunal (reafirmando lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago) ha planteado que la sola existencia de sociedades de inversión, no puede ser considerado como parte de maquinaciones tendientes a la obtención de ganancias ilegítimas por medio de tales defraudaciones, por cuanto, estos, constituyen actos jurídicamente válidos, cuyo objeto societario es o puede ser la obtención de créditos en diversas entidades del rubro, considerando que ello determina la existencia de una sociedad con giro real. Fue revocada la sentencia de primera instancia por parte de la Corte de apelaciones de Santiago, y confirmada esta última sentencia por parte de la corte Suprema considerando entre otros puntos cuál o cuáles sociedades del Grupo BHC, relacionadas con el Banco Hipotecario de Chile, fueron utilizadas por el Comité Ejecutivo del Grupo para obtener créditos; cuál es el valor de los créditos recibidos por las sociedades del Grupo BHC que no fue pagado a su vencimiento; cuáles fueron, específicamente, los perjuicios ocasionados; cuál es el monto específico de los daños ocasionados a cada una de tales entidades financieras involucradas; cómo se produjo el menoscabo ocasionado a cada una de las entidades perjudicadas, y en qué consistió el engaño que produjo la disposición patrimonial de las entidades defraudadas¹⁶. De conformidad al planteamiento aquí afirmado, el hecho no de constituir una sociedad de inversiones, sino que el operar de forma consciente del daño a ocasionar, por medio de la suscripción engañosa de tales créditos, los cuales *ab initio* se sabía no se podría cubrir hasta la satisfacción total del monto adeudado, sin embargo, la forma fraudulenta de operar es la que constituirá una forma especial de peligro concreto para el patrimonio, considerando además, la forma en que operan dichos mercados, siendo la conducta misma, la que constituye la forma de generar la puesta en peligro (concreto), no siendo necesario la aplicación del (a nuestro juicio, errado) paradigma de la lesividad, menos aun considerando lo contemplado en el artículo 473 del Código Penal en el sentido de una conducta desplegada orientada-a-perjudicar mediante defraudación.

Los ejemplos antes señalados demuestran las lagunas de punibilidad que genera el esquema o modelo tradicional de estafa, los cuales conforme a la propuesta dogmática a desarrollar, pueden ser resueltas de manera satisfactoria, sin que con ello se fuerce la interpretación de los artículos 467, 468, y 473, todos del Código Penal.

1.2. Estructura formal del modelo tradicional de estafa

Los delitos de resultado se definen en atención a que la consumación del tipo sólo se verifica una vez que, a consecuencia de la realización de una acción, se produce en forma separada, espacial y temporalmente, un determinado resultado condicionado por la ejecución de tal acción, circunstancia que se encuentra designada por la ley –en la mayoría de los casos– como la alteración completa en un objeto de actuación (o ataque)¹⁷.

¹⁴ KINDHÄUSER, URS: “Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa” en “Estudios de Derecho Penal Patrimonial”, Editorial Grijley, Perú, 2002, pp. 130 y 131, asimismo MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Editorial Marcial Pons, España, 2014 pp. 35 y 36.

¹⁵ En similar sentido es el “ejemplo del anillo” planteado por KINDHÄUSER, Urs: “Concepto”, p. 53.

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Fecha 29 de agosto de 2005 en causa ROL: 519 – 2003.

¹⁷ ROXIN, CLAUDIUS: *Derecho Penal Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, T. I, 1ª Edición, Editorial Civitas, España, 1997, p. 328. JAKOBS, Günther: *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª Edición, Editorial Marcial Pons, España, 1997, p. 205.

De esta forma la tipicidad de un determinado supuesto de hecho, en el contexto de un delito de resultado, es una pregunta por la identidad de dos eventos (particulares) que integran la descripción típica¹⁸.

Es en este punto donde cobra relevancia la distinción filosófica entre *evento* y *hecho*. Un evento se define como una entidad que se encuentra espacio-temporalmente ubicada, mientras que un hecho corresponde a una proposición, que puede ser relativa a uno o más eventos, susceptible de ser considerada como verdadera¹⁹. Lo anterior implica que un mismo evento puede ser objeto de referencia de múltiples descripciones, fenómeno denominado como *efecto acordeón* de las descripciones de acciones²⁰, pero solamente cuando uno o varios eventos se identifiquen con la descripción del presupuesto fáctico de una norma de sanción penal, este (o estos) adquiere la relevancia como *hecho* jurídico-penalmente relevante. Así por explicación causal del resultado debe entenderse “la explicación, construida como un argumento nomológico-deductivo o probabilístico-inductivo, del *hecho* consistente en el acaecimiento del *evento* constitutivo del respectivo resultado”²¹. Resultado entonces es un evento identificado con la transformación de un estado en otro estado²².

Por todo lo anterior, de ahí que el evento constitutivo de un delito de mera actividad consista en la simple descripción de una acción, mientras que tratándose de un delito de resultado, el supuesto de hecho se describa mediante la referencia al resultado causal (evento 2) de una acción (evento 1)²³. Ahora bien, la determinación de si un determinado tipo penal obedece a una u otra estructura formal, es una cuestión de interpretación de la ley penal, consistente en averiguar si el legislador ha incorporado como elemento típico “el efecto natural provocado y separable del comportamiento”²⁴. Tal resultado puede estar configurado de maneras muy distintas: desde la modificación puramente exterior del sustrato material de un bien jurídico, hasta la producción de un daño meramente inmaterial²⁵.

Existe consenso en que el Código Penal chileno, en conjunto con las codificaciones de raíz hispana que siguieron al modelo español de 1848 (tributario –en forma intensificada– a su vez del esquema francés de 1810), no consagra un concepto legal de estafa. Sin embargo, la reconstrucción dogmática de su estructura centra la atención en el tipo del artículo 468 como delito-base²⁶, mientras que del resto de figuras contempladas en el epígrafe 8 (salvo aquellas no vinculadas a la estructura típica de la estafa) se extraerían los elementos constitutivos del delito²⁷. Ejemplificativamente, el artículo 468 dispone:

“Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión,

¹⁸ DE LA VEGA MARTINIS, ORLANDO: *El delito de omisión y su explicación causal*, Editorial Temis, Colombia, 2010, p. 34.

¹⁹ MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Editorial Marcial Pons, España, 2014, pp. 58-63.

²⁰ Es decir, la posibilidad de expandir y contraer secuencias causales, sea en línea recta como en sus ramificaciones, bajo la descripción de una acción. KINDHÄUSER, Urs: “Acerca del concepto jurídico penal de acción”, *Cuadernos de Derecho Penal*, N° 7, 2012, p. 17.

²¹ MAÑALICH, NORMA, p. 56.

²² MAÑALICH, NORMA, p. 35.

²³ DE LA VEGA, *El delito*, p. 36. Debe apuntarse a que el concepto de acción aquí referido consiste en la atribución de agencia a un sujeto en relación al evento (o eventos) descrito en el tipo penal. En la terminología tradicional, acción es el resultado del proceso de imputación subjetiva al agente. De esta forma el tipo contiene una descripción de acción, pero ha de ser diferenciado con la adscripción de agencia que determina la infracción de la norma por el agente.

²⁴ ACALE SÁNCHEZ, MARÍA: “Los delitos de mera actividad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 10, 2002, p. 16.

²⁵ STRATENWERTH, GÜNTHER. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, Editorial Aranzadi, España, 2005, p. 126.

²⁶ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 406-410. GARRIDO MONTT, Mario: *Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo IV, 4ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 345-346. BULLEMORE GALLARDO, VIVIAN; MACKINNON ROEHR, JOHN: *Curso de Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo III, 1ª Edición, Editorial Lexis Nexis, 2005, pp. 130-131. La recepción legislativa del modelo español de estafa del Código Penal de 1848 caracteriza una descripción de especies de estafa sin definir un tipo básico, por lo que tampoco resulta lógicamente acertado considerar el artículo 473 del Código Penal como figura básica pues no parece que el tipo base de un delito pueda ser también subsidiario respecto del mismo delito. ROMERO, *Los elementos*, pp. 61-63.

²⁷ POR TODOS: POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA: *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 411-413. En el mismo sentido: HERNÁNDEZ, “Aproximación...”, p. 151.

empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”.

En atención a lo anterior, la estructura típica de la estafa consistiría en un delito de resultado y de lesión del patrimonio, donde el evento del perjuicio patrimonial se desprendería como criterio de merecimiento de pena implícito del tipo, evidenciado a partir del concepto dogmático de defraudación como lesión del patrimonio ajeno. Es así que la consideración o explicitación de las modalidades de engaño vinculadas a condiciones personales y de relación, al estado económico y una fórmula complementaria de engaño, no serían más que formulas logradas por analogía²⁸.

Inicialmente, el *fraude* penal se caracteriza como la utilización de la inteligencia por sobre la violencia (u otro medio físico-externo) para atacar el patrimonio ajeno (en un sentido amplio)²⁹. Este es el común denominador de los delitos de desplazamiento patrimonial, o como denominan aún alguno en nuestra doctrina, de “enriquecimiento por defraudación”³⁰.

A partir de un análisis de las disposiciones del Código Penal que emplean la palabra defraudación y similares, la doctrina mayoritaria sostiene que el concepto de *fraude* consistiría en dos medios comisivos distintos empleados para atacar el patrimonio: el engaño y el abuso de confianza³¹.

En este sentido, la defraudación envolvería dos requisitos que a su vez constituyen dos eventos vinculados entre sí bajo la estructura de una descripción resultativa: un perjuicio o lesión patrimonial para la víctima y el fraude empleado por el sujeto activo, por lo que *defraudar* sería causar un perjuicio a otro mediante fraude³². El esquema (resultativo) de su tipo objetivo por ende sería el siguiente: el engaño (C1) que “causa” el error (C2), que a su vez “causa” un acto de disposición patrimonial (C3), el que por último “causa” el efecto perjuicio patrimonial (E), cerrando la cadena de eventos y consumando el delito³³.

Esta multiplicidad de sucesos, que constituirían resultados “intermedios” en tránsito hacia la lesión del patrimonio³⁴, permiten que tradicionalmente el núcleo de injusto de la estafa se vincule (sin mayor discusión) a la relación causal entre el ánimo de lucro y el resultado patrimonial lesivo, a través de una acción fraudulenta³⁵. Este esquema de interpretación absolutamente mayoritario implica que el tipo penal del artículo 468 gravite como eje de la reconstrucción, a partir del cuál se pueden interpretar los demás fraudes por engaño como figuras específicas meramente superfluas o agravadas. Esta consideración predominante habilitaría a sostener que nuestro modelo no se corresponde en su totalidad ni con el casuístico modelo francés ni con el conceptual modelo alemán o suizo, pues la parte final del artículo 468 que señala que será sancionado “el que defraudare a otro [...] valiéndose de cualquier otro engaño semejante”, permite enunciar la disposición central como el hecho de defraudar a otro mediante cualquier ardido o engaño³⁶, es decir, delimitando en forma relativamente clara el núcleo de la estructura típica de la estafa.

²⁸ ANTÓN, “Las estafas”, pp. 15-16.

²⁹ QUINTANO, *Tratado*, pp. 553-556.

³⁰ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, p. 411.

³¹ MERA, *Fraude*, pp. 89-96.

³² MERA, *Fraude*, pp. 89-90. VOGEL, “Estafa...”, p. 48.

³³ PIÑA, *Fraude*, p. 49.

³⁴ ROJAS AGUIRRE, LUIS EMILIO: “Perjuicio patrimonial e imputación objetiva”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXVII, 2011, pp. 427-428 (cita al pie número 46). VILA MAYO, JUAN EMILIO: “Ensayo sobre la estructura del Delito de Estafa”, *Revista General de Derecho*, N° 520-521, 1988, p. 18.

³⁵ QUINTANO, *Tratado*, p. 558.

³⁶ FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Derecho Penal: Parte Especial*, 17ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, 2008, p. 533. En contra, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, p. 416, 443-445, quienes ven en la disposición una figura calificada por la entidad del engaño requerido. Sin embargo, esta supuesta calificación ha sido cuestionada en forma indirecta por la crítica a la teoría francesa de la puesta en escena para la configuración del engaño típico, pues las modalidades de acción del artículo 468 solamente consistirían en hipótesis bastante elementales y poco elaboradas. HERNÁNDEZ, “Aproximación”, p. 161. Circunstancia de lo que (creemos) fluye una eventual disminución considerable del ámbito regulado por el artículo 473.

1.3. Estructura material del modelo tradicional de estafa

El modelo tradicional de estructura formal de la estafa exige una cadena de eventos, entendidos como resultados “intermedios”, condicionantes del evento final que permite establecer la consumación del tipo, constituido por el perjuicio patrimonial. Por ello, resulta acertada la conceptualización del modelo clásico de injusto como una relación causal entre el ánimo de lucro y el resultado patrimonial lesivo, a través de una acción fraudulenta³⁷, lo que no obsta a la necesidad contemporánea de apartarse de esquemas puramente ontológicos para entender y articular la naturaleza y relación de tales componentes, todo ello a partir de la normativización de tales conceptos³⁸.

De esta forma, la estructura tradicional puede ser re-articulada como una *conducta engañosa* (evento 1), valorada jurídicamente como apta, acorde a la relación de lesividad con el patrimonio, para inducir a una *disposición patrimonial* viciada por error (evento 2), que de verificarse, realizaría la totalidad del tipo objetivo a título de consumación, siempre cuando tal evento dispositivo pudiera ser valorado como un *resultado perjudicial* para el bien jurídico³⁹. Bajo este esquema normativizado, la defraudación por engaño correspondería a la descripción del resultado de la acción engañar a otro, valorada como lesión del bien jurídico patrimonio individual.

Desde un punto de vista material, centrado en la relación de ofensividad con el bien jurídico, la tendencia mayoritaria soporta la antijuridicidad penal de una conducta sobre una construcción dualista del injusto, a partir de los elementos de desvalor de la acción y desvalor de resultado⁴⁰. El acoplamiento de esta consideración con la teoría de las etapas de ejecución imperfecta del delito, basada en la función del derecho penal entendida como dirigida a la protección de bienes jurídicos⁴¹, respectivamente conlleva que una tentativa consista en la configuración del desvalor de acción, entendida como conducta peligrosa, sin la ulterior verificación del resultado lesivo⁴². Así, la estafa consumada consistiría en un delito de lesión, pues la afectación sustancial del bien jurídico, determinada conforme a la teoría del patrimonio a que se adscriba para valorar la relevancia del acto de disposición, satisface la constitución dual del injusto necesaria para la aplicación de la norma de sanción respectiva a partir de la constatación de tal lesión, mientras que la verificación de un engaño típicamente relevante, tan solo un estadio de peligro concreto donde la acción potencialmente lesiva generaría una mera tentativa acabada, originando un desvalor de resultado de menor entidad que justifica la reducción en dos grados que señala el artículo 52 del Código Penal.

En lo concerniente a la dimensión subjetiva del delito, bajo el entendimiento de una concepción dualista del sistema de los delitos contra intereses instrumentales, la estafa se enmarca dentro de los denominados delitos de enriquecimiento y no de perjuicio⁴³. En el derecho chileno, y a diferencia de prácticamente la unanimidad de los ordenamientos comparados, pese a reconocerse la naturaleza de la estafa como perteneciente al género de delitos de desplazamiento patrimonial⁴⁴, la doctrina mayoritaria, paradójicamente, niega que el tipo penal requiera la concurrencia del elemento subjetivo de ánimo de lucro⁴⁵, en tanto elemento (implícito) adicional al dolo (salvo en la

³⁷ QUINTANO, *Tratado*, p. 558.

³⁸ PIÑA, *Fraude*, pp. 46-49.

³⁹ VOGEL, “Estafa”, p. 48. ROJAS, “Perjuicio”, p. 423.

⁴⁰ MALDONADO FUENTES, FRANCISCO: “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, 2006, pp. 54-55.

⁴¹ Lo anterior corresponde a una consideración extremadamente generalizada de uno de los puntos cruciales de la Parte General del Derecho Penal. Sin embargo, un aspecto que no puede dejarse de lado es que la concepción desarrollada *supra* coincide con un presupuesto (que se da por sentado) de toda reconstrucción de la Parte Especial, esto es, la asunción de la protección de bienes jurídicos como el baremo valorativo para la interpretación y adecuación típica de los delitos.

⁴² ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL: “El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, Fascículo II, 1996, p. 496.

⁴³ BASCUÑÁN, “Delitos...”, p. 295, aunque el autor asume un concepto jurídico-económico del patrimonio y la estafa como delito de resultado, es decir, de perjuicio con enriquecimiento correlativo. MAYER LUX, Laura: “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XLII, 2014, p. 289.

⁴⁴ ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 294.

⁴⁵ HERNÁNDEZ, “Aproximación...”, pp. 188-189.

hipótesis [impropia] de estafa tipificada en el artículo 470 N° 9 que exige legalmente ánimo de defraudación, como mecanismo de adelantamiento de la punibilidad⁴⁶).

2. PROPUESTA DE UN MODELO ALTERNATIVO: LA ESTAFA COMO DELITO DE PELIGRO (CONCRETO)

2.1. Conducta defraudatoria como peligro

Bajo el prisma tradicional de los delitos de peligro, la idea de lesividad, se mantiene siempre presente e inalterada. Incluso situándonos en la génesis del concepto de Derecho Penal moderno, el principio de lesividad reconoce una idea de peligro como antesala de la concreción efectiva del daño o lesión a un bien jurídico⁴⁷.

Esta idea, como advierte KINDHÄUSER, es un paradigma errático⁴⁸. La lesión del bien jurídico, no es algo que se espera como logro final o meta en la conducta de peligro, sino que solo una valoración, como también advierte SILVA, de la realización de la tipicidad *ex post*, fuera del ámbito de la norma primaria⁴⁹.

Tradicionalmente, en nuestra doctrina nacional, quiénes han reconocido la posibilidad de concebir el perjuicio patrimonial en forma de peligro, no se han hecho cargo de la posibilidad que la conducta “defraudar” –engaño en la hipótesis de estafa–, sea en sí misma una conducta de peligro concreto al patrimonio⁵⁰.

El esfuerzo si se reconoce en otro tipo de defraudaciones. En el caso de las figuras relativas a fraudes de tarjetas de crédito y débito, nuestra doctrina ha reconocido que las seis hipótesis del artículo 5 de la ley 20.009, son conductas de peligro concreto al patrimonio⁵¹.

Por tal motivo, como ya fue observado en los casos que sirven de modelo a este artículo, se hace necesaria la total renuncia al paradigma de la agresión o a cualquier otra forma alternativa bajo el sustento irrestricto a la levedad implícita en la idea de peligro, entendida como riesgo a la futura lesión⁵².

⁴⁶ A nuestro juicio, el método de adelantamiento de la punibilidad consiste en establecer un delito de mera actividad, donde la conducta incriminada radica en la sola acción de suscripción [u orden de un superior a un empleado de que lo haga] por un agente del rubro inmobiliario, de un contrato de promesa de compraventa sobre un bien inmueble dedicado a la vivienda, sin la caución legal que exige el artículo 139 bis del Decreto Ley N° 458 de 1975 [póliza de seguro o boleta bancaria], introduciendo un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente [ánimo de defraudación] que recorta el resultado del perjuicio patrimonial del tipo objetivo. Sin embargo, este se tipifica adicionalmente como una condición objetiva de punibilidad que condiciona la sanción a la efectiva consumación de la conducta, restando en principio impune la sola ejecución del acto.

⁴⁷ Algunos catalogan la intervención penal como una solución de extrema ratio. Uno de sus pilares es, precisamente, el principio de lesividad u ofensividad, que pasa a convertirse en uno de los principios políticos centrales del Derecho Penal de la democracia moderna. Éste fortalece un modelo de Derecho Penal ajustado a los cánones del Estado Constitucional de Derecho. FERNÁNDEZ, Gonzalo D: “Bien jurídico y sistema del delito”. Montevideo: B de F, 2004, p. 1 y siguientes.

⁴⁸ KINDHÄUSER, URS: “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, In Dret, N°1, Barcelona, 2009, p. 7-10.

⁴⁹ SILVA SANCHÉZ, JESÚS: “Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.”, 2ª Edición ampliada y actualizada, Editorial B de F, 2010, p. 670.

⁵⁰ De esta forma quién lo plantea y reconoce, BALMACEDA HOYOS, Gustavo: “La estafa en la jurisprudencia chilena” Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Volumen XXIV, N° 1, julio 2011.

⁵¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”. Política criminal., N° 5, 2008, A2-5, p. 36.

⁵² Encontramos sutilezas irrelevantes, que llaman a la confusión que se observa en los fallos enunciados en: JESCHECK, Hans – Heinrich; WEIGEND, Thomas: “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, Trad. De Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, Granada, 2002, p. 282; para quién el peligro concreto es entendido como riesgo de lesión en tanto cuanto resultado de la acción. La enorme adición a la postura de ROXIN, *ob. cit.*, p. 404 -405; para quién la concreción del peligro concreto en el tipo es el riesgo de producción de un resultado. Es un riesgo real al objeto protegido por el tipo. La clásica y errática visión, la de nuestra tradición, entiende al peligro concreto como la comprobación (fáctica) de que el bien jurídico ha sufrido un riesgo real de lesión. Así se encuentra en peligro real en el caso individual (ad-hoc) y que si no se ha producido la lesión al bien jurídico es sólo por casualidad. Así, BACIGALUPO, Enrique: “Principios de Derecho Penal, Parte General”. 5ª edición. Akal, Madrid, 1998, p.154 y 222.

Tanto en el artículo 467, respecto a la figura de entrega fraudulenta, como en el artículo 468 del Código Penal, figura básica, y en prácticamente todas las figuras de estafa; la conducta desplegada por el sujeto activo es defraudar a otro.

Si respecto a una figura básica y una especial, concurren las mismas descripciones en torno a la conducta defraudatoria, normativamente no es posible que luego pueda ser entendida de igual forma en torno a una figura residual, para el caso donde la descripción de la conducta sea distinta. Por cierto, esta advertencia reviste especial consideración, pues un sector de nuestra doctrina, de especial injerencia en nuestros tribunales, le atribuye erróneamente la calidad de figura básica al artículo 473⁵³.

En el caso de la figura residual de estafa del artículo 473 del Código Penal, el legislador optó por tipificar una conducta como defraudar o perjudicar a otro. A simple vista pareciera ser que tanto peligro como lesión real y efectiva del patrimonio, se miran como equivalentes. Sin embargo, dado que la figura del artículo 473 no se gradúa la pena de conformidad al monto del perjuicio causado; no queda más camino que estimar que la estructura, tanto formal como material, es de lesión y resultado material.

Reafirma lo anterior el hecho que nuestro legislador en otra clase de defraudaciones, por ejemplo en el caso de la apropiación indebida, tipifica una conducta defraudatoria como de “perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren”. Por ello es que no es posible sostener dogmáticamente que se presenten situaciones de peligro en esta clase de ilícitos. Es más, prácticamente unánime es por parte de nuestra doctrina, considerar el perjuicio patrimonial en esta figura, como condición objetiva de punibilidad⁵⁴. Un último caso, lo encontramos en el ya citado artículo 5 de la ley 20.009, donde el perjuicio, entendido como resultado material verificado de las conductas de peligro concreto tipificadas en el mismo artículo, agrava la pena. Las falsedades y usos ahí descritos, son lo que es para la estafa la conducta defraudatoria.

2.2. *La necesaria consideración del ánimo de lucro*

Existe consenso en que las raíces históricas de la estafa son confusas, en atención a su delimitación con los delitos de falsedad⁵⁵, pues ambas especies delictivas consistirían en un ataque contra un bien jurídico a través de una violación de la verdad y un correspondiente engaño en el tráfico jurídico⁵⁶. En este punto resulta crucial la escisión entre ambos tipos de injusto. Si bien en la actualidad la determinación del bien jurídico protegido por los delitos de falsedad en general resulta altamente discutida, existe una vinculación mayoritaria a objetos jurídicos de carácter supra-individual (como la denominada fe pública). Y este fenómeno no es trivial por la sencilla razón de que la realización de un engaño *per se* no cumpliría con el mínimo parámetro de merecimiento de pena que justifique la configuración de un injusto penal⁵⁷. La razón de ello deriva de la concepción liberal del individuo, particularmente en relación al tráfico jurídico, constituye un modelo antropológico que no permitiría sostener que un ataque contra la libertad de decisión mediante engaño exhiba la sustancia necesaria para la intervención del derecho penal⁵⁸, lo que se condice con la recepción en el sector patrimonial del principio de la autonomía de la voluntad, y en el sector del moderno penal con los denominados deberes de auto-protección de la víctima, en el contexto de la aplicación de

⁵³ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, p. 416.

⁵⁴ Por todos, POLITOFF, Sergio. “*El delito de apropiación indebida*”, Nacimiento, Santiago, 1957, p. 226.

⁵⁵ ROJAS AGUIRRE, LUIS EMILIO: “Historia dogmática de la falsedad documental”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXIX, 2012, pp. 556-568.

⁵⁶ MEZGER, EDMUND: *Derecho Penal. Parte Especial. Libro de Estudio*, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1959, pp. 237-238.

⁵⁷ En particular, en la dogmática alemana del siglo XIX, transitando desde la sanción de la mutación de la verdad en sí misma, hasta la afectación de la confianza pública o la seguridad del tráfico. ROJAS, “Historia...”, pp. 568-578.

⁵⁸ KINDHÄUSER, “Concepto”, p. 52.

los criterios de la teoría de la imputación objetiva de la conducta al delito de estafa.

Una posición contraria (e ilustrativa respecto al modelo chileno) es la que sostuvo MEZGER: “El bien jurídico protegido en la estafa (§ 263) es el *patrimonio* y el *mantenimiento de la verdad y de la buena fe* en el tráfico patrimonial (...) la mención del “patrimonio” como único bien jurídico protegido en la estafa haría incurrir en errores acerca de la exacta caracterización de la estafa y se perdería, por lo tanto, la posibilidad de diferenciarla de otros delitos contra el patrimonio. Sobre todo, se volvería imposible una neta diferenciación entre la estafa (§ 263) y la extorsión (§ 253)”⁵⁹. Sin embargo, al menos en el sistema nacional, tal confusión no puede existir. Siguiendo la línea de la definición del sistema de los delitos contra bienes jurídicos personalísimos instaurada por la codificación europea del siglo XIX, tanto la extorsión como la estafa son delitos contra el patrimonio, diferenciados por los medios comisivos empleados: coacción y engaño. Pero en el aspecto de la reconstrucción sistemática de la Parte Especial, en la tradición continental exclusivamente la coacción se independizó como un núcleo de injusto propiamente tal, justificándose su merecimiento de pena *a secas* en el reconocimiento de la libertad personal como bien jurídico digno de protección penal autónoma, consideración que no podría extenderse al engaño como forma de interacción ilegítima⁶⁰. La consecuencia fundamental es que toda disposición patrimonial realizada vía coacción (lo que bajo el derecho alemán constituiría una extorsión), que no recayere sobre un documento⁶¹, caería bajo la regulación del delito de amenazas condicionales, por lo que para el Código Penal vigente “la coacción mediante amenaza tiene tanto disvalor autónomo de injusto que absorbe el perjuicio patrimonial, mientras que el engaño sólo es punible en función de la lesión del patrimonio”⁶².

De todo lo anterior se colige que el engaño carece de autonomía lesiva para justificar su punibilidad bajo la sola circunstancia de generar un error en otro. Funcionalmente, el engaño debe vincularse al menoscabo del patrimonio ajeno para justificar el peso de injusto de la estafa. A nivel formal esta co-dependencia tradicionalmente se ha establecido en el elemento del perjuicio patrimonial: “es muy importante señalar que en este delito, lo importante *no es el lucro que se consigue*, sino el *daño* que se ocasiona”⁶³. Por ende bajo la posición mayoritaria, existiría un desacoplamiento entre la obtención de una ventaja patrimonial y el daño al patrimonio ajeno, como elementos independientes.

Pero esta separación no se condice con la consideración absolutamente mayoritaria en el derecho nacional de negar la caracterización de la acción engañosa mediante la consideración de un elemento subjetivo del injusto de naturaleza implícita en la estafa, circunstancia que contrasta fuertemente con su consagración positiva en el derecho comparado⁶⁴. Así, por ejemplo, KINDHAUSER señala que “la referencia al enriquecimiento *perseguido* se explica por el hecho de que el efectivo enriquecimiento del autor no es condición necesaria para la consumación de la estafa, que se reconstruye como un delito de resultado cortado: el ánimo de lucro o de aprovechamiento patrimonial constituye una tendencia interna trascendente”⁶⁵. En un sentido adicional a lo anterior, HERNÁNDEZ explica que el delito “la estafa no es simplemente un delito de daño del patrimonio ajeno, sino uno de enriquecimiento a costa de dicho patrimonio”⁶⁶.

⁵⁹ MEZGER, *Derecho*, p. 238.

⁶⁰ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “El robo como coacción”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, 2002, p. 100.

⁶¹ Por influencia francesa, recibida a través de la codificación española, el Código Penal sólo tipifica como extorsión la coacción a suscribir, otorgar o entregar un documento que importe una obligación estimable en dinero (artículo 438). Cualquier otra disposición patrimonial obtenida o intentada obtener bajo coacción constituiría amenazas condicionales o coacción violenta. BASCUÑÁN, “El robo...”, p. 74 (cita al pie número 55).

⁶² BASCUÑÁN, “El robo”, p. 107. En el mismo sentido: MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propiedad y el patrimonio*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2009, p. 122.

⁶³ ROMERO, *Los elementos*, p. 65.

⁶⁴ MAYER, “El ánimo”, pp. 290-291.

⁶⁵ Citado por: MAÑALICH, *Autotutela*, p. 121.

⁶⁶ HERNÁNDEZ, “Aproximación”, pp. 188-189.

Los delitos de resultado cortado constituyen una especie de delitos de tendencia interna trascendente, género que consiste en estructuras delictivas que mediante la incorporación de un elemento subjetivo en el tipo penal, consideran jurídicamente un evento verificado en forma posterior a la conducta, sin que resulte exigible como parte del plano objetivo, pudiendo clasificarse como *delitos de resultado cortado* y *delitos mutilados en dos actos*, siendo que en el primer caso el evento adelantado constituye el resultado de la conducta (anticipación de la consumación), mientras que en el segundo, el evento adelantado consiste en un segundo actuar del agente, para el cual la conducta objetivamente realizada es solo el medio de alcanzarla (la acción para alcanzar otra acción)⁶⁷.

En este sentido, el modelo tradicional, vía recorte por el ánimo de lucro introduciría un quinto evento dentro de la secuencia tradicional: el enriquecimiento (ilícito) del estafador. De esta forma, el efectivo desplazamiento patrimonial se encontraría valorado ya por el elemento subjetivo. Sin embargo, al ánimo de lucro se atribuye una segunda función como elemento subjetivo de *tendencia interna intensificada*⁶⁸, en el sentido de operarían definiendo precisamente aquella forma de ataque que se pretende castigar, caracterizando la conducta de otras que, siendo punibles sin la concurrencia de tal elemento, no integrarían el contenido de lesividad de la figura “como el elemento subjetivo del ánimo de lucro que viene a identificar la forma de lesión del bien jurídico patrimonial que se quiere castigar en numerosos tipos delictivos dejando por impunes otras formas menos graves de perturbación de dicho bien”⁶⁹, excluyendo típicamente en la estafa conductas dirigidas a finalidades diversas, como la producción de un perjuicio no económico para la víctima⁷⁰.

Como se observa, pareciera que el ánimo de lucro cumpliría dos funciones: recortar el acto de disposición patrimonial y a su vez excluir conductas realizadas con motivaciones diferentes al enriquecimiento. De esta forma, por razones sistemáticas y de delimitación del injusto⁷¹, el ánimo de lucro aparece como un requisito indispensable para la configuración del injusto de la estafa “a menos que se crea en un más que improbable concepto *criollo* de la figura”⁷².

2.3. La estafa como delito de resultado cortado: La consideración de su estructura formal como delito de mera actividad

Ahora bien, de la exégesis de las normas matrices del Código Penal se evidencia que el artículo 473 define la conducta típica como “defraudar o perjudicar a otro usando de cualquier engaño”, mientras que el artículo 468 alude al verbo “defraudar a otro”. Por ende, para el análisis de la estructura de la estafa resulta imprescindible esclarecer el significado jurídico-penal de lo que de entenderse por *defraudación*.

Lo previamente desarrollado no implica necesariamente concluir que la defraudación co-

⁶⁷ Esta consideración provendría de los aportes de la dogmática alemana efectuados por BINDING y HEGLER. POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO: *Los elementos subjetivos del tipo legal*, 2ª Edición, Editorial B de F, 2008, pp. 106-112. Similar: GIL GIL, Alicia: “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No 6, 2000, pp. 106-111.

⁶⁸ Como señala GIL GIL, la clasificación dogmática de los elementos subjetivos del injusto es un asunto no zanjado en la literatura, siendo aconsejable su ordenación a partir de su efecto y papel que juegan en el tipo. GIL GIL, “El concepto”, p. 105. En este sentido, en el medio nacional, GARRIDO los ordena mediante este criterio considerando (1) elementos de tendencia interna trascendente; (2) de tendencia interna intensificada; (3) de expresión. GARRIDO MONTT, Mario: *Derecho Penal Parte General: Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Tomo II, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 84-86.

⁶⁹ GIL GIL, “El concepto”, p. 111.

⁷⁰ Esta confusión de funciones se puede apreciar en: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial Universitaria Ramón Erecos, 2004, pp. 52-56. Asimismo, en MAYER cuando explica que “concebir el ánimo de lucro como la contrapartida económica del perjuicio patrimonial en tanto resultado del tipo conlleva, no sólo la *necesidad de que exista coherencia conceptual entre la motivación del agente y el resultado típico*, sino que también la de considerar, además de la forma de determinar la pena, la ubicación sistemática de la figura dentro de los crímenes y simples delitos contra la propiedad”, lo que denota su función (en este caso) como tendencia interna intensificada. MAYER, “El ánimo...”, p. 294.

⁷¹ MAYER, “El ánimo...”, p. 294.

⁷² HERNÁNDEZ, “Aproximación...”, p. 189.

responda a la descripción del resultado causal “perjuicio patrimonial” de la acción “emplear fraude” (engaño). De retomarse la vinculación histórica entre los delitos de falsedad y estafa⁷³ puede encontrarse un común denominador en el medio comisivo empleado⁷⁴. En la actualidad, los delitos de falsedad documental también pueden ser reconstruidos como delitos de engaño, distinguiéndose de la estafa solamente a partir de los significados sobre los que recae el fraude: en el primer caso, el engaño se dirige sobre los elementos que determinan la existencia de un documento; mientras que en el segundo, el fraude recae sobre las circunstancias fácticas (o eventualmente valorativas) vinculadas a la generación del perjuicio patrimonial, como las calidades o atributos de la persona del autor⁷⁵ (tratándose del artículo 468). Por ello, el engaño como medio comisivo consiste en la responsabilidad del autor por la representación defectuosa de otro⁷⁶.

En esta línea, con la sola excepción del delito de falsificación de instrumento privado, en atención al elemento “con perjuicio de tercero” que resulta interpretado mayoritariamente como un delito de estafa especial⁷⁷, las falsedades documentales se encuentran establecidas como delitos de mera actividad⁷⁸. Pero si la provocación de un error a través de engaño, entendiendo como tal el evento descrito en el tipo penal de estafa como la sola acción de emplear fraude, de acuerdo a la tradición continental no alcanza a fundamentar *per se* un injusto penal, ¿entonces dónde se evidencia el contenido de antijuridicidad de naturaleza patrimonial propio de la estafa? La respuesta tradicional en Alemania (y en la redacción vigente en España), de acuerdo al tenor literal del tipo de estafa, es un perjuicio en un patrimonio ajeno⁷⁹.

Este criterio de merecimiento de pena ha sido ubicado en un evento separado de la conducta bajo una estructura resultativa. Sin perjuicio de ello, si el ánimo de lucro constituye una exigencia sistemática de la estafa, cabe la posibilidad de apreciar una identidad entre la disposición patrimonial económicamente perjudicial, como objetivo pretendido y trascendente al engaño representado por el estafador, y la obtención de un lucro antijurídico, como dos formas de referirse a un mismo evento recortado por el tipo de estafa. Así, la valoración jurídica de la afectación del patrimonio podría considerarse suficientemente incluida mediante la consideración del elemento subjetivo del tipo ánimo de lucro: el estafador pretendería obtener un desplazamiento patrimonial a su favor, en virtud de un acto de disposición para incrementar injustamente su propio patrimonio. Si como se dijo, el ánimo de lucro implica que quien ejecuta la conducta debe actuar con la motivación de obtener un determinado provecho económico injusto, pero no se demanda que efectivamente lo perciba⁸⁰.

⁷³ Según MAYER, al solo ataque patrimonial debería añadirse, para efecto de justificar la intervención penal ante situaciones reparables por la sola vía del derecho común, un plus de injusto constituido por un trastorno adicional de la *publica fides* necesaria para el normal desenvolvimiento del tráfico, aproximando a la estafa morfológicamente a los delitos de falsedad. QUINTANO, *Tratado*, pp. 553-556. En cierta forma ello incide en la antigua distinción entre el fraude civil y el fraude penal. MERA, *Fraude*, pp. 103-130. Como señala KINDHÄUSER, la diversificación de los delitos de falsedad en grupos de delitos específicos se debe principalmente al surgimiento del liberalismo político, por lo que un simple engaño en un contexto dominado por la libertad de actuación no resultaba acreedor de la sustancia de injusto suficiente para la intervención penal, máxime cuando tales consecuencias se dejarían revertir mediante el derecho civil. KINDHÄUSER, “Concepto...”, pp. 52-53. La rearticulación (moderna) más evidente de esta consideración se materializa en la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, en su vertiente radical como teoría del injusto típico, para la determinación de la relevancia del engaño frente a los denominados deberes de autoprotección de la víctima, a través la idea de lo que reconduce la imputación al autor del engaño es la *infracción a sus deberes de veracidad*. PIÑA, *Fraude*, pp. 54-58. Críticamente: ROJAS, “Perjuicio...”, pp. 428-429.

⁷⁴ CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO: *El delito de estafa*, Editorial Juritexto, Costa Rica, 2001, pp. 37-38.

⁷⁵ ROJAS AGUIRRE, LUIS EMILIO: “Falsedad documental como delito de engaño”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 41, Nº 2, 2014, p. 547.

⁷⁶ KINDHÄUSER, URS: “La estafa como autoría mediata tipificada”, *Estudios de Derecho Penal patrimonial*, Editorial Grijley, Perú, 2002, p. 110. En el sistema de la Parte Especial, el engaño no constituye un núcleo de injusto autónomo, como sí la coacción. MAÑALICH, *Autotutela*, p. 122.

⁷⁷ VARGAS PINTO, TATIANA: “Daño del engaño en documentos privados. Aproximación al perjuicio en la falsificación de instrumentos privados”, *Revista de Derecho*, Volumen XXIV, Nº 2, 2011, p. 195. Y en este sentido la asunción de la estafa como delito de mera actividad y de tendencia interna, presentaría dificultades sistemáticas en relación al tipo penal del artículo 197 del Código Penal. Una posible vía de solución (a explorar) sería la consideración del perjuicio como de naturaleza extra-patrimonial.

⁷⁸ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, pp. 567, 570.

⁷⁹ KINDHÄUSER, “Concepto...”, p. 52.

⁸⁰ MAYER, “El ánimo”, pp. 290-291.

El ánimo de lucro es unánimemente comprendido como un elemento subjetivo de tendencia interna *intensificada*, pues su función radicaría en delimitar la conducta punible de otras subsumibles en el tipo objetivo (como el mero uso de la cosa en el caso del hurto)⁸¹, y no un elemento de tendencia interna *trascendente*, los que se caracterizan por tipificar la acción como un acto preparatorio o una tentativa acabada en relación a la lesión del bien jurídico (delitos mutilados en dos actos), o bien prescindir del acaecimiento del resultado de la acción como elemento objetivo (delitos de resultado cortado)⁸². Por ende, en la concepción dominante de la estafa no se trata de un caso de adelantamiento de punibilidad, pues la consumación (en un sentido material, coincidente con la lesión del bien jurídico) no resulta incorporada subjetivamente al momento de la ejecución de la acción.

Esta configuración del delito puede ser interpretativamente modificada mediante su consideración como delito de mera actividad en tanto delito de resultado cortado, pues el ánimo de lucro constituiría el elemento fundamental para conectar funcionalmente el engaño a un núcleo de injusto en el que cobra relevancia penal, como lo es el patrimonio. Si se acoge la interpretación de la defraudación como la descripción del solo evento de emplear engaño, bajo una estructura de mera actividad, el dolo consistiría en la representación (y voluntad) de afirmar falsamente un hecho y comunicarlo engañosamente a otro⁸³, provocando una falsa representación acerca del suceso, *con el motivo* de obtener provecho patrimonial para sí o eventualmente, aunque de forma controversial en nuestro derecho, para un tercero. Esto implica que la estructura formal de la estafa se emparejaría con las falsedades documentales, distinguiéndose de ellas por la concurrencia del ánimo de enriquecimiento injusto⁸⁴, elemento que revelaría el injusto de carácter patrimonial que subyace a esta modalidad de engaño.

Siguiendo esta aproximación, si el verbo rector de los artículos 468 y 473 del Código Penal se refiere al evento *empleo de engaño con ánimo de lucro*, el posterior acto de disposición patrimonial (valorado en forma perjudicial de acuerdo al criterio de perjuicio vinculado a la teoría del patrimonio a que se adscriba), ya cubierto por la necesaria vinculación dolosa de la acción a esta posibilidad, constituye un evento externo a la descripción típicamente relevante, constitutiva del *hecho* de haberse estafado a otro con tal o cual resultado perjudicial. Por lo que el evento estafa queda típicamente reservado para la acción de engañar. Esto implica replantear la estructura de la estafa: efecto de la conducta es el juicio falso que se produce en el receptor, a partir de la comunicación irregular realizado con ánimo de lucro, lo que *puede* derivar en un perjuicio patrimonial. Esto permite concebir a la estafa como un delito cuyo supuesto de hecho consiste en un proceso esencialmente comunicativo⁸⁵ por sobre un puro fenómeno natural, lo que incide en la reconstrucción de sus elementos en forma esencialmente normativa⁸⁶.

Perjuicio patrimonial entonces, bajo este esquema, sería el *hecho* (extra-típico) consistente en la valoración negativa sobre el *evento* (extra-típico) del acto de desplazamiento patrimonial, querido y representado como posible por el estafador. Se trataría de un resultado de carácter inmaterial que se materializa en el evento de la traslación de elementos del patrimonio hacia el estafador, lo que puede ser definido como el *hecho* de lo que resultó de la estafa, eventualmente constitutivo del supuesto de hecho de un delito civil, de acuerdo a los términos del artículo 2284 en relación al artículo 2314 del Código Civil.

Esta estructuración formal de la estafa como un delito de mera actividad implica que ma-

⁸¹ MAYER, "El ánimo", pp. 291-292.

⁸² GIL GIL, "El concepto", pp. 106-111.

⁸³ BOTTKE, "¿Qué es...?", p. 35.

⁸⁴ Posición que conlleva replantear la interpretación de la falsedad documental sobre instrumento privado del artículo 197 del Código Penal como delito de estafa.

⁸⁵ VILA MAYO, "Ensayo...", p. 23.

⁸⁶ ROJAS, "Perjuicio...", p. 424. PIÑA, "Fraude...", p. 49.

terialmente constituya un delito de peligro concreto contra el bien jurídico⁸⁷, dado que si verificado el engaño se considera consumado el delito, el estadio de menoscabo del patrimonio se corresponde con un grado de afectación previo a su lesión⁸⁸.

En general, la doctrina suele distinguir entre la estafa *propia* y la estafa *impropia*, aunque muchas veces intercambiando los conceptos de fraude y estafa⁸⁹. Medularmente, la distinción apunta a que será un delito de estafa propia el fraude por engaño que requiere de la concurrencia de todos los elementos típicos tradicionales de su concepto dogmático (engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio), por lo que se trataría sólo de formas específicas (generalmente redundantes) o agravaciones del tipo común, mientras que las estafas impropias se caracterizarían porque en su estructura típica puede faltar uno o más de aquellos elementos, radicando su tipificación en la satisfacción de algunas lagunas de punibilidad que genera el tipo de delito de estafa (propia). Particularmente, en el derecho comparado se han defendido ciertas interpretaciones que acogen una estructura formal de mera actividad (estafa impropia) para determinadas modalidades de estafa aún vigentes en nuestro país.

En primer lugar, el tipo penal del artículo 469 N° 4 del Código Penal que consagra la estafa consistente en emplear engaño para lograr la defraudación mediante la suscripción de un documento, para nuestra doctrina resulta una especie superflua de estafa pues la estructura típica sería idéntica a la estafa genérica⁹⁰. Sin embargo, en el derecho comparado (especialmente argentino⁹¹) se ha pretendido radicar la consumación del delito en el solo acto de suscripción, lo que altera su dependencia típica con el delito de estafa propia. Bajo esta interpretación, el tipo penal asume una estructura material de peligro contra el patrimonio⁹², similar a la extorsión⁹³. Las principales objeciones contra esta posición radican en que la configuración del perjuicio dependerá del uso que se dé del documento o a su naturaleza⁹⁴, es decir, de si la suscripción por sí sola o si esta en relación a un evento posterior que deba verificarse constituye el acto de disposición patrimonial valorable como perjudicial para el patrimonio ajeno⁹⁵, lo que no es otra cosa que la concreción legislativa expresa de un supuesto de hecho, que en ciertos casos, genera una situación de riesgo patrimonial rayana en la certeza, circunstancia que en términos dogmáticos ha suscitado la problematización acerca de su eventual interpretación como lesión patrimonial⁹⁶. De esta forma considerar como

⁸⁷ Salvo que se asumiera una variante radical del bien jurídico protegido, como la propuesta originalmente por KINDHÄUSER, centrándose en el *derecho a la verdad* en el tráfico negocial. BAJO, *Los delitos*, p. 28. No puede dejarse de lado que el mismo autor abandonó esta posición. KINDHÄUSER, “La estafa”, p. 109 (cita al pie número 40). Actualmente la articulación de la afectación de la libertad de disposición como eje del tipo implica el modelamiento del injusto de la estafa mediante la doctrina de la *obtención del fin* de la inversión, bajo un concepto funcional de patrimonio. KINDHÄUSER, “Concepto”, pp. 57-58. MAÑALICH, *Autotulela*, pp. 121-122.

⁸⁸ La consumación en un sentido formal, viene determinada solamente por el cumplimiento de la totalidad de los elementos del tipo, disociándose en determinadas estructuras delictivas de la consumación en sentido material. Por ende, la aplicación material del concepto de consumación dependerá de la concreta técnica legislativa empleada (v. gr. delitos de tendencia, delitos de estado, delitos de peligro, delitos de lesión, delitos permanentes, etc.). JAKOBS, *Derecho*, p. 855.

⁸⁹ SILVA SILVA, HERNÁN: *Las estafas. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 28. Aunque el autor señala que la estafa sería una forma particular de engaño, pero no todo engaño penalmente relevante sería una estafa, sino exclusivamente los que la Ley ha tipificado como tales [ello resulta claro tratándose de una de las modalidades de robo con violencia o intimidación en las personas del artículo 439]. SILVA, *Las estafas*, p. 82. Sin embargo, durante el desarrollo de la obra el autor utiliza indistintamente los conceptos de fraude y estafa impropia, por lo que la diferenciación se torna confusa ya que estaría asimilando a una estafa el delito de hurto de posesión, por ejemplo. Por lo que la distinción se asumirá estrictamente en el sentido de los elementos de la estafa.

⁹⁰ GARRIDO, *Derecho*, p. 363. ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 415. En el derecho español, por todos: QUINTANO, *Tratado*, pp. 707-708.

⁹¹ QUINTANO, *Tratado*, p. 709.

⁹² Crítica efectuada por SOLER. Citado en: DONNA, EDGARDO. *Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo II-B, 1ª Edición, Editorial Rubinzal - Culzoni, 2001, p. 383.

⁹³ ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 415.

⁹⁴ Opinión suscrita por POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, p. 450. DONNA, *Derecho*, p. 383.

⁹⁵ Así por ejemplo: “[S]e firme el finiquito de una deuda por engaño, el perjuicio se sufrirá de inmediato y en consecuencia el delito estará consumado, en tanto que si lo firmado es la compraventa de un inmueble, el perjuicio se producirá una vez que se inscriba la transferencia en el Conservador de Bienes Raíces, y recién en ese momento el bien saldrá del patrimonio del sujeto pasivo y se consumará el hecho”. GARRIDO, *Derecho*, p. 364. FONTÁN, *Derecho*, p. 562.

⁹⁶ Esta consideración sirve de base para que en el derecho argentino GONZÁLEZ ROURA sostenga que el delito se consuma con la mera suscripción del documento: “[S]i pues la obligación importe propiamente una amenaza de perjuicio, un daño en potencia, una seguridad patrimonial; esta inseguridad, ese perjuicio posible son tan serios, que bien pueden equipararse al daño efectivo, tratándose, como se trata, de la extorsión. Porque quien se obligó por temor, es casi seguro que no se defenderá y porque la prueba de la violencia para destruir las constancias de un documento es por demás difícil, de tal manera que prácticamente el perjuicio es casi siempre real”, citado en: DONNA, *Derecho*, pp. 382-383.

regla absoluta que la mera suscripción consume el tipo desvincularía al acto de su dimensión patrimonial como criterio de merecimiento de pena⁹⁷, pues no debería olvidarse que el delito consiste en defraudar a otro mediante la suscripción engañosa⁹⁸.

En segundo lugar, la estafa tipificada en el artículo 470 N° 6 del Código Penal consistente en emplear engaño en el acto de celebración de un contrato aleatorio, trata de aquella estafa específica que se fragua al momento de la celebración misma del contrato⁹⁹, pero como señala ETCHEBERRY, la interpretación sistemática de la norma implica necesariamente considerarla una estafa propia, por lo que la consumación debe situarse en el momento de la producción del perjuicio, no pudiendo validarse su consumación en el evento de la mera celebración del contrato¹⁰⁰.

En tercer lugar, la estafa del artículo 470 N° 7 del Código Penal consistente en el engaño empleado en juegos de naturaleza ilícita para asegurar la suerte, además de considerarse una estafa propia de carácter superflua y mal redactada, y sin perjuicio de su utilidad para considerar la protección penal del patrimonio aún tratándose de negocios ilícitos¹⁰¹, en el derecho español PUIG PEÑA ha planteado que se trataría de un delito de mera actividad y por ende de una estafa impropia, posición minoritaria¹⁰² y que contrasta con el carácter indiscutido en nuestro medio de delito de resultado como estafa propia, donde la consumación debe apreciarse en la producción del perjuicio y no en la ejecución de la trampa¹⁰³.

Sobre la base de lo anterior, como alternativa al esquema dogmático de naturaleza extralegal dominante, el tipo delictivo de los arts. 468 y 473 del Código Penal admitiría ser reconstruido como la simple descripción de la acción de *emplear engaño con ánimo de lucro*, constituyendo un delito formalmente de mera actividad y materialmente de peligro. Así, por ejemplo, desde el punto de vista lógico, la constatación del perjuicio patrimonial constituye sólo la valoración del estado de cosas ocasionado por el acto de disposición patrimonial¹⁰⁴, de manera que difícilmente puede hablarse de causalidad *stricto sensu* en la estructura resultativa del delito.

Defraudación, sobre la base de esta elaboración, podría considerarse como el acto de emplear fraude con ánimo de enriquecimiento. El injusto de la estafa estaría conformado por un ataque de significación patrimonial mediante el medio comisivo del engaño. La imputación subjetiva de la acción a título de dolo en conjunto con el elemento subjetivo de tendencia interna intensificada cubrirían y delimitarían la intención de obtener un desplazamiento patrimonial injusto, cuya obtención no constituye condición necesaria de punibilidad al considerar el tipo como una forma de adelantamiento de la protección del patrimonio, aunque sí baremo de penalidad de acuerdo a la concreta acción ejecutada. El acto jurídico constitutivo de este desplazamiento (disposición patrimonial) constituiría el concreto riesgo de lesión al patrimonio representado por el estafador, justificador de la relación de ofensividad con el bien jurídico, aunque se trataría de un evento desacoplado a la descripción legal cuya valoración negativa a título de perjuicio constituye un simple hecho, lo

⁹⁷ El hacer suscribir el documento sin vinculación a elementos sustanciales que determinen los resultados patrimoniales lesivos no cumple la previsión del tipo, pues tal acto sólo constituye algo meramente instrumental dado que el elemento rector de la estafa es la defraudación querida o lograda. QUINTANO, *Tratado*, pp. 708-709.

⁹⁸ FONTÁN, *Derecho*, p. 562.

⁹⁹ GARRIDO, *Derecho*, PIÑA, *Fraude*, p. 78. Ello se refuerza en la historia del Código Penal pues la Comisión Redactora habría considerado el caso del artículo 556 del Código de Comercio, que priva de la acción indemnizatoria al contratante que hubiere celebrado un seguro con conocimiento de la pérdida o salvación de la cosa (o sea, de que ya no existía el riesgo asegurado). ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 416.

¹⁰⁰ ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 416.

¹⁰¹ QUINTANO, *Tratado*, pp. 717-718. En el medio nacional, para LABATUT sólo podría tratarse de juegos lícitos, pues los arts. 1.466, 1.468 y 2.259 del Código Civil sancionan con nulidad absoluta la celebración de contratos sobre juegos de azar. En contra, GARRIDO y ETCHEBERRY lo hacen extensible a tales juegos. Como puede observarse, y sin que el marco positivo constriña a adoptar en forma concluyente alguna tesis, se trata de una discusión más profunda y no articulada respecto a este problema concreto, basada en la concepción de patrimonio que resulta operativa en el contexto del derecho penal y del criterio funcional a la determinación del perjuicio patrimonial. GARRIDO, *Derecho*, pp. 365-366. ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 417.

¹⁰² QUINTANO, *Tratado*, p. 718.

¹⁰³ GARRIDO, *Derecho*, p. 366. ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 417.

¹⁰⁴ VOGEL, "Estafa...", p. 48. ROJAS, "Perjuicio...", p. 423.

que no obsta que la teoría a que se adscriba para concebir el patrimonio condicione la articulación de los contornos de la acción típica antedicha.

Atendido el hecho de que en la estafa existe un amplio ámbito de competencia de la víctima para evitar la lesión patrimonial¹⁰⁵, estimar la consumación del delito con el despliegue del fraude con ánimo de enriquecimiento, permite acoplar la estructura de injusto de la estafa como delito de engaño¹⁰⁶ con la connotación patrimonial (subjettiva) que justifica su incorporación en el respectivo párrafo, por ende, sin desnaturalizar su contenido característico de antijuridicidad, sino más bien realizándolo. Lo anterior se fundamentaría en que el criterio de reconocimiento para la relevancia típica de la conducta gravite en torno al desvalor de acción, esto es, el engaño. Esta pauta interpretativa permite explicar, más allá de una caracterización histórica, la ordenación de las modalidades de estafa a partir del tipo de engaño empleado, particularmente tratándose de los casos agravados: engaño mediante la entrega defectuosa de cosa debida (o fraude en la entrega) aplicable a traficantes y plateros/joyereros¹⁰⁷ (artículos 469 N° 1 y 2 del Código Penal); engaño mediante la alteración de la rendición de cuentas por un comisionista (artículo 469 N° 3 del Código Penal) y por un capitán de buque¹⁰⁸ (artículo 469 N° 44 del Código Penal); engaño consistente en aparentar una situación falsa de cohecho activo¹⁰⁹ o de estafa con causa ilícita para la lógica naturalística del planteamiento de POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ¹¹⁰ (artículo 469 N° 5 del Código Penal). Adicionalmente, implica fundamentar la existencia del engaño mediante la celebración de contrato simulado (artículo 471 N° 2 del Código Penal) como tipo privilegiado de estafa, otorgando luces acerca del fundamento subyacente a la penalidad de un solo grado de la denominada estafa residual (artículo 473 del Código Penal) en atención a la menor entidad del desvalor de acción, circunstancia que realza interpretar los medios comisivos de la estafa genérica del artículo 468 del Código Penal como bastante menos exigentes que una verdadera puesta en escena¹¹¹.

2.4. Objeciones a la propuesta

Las principales dificultades evidentes que implica la consideración de una estructura de peligro y de mera actividad pueden enumerarse de la siguiente forma: (1) El sistema de determinación de la pena del delito vinculado al monto de la defraudación; (2) las limitaciones que implica

¹⁰⁵ PIÑA, *Fraude*, p. 55.

¹⁰⁶ ROJAS, "Falsedad", pp. 545-549.

¹⁰⁷ En ambos casos la agravación se fundamenta en una especie de alevosía de parte de los sujetos activos [en su modalidad de actuación sobre-seguro] en relación a que debido a su grado de especialización, difícilmente las víctimas podrán percatarse del engaño. Por todos: MERA, *Fraude*, pp. 309-311, 314-315.

¹⁰⁸ La doctrina mayoritaria en Chile identifica este delito como un fraude por abuso de confianza, y por ende, un tipo distinto a la estafa. GARRIDO, *Derecho*, pp. 382-386. ETCHEBERRY, *Derecho*, pp. 435-438. POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, pp. 452-453. SILVA, *Las estafas*, pp. 98-99. Sin perjuicio de ello, HERNÁNDEZ acertadamente explica que el delito consiste en defraudar al mandante mediante un engaño al momento de rendirle cuentas: los comisionistas alteran precios y condiciones en sus cuentas, en tanto que los capitanes de buque suponen gastos o los exageran, también en sus cuentas, y de este modo lo defraudan. De esta forma el engaño no se castiga como acto de abuso de confianza, pues si el comisionista en vez de mentir exhibe las cuentas verdaderas, no se realiza el tipo delictivo. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: "La administración desleal en el derecho penal chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXVI, 2005, pp. 203-204. En este sentido, el delito del artículo 470 N° 2 sería el único tipo penal de administración desleal de patrimonio ajeno consagrado en el Código Penal. Se trata precisamente de efectuar actos de disposición en nombre del naviero no autorizados legalmente, afectando con eso el patrimonio de aquél, sea reduciendo su activo, como ocurre con la venta o gravamen del buque, sea aumentando su pasivo, como pasa con el giro de letras a su cargo. A la ley le basta con estos excesos para imponer sanciones. No se necesita nada más, particularmente no se necesita engaño de ningún tipo. HERNÁNDEZ, "La administración", p. 204. Como se observa, el fundamento de agravación consiste en el contexto de ejecución del engaño, esto es con ocasión de una administración encomendada, a nuestro juicio, especie de prevalimiento del sujeto activo que incrementaría el desvalor objetivo (o peligrosidad) de la acción. Se trata entonces de una estafa propia, con estructura de resultado (que se vería frustrado por ejemplo, si el mandante descubre el ardid antes del acto de disposición patrimonial).

¹⁰⁹ Se argumenta como fundamento de agravación la ofensa al honor del empleado público aludido por el engaño, lo que explica la mención a la eventual acción de calumnia por la falsa imputación. GARRIDO, *Derecho*, p. 362. QUINTANO, *Tratado*, p. 809. Sin embargo, consideramos que existe un problema relativo al principio *ne bis in idem* de considerar un concurso entre ambos delitos, el que generalmente será en unidad de hecho (concurso ideal), pues si la agravación de la estafa se basa en la afectación del honor del funcionario, esa propiedad del hecho no podría volver a utilizarse para fundamentar la imputación por el delito de calumnia sin infringir la prohibición de doble valoración. Una situación no explorada significaría atribuir una dimensión abstracta de lesividad a tal circunstancia, de manera que la afectación a otro interés (como la confianza en la Administración Pública) se viese afectada.

¹¹⁰ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, p. 456.

¹¹¹ HERNÁNDEZ, "Aproximación", pp. 161-162.

la estructura de mera actividad¹¹² (la construcción interpretativa de un delito impropio de omisión y la delimitación entre la tentativa acabada e inacabada); (3) la legitimación de la incriminación de la mera puesta en peligro del patrimonio individual (tentativa).

2.4.1. *El sistema de determinación de la pena del delito de estafa*

Con la salvedad de la interpretación del delito de celebración de contrato simulado del artículo 471 N° 2 como modalidad específica privilegiada de estafa¹¹³, pues la disposición sanciona la conducta con la pena alternativa de presidio o relegación menor en su grado mínimo o multa de 11 a 20 UTM, y la denominada estafa residual del artículo 473¹¹⁴, el primer inconveniente que presenta esta concepción del delito es la expresa disposición legal del artículo 467 del Código Penal que regula la penalidad de la estafa acorde al monto de la defraudación o al valor de la cosa defraudada. La lectura más evidente de esta circunstancia es identificar a la defraudación como resultado, en el sentido de la transformación de un estado patrimonial en otro (más allá de lo que se entienda por perjuicio patrimonial) que funge como núcleo de injusto, y por ende, de merecimiento de pena. Sin embargo, que la determinación de la pena del delito de estafa se vincule a un evento carente de significación para el tipo objetivo, esto es, la valoración económica del acto de disposición patrimonial de acuerdo al artículo 467, consideramos que no dificulta en extremo su interpretación como delito de mera actividad, a pesar de que el legislador explícitamente habría declarado que el quantum acerca del merecimiento de pena se basa en la entidad de la lesión al bien jurídico. Así por ejemplo, tratándose del delito de hurto, se critica el modelo de las cuantías por enfocarse exclusivamente en el desvalor de resultado y que generaría problemas respecto a la imputación subjetiva de la conducta¹¹⁵.

¹¹² ACALÉ, “Los delitos...”, pp. 31-39.

¹¹³ En doctrina se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de este delito, sobretudo a partir de su delimitación con el delito concursal del artículo 466 inciso II. En detalle: MILLÁN GUTIÉRREZ, Iván: *Tratamiento penal del contrato simulado*, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Penal, Universidad de Chile, 2011, pp. 11-35. En realidad, en realidad pareciera que, siguiendo el modelo de tipificación originario del Código Penal, se trataría exclusivamente de modalidades de comisión específicas [y por ende superfluas] de los delitos de alzamiento de bienes, estafa y administración desleal. MILLÁN, *Tratamiento*, pp. 36-38. Aunque más adelante el autor suscriba la opinión de que la utilidad de la tipificación autónoma del delito consiste en configurar una estafa impropia, pues en estricto rigor no se verificaría error alguno en la víctima, la que efectuaría el acto de disposición solamente a consecuencia de la celebración del contrato simulado por los hechos, quienes estarían plenamente concertados. MILLÁN, *Tratamiento*, pp. 39-40. Asume esta posición explícitamente ETCHEBERRY, para quien se trataría de un fraude impropio pues no existiría engaño ni abuso de confianza, por lo que las partes contratantes buscarían solamente la creación de una situación que se desea mantener oculta, pero no provocar una disposición patrimonial en un tercero. ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 442. Pero ambos autores desconocen que, como delito de participación necesaria, la celebración misma constituye el engaño a un tercero ajeno a la convención, confundiendo la eventual disposición patrimonial entre los simuladores que sirve de base para la construcción del engaño, con la disposición por error que genera este mismo ardid. En general, la discusión estriba en la articulación de lo que ha de comprenderse como acto de ejecución en relación a las reglas de intervención múltiple, particularmente la coautoría. En palabras de CREUS: “son en sí arditos que causan perjuicio o que pueden emplearse como medio de maniobras engañosas que induzcan en error a la víctima para hacerle disponer de su propiedad de modo no compensatorio. En un caso, la simulación es un engaño, en el segundo integra el engaño”, citado en: DONNA, *Derecho*, p. 398. Por ende, se trata de una estafa propia en que las partes contratantes utilizan el contrato simulado para defraudar a un tercero ajeno a la relación jurídica originaria fundante del engaño. FONTÁN, *Derecho*, pp. 565-567. De esta manera, de no existir como tipificación autónoma, consideramos que cabría dentro de las hipótesis del artículo 468 (aparentar negociaciones imaginarias), circunstancia que no justifica el tratamiento privilegiado que ostenta inclusive ante la estafa residual. MILLÁN, *Tratamiento*, p. 35.

¹¹⁴ La disposición ha generado polémica en atención a la garantía de determinación de la ley penal en tanto concreción del principio constitucional de legalidad por su naturaleza de cláusula analógica. QUINTANO, *Tratado*, pp. 810-818. Sin perjuicio de ello, se considera que se trataría de una estafa propia cuya delimitación con la estafa genérica del artículo 468 resulta problemática. ETCHEBERRY establece los campos de aplicación mediante la consideración de la entidad del engaño, por lo que la estafa del artículo 473 debería ser menos que un ardid cuya aparición externa constituya las modalidades del artículo 468 y más que una simple mentira. ETCHEBERRY, *Derecho*, p. 422. GARRIDO por su parte rechaza esta consideración pero sin aportar un criterio explícito. GARRIDO, *Derecho*, p. 369. Sin embargo, el mismo artículo 468 aludiría a engaños de naturaleza tan burda, lo que sumado a la tipificación en el Código Penal de diferentes formas de ataque basadas en la sola mentira, al menos permiten cuestionar en forma bastante creíble la opinión mayoritaria acerca de la falta de aptitud de la mentira como engaño típico, por lo que el criterio tradicional de ETCHEBERRY decaería. HERNÁNDEZ, “Aproximación”, pp. 161-162. En todo caso se trata de una defraudación por engaño, lo que deriva de la interpretación del concepto de fraude como causación de un perjuicio patrimonial. Sistemáticamente la alusión al que (alternativamente) perjudicare a otro mediante engaño, no puede considerarse como la producción de un perjuicio no patrimonial para intentar dotar de contenido a la expresión (es decir como la causación de daños –en sentido amplio– por engaño), pues ello privaría a la disposición del contenido material de antijuridicidad fundado en la afectación del patrimonio. QUINTANO, *Tratado*, p. 812. Todo lo cual produciría un quiebre dentro del sistema de la Parte Especial donde el engaño en sí mismo no constituye un núcleo independiente de injusto (a diferencia por ejemplo de la coacción) digno de merecimiento de pena, sino un modo de ataque contra otros núcleos de injusto. MAÑALICH, *Autotutela*, p. 122.

¹¹⁵ OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO: *Delitos contra la propiedad*, Editorial Legal Publishing, 2013, pp. 158-159.

Sin embargo, en materia de estafa, a diferencia del hurto, la conducta no se refiere a la defraudación sobre cantidades indeterminadas (como lo sería una apropiación furtiva de lo todo lo que se encontrare *a mano*), por lo que bastaría ser valorado ya en principio como representación propia de la imputación por dolo y por ende correlato del desvalor subjetivo de la acción, mientras que la alusión al perjuicio patrimonial como “el valor de la cosa defraudada”, resulta interpretable también como la suma por la cual el estafador ha realizado la conducta constitutiva de la antijuridicidad penal del comportamiento a título de peligro, reflejo de la imputación subjetiva: el lucro proyectado. Así, basta reconocer que en la imputación subjetiva a título de dolo ya se identificaría la voluntad defraudatoria hacia una determinada porción patrimonial de ataque, pues la representación (y voluntad) del empleo del engaño incorporaría suficientemente el concreto objeto de la acción a la capacidad cognitiva del agente, lo que permitiría fundamentar el reproche por el eventual desplazamiento patrimonial posterior. De esta forma, bajo el modelo tradicional y la aplicación de la pena del artículo 467 del Código Penal respecto a una situación de tentativa, “para determinar qué clase de delito habría constituido la respectiva estafa consumada, de haberse satisfecho las condiciones de su realización completa, lo cual incluye el perjuicio, ha de tomarse, como punto de referencia, la hipótesis de estafa que de hecho se habría realizado si el perjuicio en cuestión se hubiera producido, tal como se lo representó la imputada”¹¹⁶.

2.4.2. Limitaciones que impone la estructura material de mera actividad

En primer lugar, la doctrina ampliamente dominante excluye la posibilidad de configurar por vía interpretativa un delito impropio de omisión a las estructuras típicas de mera actividad, tanto por razones materiales como formales¹¹⁷, lo que contrasta con el no menos discutido desarrollo dogmático al respecto¹¹⁸, particularmente al seno de la (moderna) teoría de la imputación objetiva en torno a esta posibilidad bajo el esquema tradicional, sin perjuicio de que la incidencia práctica de esta limitación constituya una circunstancia de menor relevancia¹¹⁹.

En segundo lugar, en la medida de que se asuma la correspondencia entre tentativa estricto sensu y tentativa inacabada, y frustración y tentativa acabada, en los delitos de mera actividad cabría reconocer que sólo se podría verificar el estadio de tentativa inacabada, pues la ejecución completa de la acción típica bajo el modelo propuesto implicaría necesariamente su consumación¹²⁰. Sin perjuicio de ello, en el derecho chileno, a partir de la segunda tipificación del controvertido delito-falta de hurto, conceptualmente se ha producido una corriente, inicialmente jurisprudencial, que intenta articular una solución dogmáticamente satisfactoria para considerar el estadio de frustración en estructuras de mera actividad¹²¹.

2.4.3. La legitimación de la incriminación de la mera puesta en peligro del patrimonio individual (tentativa)

Si la conducta formal de la estafa entonces se configura como la descripción del evento de engañar a otro con ánimo de lucro, en principio se producen dificultades al momento de su defini-

¹¹⁶ MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 3, 2013, p. 282.

¹¹⁷ En detalle: SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1ª Edición, Editorial Bosch, 1986, pp. 350-359.

¹¹⁸ HERNÁNDEZ, “Aproximación”, pp. 164-166; PIÑA, *Fraude*, pp. 83-86.

¹¹⁹ Circunstancia que implica la tarea aún pendiente de la revisión acerca del estado de cosas en la jurisprudencia nacional, extremadamente excepcional inclusive a nivel de delitos tradicionales como el homicidio.

¹²⁰ MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004.

¹²¹ En detalle: OLIVER, *Delitos*, pp. 122-127. Inicialmente: RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia: “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXVI, 2005, pp. 133-141.

ción material. Pues la inclusión de un elemento de tendencia interna trascendente (o de esta función incluida en aquel), recortando determinado evento del tipo objetivo, consiste precisamente en una técnica legislativa orientada al adelantamiento de punibilidad ya que el sujeto sólo debe ya esperar el acaecimiento del resultado que vendría a identificar la lesión del bien jurídico¹²².

Lo anterior significa necesariamente interpretar a la estafa como un delito de peligro concreto para el patrimonio, dado que lo contrario, es decir, considerar la lesión de un bien jurídico con la sola ejecución del engaño significaría deslindar a la estafa de una connotación estrictamente patrimonial, vía el establecimiento de un bien jurídico adicional¹²³ o en reemplazo del patrimonio individual en sentido estricto. Pues inclusive vía la asunción de una teoría del patrimonio distinta al concepto mixto, sea entendido bajo una teoría *personal*¹²⁴ o una teoría *funcional*¹²⁵, tanto la frustración del fin de la disposición patrimonial como la merma de la capacidad patrimonial resultante, se encontrarían materialmente en grado de tentativa, por lo que la consumación del tipo sólo constituiría un estadio de peligro para el patrimonio del engañado.

De esta forma, la forma más plausible de valorar el perjuicio patrimonial bajo una estructura formal de mera actividad, al parecer, consiste en constreñir la estructura material a un delito de peligro concreto. La lesión al patrimonio no sería otra cosa que un evento extra-típico, por lo que el *hecho* de haber acaecido un perjuicio en el patrimonio de la víctima sólo cobraría relevancia como *evento* a partir de las reglas generales sobre responsabilidad civil delictual.

Ahora bien, la consideración de la estafa como delito de peligro concreto supone dos dificultades vinculadas a la relación de lesividad.

En primer lugar, esta interpretación implicaría justificar la protección anticipada de un bien jurídico instrumental en forma similar a los intentos de legitimación de los delitos contra el patrimonio público, cuyo distinto nivel de operación admitiría mayor tolerancia ante el distanciamiento de la lesión como paradigma de injusto¹²⁶.

En segundo lugar, se generan problemas para legitimar la incriminación del estadio de la tentativa (inacabada, según se dijo). Ello por cuanto predomina en la doctrina la consideración de las denominadas *teorías de la peligrosidad* para justificar el castigo de la tentativa, esto es, la creación de un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico apreciable desde una perspectiva *ex-ante*¹²⁷, situación que implicaría que una tentativa de estafa bajo el modelo propuesto constituiría un delito aparentemente de peligro abstracto contra el patrimonio individual, cuya carga de legitimación material difícilmente resultaría conciliable con un modelo de derecho penal nuclear (o liberal en sentido clásico).

Sin embargo, este problema resulta condicionado por la adscripción a determinadas formas de interpretar el delito como constructo jurídico. Pues a partir de ciertas vertientes de las deno-

¹²² GIL GIL, "El concepto", p. 110 (cita al pie número 19).

¹²³ Así para MEZGER "la estafa es, en primer término, un delito contra el patrimonio, pero es también *al mismo tiempo*, un delito de falsedad en sentido amplio, esto es, una violación del deber de veracidad que es *punible* por cuanto afecta al tráfico jurídico patrimonial". MEZGER, *Derecho*, p. 297.

¹²⁴ GALLEGO, *Responsabilidad*, pp. 366-380.

¹²⁵ KINDHÄUSER, "Concepto", pp. 57-58. MAÑALICH, *Autotutela*, pp. 112-122.

¹²⁶ El concepto *paradigma de la agresión* fue acuñado por KINDHÄUSER para denominar el esquema rector mayoritario (dual) acerca del contenido de la antijuridicidad material. De esta forma el paradigma de afección de un bien jurídico es el perjuicio directo de su propia substancia (lesión), mientras que la generación de una condición de riesgo (de lesión), corresponde a una sub-especie de injusto accesorio al injusto paradigmático o central, sobre el que pesa una (urgente) carga de legitimación, que se acrecienta si el objeto tutelado corresponde a un estado de cosas "espiritualizado". KINDHÄUSER, Urs. "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1 (2009), pp. 7-10.

¹²⁷ MAÑALICH, "La tentativa", pp. 140-141. Así la aplicación de la tesis sobre la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, en tanto juicio de adecuación típica de una conducta, se trasladaría a la teoría de la tentativa en forma "casi como paralela y automática, puesto que la tentativa consiste precisamente en la realización de una conducta delictiva que no desemboca en un resultado, es decir, coincide, en su parte objetiva, con lo que hemos llamado la creación de un riesgo típicamente relevante". ALCÁCER, "El juicio", p. 496.

minadas *teorías de la expresión*¹²⁸, si la tentativa se construye como un error de tipo al revés no sólo en un sentido descriptivo, sino que dogmáticamente basado en la distinción analítica entre normas de comportamiento y reglas de imputación, el injusto de la tentativa ha de fundamentarse como una estructura de responsabilidad subsidiaria basada en la satisfacción de las reglas de imputación (en sentido tradicional: tipo subjetivo y culpabilidad) sin verificación de antinormatividad (realización del tipo)¹²⁹, esto es, con independencia de la relación de lesividad al faltar la realización típica, sino más bien por expresión del solo injusto de la acción: el intento de perjudicar.

3. SÍNTESIS

La alternativa de reconstrucción dogmática del tipo de estafa consiste en admitir su conceptualización como la descripción de la acción de *emplear engaño con ánimo de lucro*, constituyendo un delito formalmente de mera actividad y materialmente de peligro.

La estructura formal implica que el acto jurídico de disposición patrimonial constituiría el concreto riesgo de lesión al patrimonio representado por el estafador, recortado por un elemento de tendencia interna trascendente (ánimo de lucro), que funge como baremo de penalidad de acuerdo a la concreta acción ejecutada acorde a los parámetros del artículo 467 del Código Penal. De esta forma la consumación formal del delito se configura con la ejecución de la acción típica de engaño, mientras que la consumación material generaría una etapa de terminación (o fase de agotamiento), que se prolongaría hasta la verificación del acto de disposición patrimonial¹³⁰, recortado vía su consideración previa en el ánimo de lucro.

La relevancia jurídico-penal de esta fase de agotamiento radicaría en que de verificarse el evento de la disposición patrimonial, como resultado extra-típico, habilitaría la consideración de su concreta repercusión en el sujeto pasivo mediante la regla sobre individualización judicial de la pena exacta establecida en el artículo 69 del Código Penal, desvinculando o abriendo la puerta para la consideración de teorías alternativas para la evaluación del contenido del perjuicio patrimonial distintas a los predominantes modelos jurídico-económicos. La relevancia jurídica general de la etapa post-consumativa¹³¹ radica en que de verificarse la disposición patrimonial, esta configuraría un hecho ilícito doloso como fuente de la obligación de indemnizar todo daño imputable a malicia, según las reglas generales de la responsabilidad civil establecidas en el Título XXXV CC.

De esta forma, el centro del contenido de injusto del delito de estafa gravitaría, bajo la nomenclatura tradicional, en torno al desvalor objetivo de la acción¹³², entendido como la ejecución del engaño típico. Esta consideración puede tener relevancia para la reconstrucción dogmática y

¹²⁸ JAKOBS, *Derecho*, pp. 863-866. El modelo paradigmático se basa en el funcionalismo radical, el que fomentaría una apreciación sólo cuantitativa y no cualitativa entre tentativa y consumación. MAÑALICH, "La tentativa", pp. 145-146.

¹²⁹ MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: "Norma e imputación como categorías del hecho punible", *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 12, 2010, pp. 184-185.

¹³⁰ Siguiendo a HRUSCHKA, nos referimos a la terminación del delito (o consumación en sentido material) en relación al punto temporal en el que cesa toda la antijuridicidad del hecho penal (máxima gravedad lesiva de su propio injusto), y no a la etapa posterior a la consumación en sentido formal. BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO: "La terminación del delito", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVII, Fasc. I, 1995, p. 137. La consumación en un sentido formal, viene determinada solamente por el cumplimiento de la totalidad de los elementos del tipo, disociándose en determinadas estructuras delictivas de la consumación en sentido material. Por ende, la aplicación material del concepto de consumación dependerá de la concreta técnica legislativa empleada (por ejemplo: delitos de tendencia, delitos de estado, delitos de peligro, delitos de lesión, delitos permanentes, etc.). JAKOBS, *Derecho*, p. 855.

¹³¹ La relevancia jurídico-penal de la etapa post-consumativa (o terminación) en determinadas estructuras típicas que la consideran en su descripción, forma parte de los presupuestos de punibilidad y tiene consecuencias en la responsabilidad penal, como por ejemplo, la posibilidad de configurar un concurso ideal de verificarse un segundo delito. MAÑALICH, "La tentativa", p. 162. En detalle: BORJA, "La terminación", pp. 167-185.

¹³² Esta consideración permite explicar (no así justificar) que el tratamiento de la estafa residual del artículo 473 del Código Penal imponga una sanción única a toda defraudación por engaño que no se encuadre típicamente en los supuestos de los arts. 467 y ss. Ello pone de relieve la eventual predominancia valorativa en torno a la acción típica y no estrictamente al resultado jurídico. Una manifestación de lo anterior, por ejemplo, es la interpretación del perjuicio en el delito de apropiación indebida como mera condición objetiva de punibilidad. POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, p. 460.

sistematización de los fraudes por engaño contra el patrimonio individual tipificados en el Código Penal, en la debida articulación del contenido de injusto que justifica la existencia de tipos agravados (como las situaciones de engaño en la rendición de cuentas) y privilegiados (por ejemplo, un determinada interpretación del otorgamiento de contrato simulado como estafa privilegiada), y en la solución de otros problemas dogmáticos como por ejemplo, en la eventual configuración de un concurso de delitos entre una estafa genérica del artículo 468 y una estafa agravada de las tipificadas en el artículo 469.

Por otra parte, la consideración material de la estafa como un delito de peligro admite la restricción de la viabilidad de la construcción de una tentativa punible, al menos bajo la comprensión mayoritaria de su justificación basada en las denominadas nuevas teorías de la peligrosidad¹³³, dado que el distanciamiento del hito de lesión del patrimonio implicaría asumir su procedencia como un delito de peligro abstracto (instancia de riesgo del peligro concreto que significa la consumación formal del engaño).

Desde un punto de vista negativo, quedaría excluida la posibilidad de elaborar interpretativamente una realización por omisión impropia, así como en principio, su verificación en estadio de frustración. Se trataría necesariamente de un caso de adelantamiento de la punibilidad, cuya legitimación se encuentra pendiente.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA: “Los delitos de mera actividad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 10, 2002.

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL: “El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, Fascículo II, 1996.

ANTÓN ONECA, JOSÉ: “Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la jurisprudencia”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IX, 1957.

BACIGALUPO, ENRIQUE: “Principios de Derecho Penal, Parte General”. 5ª edición. Akal, Madrid, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial Universitaria Ramón Erecas, 2004.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “Delitos contra intereses instrumentales”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1, 2004.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “El robo como coacción”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, 2002.

BOBBIO, NORBERTO: “La razón en el Derecho. (Observaciones preliminares) (traducción de Alfonso Ruiz Miguel), Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2 (1985), ps. 17-26.

BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO: “La terminación del delito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVII, Fasc. I, 1995.

¹³³ ALCÁCER, “El juicio”, pp. 501-506. No así como se dijo, mediante la articulación de las denominadas teorías de la expresión modificadas por un modelo analítico del hecho punible (tentativa como error al revés en sentido estricto).

BOTTKE, WILFRIED: “¿Qué es o a qué se le llama estafa?”, *Revista de Derecho Penal: Estafas y otras defraudaciones*, N° 2, 2000.

BULLEMORE GALLARDO, VIVIAN; MACKINNON ROEHRS, John: *Curso de Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo III, 1ª Edición, Editorial Lexis Nexis, 2005.

CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO: *El delito de estafa*, Editorial Juritexto, Costa Rica, 2001.
DE LA VEGA MARTINIS, ORLANDO: *El delito de omisión y su explicación causal*, Editorial Temis, Colombia, 2010.

DONNA, EDGARDO. *Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo II-B, 1ª Edición, Editorial Rubinzal - Culzoni, 2001.

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Derecho Penal: Parte Especial*, 17ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, 2008.

GALLEGO SOLER, JOSÉ-IGNACIO: *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, España.

GARRIDO MONTT, MARIO: *Derecho Penal Parte General: Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Tomo II, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

GARRIDO MONTT, MARIO: *Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo IV, 4ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

GIL GIL, ALICIA: “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No 6, 2000.

HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR: “Aproximación a la problemática de la estafa”, *Problemas actuales de Derecho Penal*, Editorial Universidad Católica de Temuco, Chile, 2003.

HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR: “La administración desleal en el derecho penal chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXVI, 2005.

HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”. *Política criminal.*, N° 5, 2008, A2-5.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª Edición, Editorial Marcial Pons, España, 1997.

JESCHECK, HANS – HEINRICH; WEIGEND, THOMAS: “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, Trad. De Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, Granada, 2002

KINDHÄUSER, URS: “Acerca del concepto jurídico penal de acción”, *Cuadernos de Derecho Penal*, N° 7, 2012.

KINDHÄUSER, URS: “Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el Derecho Penal”, *Anuario de Derecho Penal económico y de la empresa*, N° 1, 2011.

KINDHÄUSER, URS: “La estafa como aut oría mediata tipificada”, *Estudios de Derecho Penal patrimonial*, Editorial Grijley, Perú, 2002.

KINDHÄUSER, URS: “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, In Dret, N°1, Barcelona, 2009.

MALDONADO FUENTES, FRANCISCO: “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, 2006.

MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 3, 2013.

MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004.

MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12, 2010.

MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propiedad y el patrimonio*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2009.

MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO: *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Editorial Marcial Pons, España, 2014.

MERA FIGUEROA, JORGE: *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta*, 2ª Edición, Editorial Cono Sur, Chile, 2001.

MEZGER, EDMUND: *Derecho Penal. Parte Especial. Libro de Estudio*, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1959.

MILLÁN GUTIÉRREZ, IVÁN: *Tratamiento penal del contrato simulado*, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Penal, Universidad de Chile, 2011.

OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO: *Delitos contra la propiedad*, Editorial Legal Publishing, 2013.

PIÑA ROCHEFORT, JUAN IGNACIO: *Fraude de seguros. Cuestiones penales de técnica legislativa*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

POLITOFF, SERGIO. “*El delito de apropiación indebida*”, Nacimiento, Santiago, 1957.

POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO: *Los elementos subjetivos del tipo legal*, 2ª Edición, Editorial B de F, 2008.

POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Infracciones patrimoniales de apoderamiento*, Tomo II, 2ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, España, 1977.

RAMÍREZ GUZMÁN, MARÍA CECILIA: “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº XXVI, 2005.

ROJAS AGUIRRE, LUIS EMILIO: “Falsedad documental como delito de engaño”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 41, Nº 2, 2014.

ROJAS AGUIRRE, LUIS EMILIO: “Historia dogmática de la falsedad documental”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº XXXIX, 2012.

ROJAS AGUIRRE, LUIS EMILIO: “Perjuicio patrimonial e imputación objetiva”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº XXXVII, 2011.

ROMERO, GLADYS: *Los elementos del tipo de estafa*, Editorial Lerner, Argentina, 1985.

ROXIN, CLAUDIUS: *Derecho Penal Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, T. I, 1ª Edición, Editorial Civitas, España, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1ª Edición, Editorial Bosch, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2ª Edición ampliada y actualizada, Editorial B de F, 2010.

SILVA SILVA, HERNÁN: *Las estafas. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

STRATENWERTH, GÜNTHER. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, Editorial Aranzadi, España, 2005.

VARGAS PINTO, TATIANA: “Daño del engaño en documentos privados. Aproximación al perjuicio en la falsificación de instrumentos privados”, *Revista de Derecho*, Volumen XXIV, Nº 2, 2011.

VILA MAYO, JUAN EMILIO: “Ensayo sobre la estructura del Delito de Estafa”, *Revista General de Derecho*, Nº 520-521, 1988.

VOGEL, JOACHIM: “Estafa en la UE”, en: ARROYO ZAPATERO, LUIS; NIETO MARTÍN, ADÁN (coords.): *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: Eurodelitos de corrupción y fraude*, Editorial Servicio de publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, España, 2006.

NATURALEZA DE LA ACCIÓN POR PROVECHO DE DOLO AJENO, A PROPÓSITO DEL CASO AC INVERSION

NATURE OF THE ACTION BY BENEFIT OF OUTSIDE DOLO, THE CASE AC INVERSIONS

DANILO I. CARVAJAL ROMERO*
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
CHILE

PUBLICACIÓN POR HABER OBTENIDO PRIMER LUGAR EN CONGRESO REGIONAL ESTUDIANTIL DE DERECHO CIVIL UCSC, AÑO 2016, ORGANIZADO POR GRUPO INTERMEDIO *IURANOVIT* DE LA FACULTAD.

RESUMEN: El tema de la naturaleza de la acción por provecho del dolo ajeno es un asunto muy controvertido; entre si es una acción de indemnización o una acción de restitución, ya que tiene efectos prácticos muy diversos. Pero cuando tomó un interés jurisprudencial fue en el caso Inverlink, donde la Corporación de Fomento se vio obligada a demandar civilmente a todos aquellos inversionistas (ajenos al grupo Inverlink) que retiraron sus inversiones de manera anticipada, sin saber que el dinero con el que se concretaron esos rescates fueron fondos sustraídos a la CORFO. Es por ello que conviene revisar la importancia de esta acción, su discusión alrededor de su naturaleza jurídica, lo que estableció la Corte Suprema a su respecto, para después finalmente analizar si procede o no esta acción para el caso AC Inversions, que explotó en Marzo de este año, de naturaleza similar en cierto modo al caso Inverlink.

PALABRAS CLAVE: Dolo ajeno - indemnización - restitución - AC Inversions - naturaleza jurídica.

ABSTRACT: *The subject of the nature of the action for the benefit of the other's deceit is a very controversial subject; Between them is an action for compensation or a restitution action, since it has very different practical effects. When it took a jurisprudential interest was in the Inverlink case, where the CORFO was forced to civilly sue all those investors (outside the Inverlink group) who withdrew their investments in advance, not knowing that the money with which they materialized these rescues were funds subtracted from CORFO. That is why it is important to review the importance of this action, its discussion on its legal nature, which established the Supreme Court in its regard, and then finally analyze whether or not this action for the case AC Inversions, which exploded in March This year; similar in nature to the Inverlink case.*

KEY WORDS: *Dolo ajeno - compensation - restitution - AC Inversions - legal nature.*

*Alumno de pregrado de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: dcarvajal@udd.cl

INTRODUCCIÓN

La acción por provecho del dolo ajeno la podemos encontrar en el artículo 2316 inciso segundo del Código Civil que nos establece que “*El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, solo es obligado hasta la concurrencia de lo que valga el provecho*”. De manera que corresponde analizar la acción por provecho del dolo ajeno a raíz de la jurisprudencia nacida a propósito del caso Inverlink, para poder utilizarlo en casos futuros, como al caso de AC Inversions que apareció en Marzo del presente año (2016).

Este trabajo tendría la siguiente orientación: (I) Comenzaremos analizando la acción por provecho del dolo ajeno como una acción indemnizatoria; (II) Seguido de la acción por provecho del dolo ajeno como una acción in rem verso o restitutoria. (III) Para continuar analizando la naturaleza de esta acción establecida por la jurisprudencia a propósito del caso Inverlink; (IV) Todo lo analizado hasta ahora, es suficiente para comenzar a analizar el caso AC Inversions a la luz de lo estudiado; (V) Y finalmente terminaremos con unas palabras conclusivas determinando la naturaleza de esta acción a propósito del caso Inverlink.

I. ACCIÓN POR PROVECHO DEL DOLO AJENO COMO UNA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

Para comprender la naturaleza de esta acción, es menester empezar a conocer una cara de esta moneda, y esta cara sería el considerar esta acción como una acción indemnizatoria. Siendo su lado opuesto en esta discusión doctrinaria el considerarla una acción restitutoria.

En favor de esta doctrina encontramos al profesor Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, que nos dice que “*la acción contenida en el artículo 2316 inciso 2º es una acción de indemnización de perjuicios, pero fundamentado en el enriquecimiento injusto y además en el dolo. Aunque limitada al monto del provecho que el tercero obtuvo del dolo*”¹.

Enriquecimiento injusto en cuanto la persona que lo sufre no está obligado jurídicamente a soportar dicho perjuicio, y además se exige dolo, puesto que la propia norma así lo establece (exigir menos, como la culpa, sería interpretar la norma más allá de lo que el legislador estableció expresamente)

“*Esta tiene por causa un delito civil específico, lo que atribuye a una acción de evidente carácter reparatorio extracontractual*”². Esto incluso pudiese llegar a ser más simple el análisis de porque considerar extracontractual esta acción, ya que no existiere ningún vínculo contractual entre la persona que obtuvo este provecho y quien lo sufrió.

Pero no obstante a ello, el profesor DOMÍNGUEZ establece que la “*responsabilidad del tercero nace como resultado del dolo de quien cometió el delito y para establecer la existencia de este último elemento es necesario que se acredite el dolo*”³.

No es una acción fundada en el solo enriquecimiento sin causa. Puesto que la doctrina que considera esta acción como una acción restitutoria o in rem verso considera esta acción solo en el enriquecimiento sin causa.

Al ser una acción indemnizatoria, es principal (a diferencia de la in rem verso o restituto-

¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2009) p. 218.

² DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2009) p. 219.

³ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2009) p. 220.

ria, que esta es considerada subsidiaria por aquella doctrina) “*Porque existe una diferencia esencial entre ambas. La acción de la víctima de dolo persigue el cumplimiento de una obligación legal directa que el legislador consagra expresamente y que por tanto, no es subsidiaria*”⁴. Es por ello que es esencial la distinción entre una acción indemnizatoria y restitutoria, ya que podremos ejercer esta acción directamente ante el tribunal competente, o bien, siempre debe ser subsidiaria a otra acción principal para el caso en que lo consideremos una acción restitutoria. Al respecto no es necesario que se haya establecido en un juicio aparte, pues la ley nada dice a este respecto.

Es por ello que siguiendo esta doctrina podremos entablar directamente esta acción sin necesidad de acudir previamente a otras acciones, ni necesitaremos de una sentencia judicial que establezca el dolo del tercero.

Pero tenemos que tener presente lo siguiente: si se demandara ambas acciones (a uno el total del daño, y a otro hasta la concurrencia del provecho que le llevo aparejada el dolo del tercero) existiría un enriquecimiento indebido, que es contrario a la voluntad del legislador. De manera que la acumulación puede llevar a resultados injustos, proveyendo una reparación excesiva para la víctima (compensación de parte del autor del daño y restitución de parte de quienes obtuvieron provecho del dolo). La influencia mutua que las acciones por provecho del dolo ajeno y las indemnizatorias pueden tener entre sí no ha sido clarificada en los respectivos litigios en el caso Inverlink⁵.

El rol del artículo 2316 es establecer claramente quienes son los sujetos pasivos de la acción de perjuicios y no contiene dos acciones diversas: una de perjuicios contra el autor o los cómplices y una restitutoria para contra los beneficiarios del dolo.

De manera que este tercero estará obligado a la “indemnización” y no a la “restitución” de los perjuicios causados a la víctima por un delito o cuasidelito. Don Arturo Alessandri al tratar el 2316 argumenta en este sentido también⁶.

Al ser una acción de indemnización de perjuicios, se podría oponer como excepción la norma establecida del artículo 2330 del Código Civil, a diferencia de que se trate de una acción in rem verso o restitutoria, ya que esta prescinde de toda idea de culpa. Pero a su vez, el profesor Pizarro dice, respecto de la culpa, que “*el problema no se soluciona por vía de la aplicación o improcedencia del artículo 2330, sino que se trata de un genuino problema de causalidad. La necesaria causalidad entre el ilícito civil y el provecho amerita otorgar relevancia a la culpa de la víctima. Luego, el análisis de la función de la culpa del demandante debe situarse en el ámbito de la causalidad, con prescindencia de la aplicación del estatuto de responsabilidad extracontractual*”⁷. Es de esta manera es como el profesor Pizarro esquivaba el argumento del profesor Domínguez de no aplicar el artículo 2330 del Código Civil si se llegare a considerar una acción restitutoria. Pero esto no significa que la culpa no incida en absoluto, el autor nos dice que la culpa se debe analizar desde un punto de vista de la causalidad.

También se ha discutido el tema de la prescripción en esta materia. Ya que quienes postulan que es una acción indemnizatoria se seguiría la regla del artículo 2332 del Código Civil según la cual la prescripción es de cuatro años, y la acción restitutoria seguiría las reglas del artículo 2515 Código Civil, esto es la prescripción común de 5 años.

Pero el profesor DOMÍNGUEZ postula a que la naturaleza jurídica no tiene incidencia alguna en la prescripción, ya que esta se ceñirá siempre por las reglas del artículo 2332, ya que es una ac-

⁴ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2009) p. 221.

⁵ MOMBERG, RODRIGO. Desempolvando el Código: la acción por provecho de dolo ajeno. El Mercurio Legal. Miércoles, 22 de julio de 2015 a las 10:50.

⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2009) p. 224.

⁷ PIZARRO WILSON (2011) p. 687.

ción especial que es una consecuencia del dolo, al ser el dolo un elemento esencial de esta acción⁸.

II. ACCIÓN POR PROVECHO DEL DOLO AJENO COMO UNA ACCIÓN IN REM VERSO O RESTITUTORIA

El otro lado de la moneda de esta acción, es considerarla una acción restitutoria o in rem verso. A favor de esta postura, encontramos a profesores como don CARLOS PIZARRO WILSON y a don ENRIQUE BARROS BOURIE.

El profesor WILSON tiene un fundamento básicamente histórico, en que citando la obra “*El enriquecimiento a expensas de otro*” del profesor BARRIENTOS GRANDON, las fuentes romanas –las compilaciones de Justiniano– que tuvo a la vista don Andrés Bellos recogían “tres grupos de casos concretos” que de igual forma nuestro Código Civil lo reconoce⁹:

1. Los supuestos de enriquecimiento.
2. Aquellos de repetición de lo dado y retenido sin causa.
3. Los supuestos de provecho obtenido.

De manera que el supuesto del artículo 2316 inciso segundo es ajeno al supuesto de “enriquecimiento” (primer grupo), sino que está dentro de los supuestos de provecho obtenido (el tercer grupo). Es por ello que la acción por provecho de dolo ajeno es de naturaleza restitutoria, y no indemnizatoria ya que no pertenece al primer grupo, si no al tercero. Es por ello que “*la fuente directa y citada por Bello en el proyecto inédito, son las siete partidas, que coincidía exactamente con el del derecho romano en relación con la acción de dolo*”¹⁰.

La acción tiene por finalidad impedir que un sujeto pueda retener una ganancia cuyo origen se encuentra en un delito civil. De manera que esta es una acción autónoma del ejercicio de la acción indemnizatoria del dolo¹¹. Es por ello que esta doctrina establece que esta es una acción principal. A diferencia de lo que planteaba el profesor Domínguez que al considerarlas una acción in rem verso (restitutoria) es por ende una acción subsidiaria.

Lo cierto es que la Jurisprudencia a propósito del ya mencionado caso Inverlink, se ha pronunciado al respecto de la siguiente manera como veremos en el acápite siguiente.

III. NATURALEZA DE ESTA ACCIÓN ESTABLECIDA POR LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia nacida a propósito del caso Inverlink, nos servirá para orientarnos acerca de lo que piensa la Corte Suprema respecto a esta acción. Ellos han establecido que la naturaleza de esta acción es finalmente restitutoria, pues no tiene por objeto indemnizar los perjuicios causados a la víctima, sino reintegrar el valor o beneficio percibido producto del dolo¹², como lo establecía el profesor PIZARRO.

En cuanto al plazo de prescripción aplicable es el de 4 años en función a lo establecido en el artículo 2332 Código Civil, como lo establecía el profesor DOMÍNGUEZ, y se cuenta desde la percepción del provecho, es decir desde el momento en que se efectuaron los retiros¹³.

⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2009) p. 227.

⁹ PIZARRO WILSON (2011) p. 680.

¹⁰ Cita del profesor WILSON a BARRIENTOS, página 682.

¹¹ PIZARRO WILSON (2011) p. 688.

¹² CORFO CON INVERSIONES TORRES DEL PAINE S.A, Corte Suprema: Considerando Decimo Segundo.

¹³ CORFO CON INVERSIONES TORRES DEL PAINE S.A, Corte Suprema: Considerando Decimo Sexto, Rol 11723-2011.

En síntesis podemos decir que la Corte Suprema ha establecido que esta es una acción restitutoria pero de carácter especial. Si bien es de naturaleza extracontractual, es una acción restitutoria, pues no tiene por objeto indemnizar los perjuicios causados a la víctima, sino reintegrar el valor o beneficios percibidos producto del dolo.

Por otro lado el plazo de prescripción comenzara a correr desde la percepción del provecho, es decir solo nacerá una vez que ha obtenido una utilidad, ganancia o ventaja de dicho actuar ilícito. Aludiendo con ello a la fecha en que el inversionista demandado efectuó el rescate de su inversión.

Digo que es especial, por un lado siguiendo la doctrina del profesor DOMÍNGUEZ, en que al ser restitutoria, es de carácter principal (cuando según este autor debió ser subsidiaria). También es especial en cuanto a que su plazo de prescripción es de 4 años, siendo que si es restitutoria debieran ser 5 años.

Y finalmente, siguiendo al profesor DOMÍNGUEZ, no corresponde aplicar el artículo 2330 del Código Civil ya que no es una acción indemnizatoria, pero la culpa tiene injerencia desde un punto de vista de la causalidad, siguiendo al profesor PIZARRO

Respecto de los reajustes e intereses, la Corte Suprema¹⁴ ha establecido que no corresponde aplicarla ya que la acción del artículo 2316 inciso 2° del Código Civil es una acción de carácter excepcional, limitada a la restitución de lo que se ha recibido con provecho del dolo ajeno, no extendiéndose a su restitución reajustada -pues bien puede ser que lo recibido sea una especie o cuerpo cierto sin posibilidad de aplicar reajuste alguno- ni tampoco a sus frutos, civiles o naturales, ni, en fin, a todo el daño que de dicho provecho se siga, características que la ley reserva expresamente a otras acciones restitutorias, como las que se deben según los artículos 907 y 974, o la propia indemnización de perjuicios a que hace referencia el artículo 2329, todos del Código Civil.

IV. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POR PROVECHO DE DOLO AJENO Y EL CASO AC INVERSIONS

Antes de continuar analizando la procedencia de ésta acción en el caso AC Inversions, corresponde explicar de antemano que es lo que sucedió en esta causa. El profesor CORRAL TALCIANI nos explica muy bien lo sucedido en este caso de la siguiente manera: *“El esquema es bastante simple: se pide dinero prometiendo altas rentabilidades que supuestamente se deberían a la eficiente gestión financiera de la empresa; en realidad las ganancias se van pagando a los primeros inversionistas con los dineros que depositan otros. En la medida en que los inversionistas van formando una pirámide en que en la cúspide están los primeros, unos pocos, y enseguida van ingresando más y más que están en la base, la pirámide funciona. Pero llega un minuto en que el esquema se rompe al ingresar menos inversionistas al sistema o al pretender muchos retirar sus depósitos a la vez. La pirámide se derrumba y todos los que no habían alcanzado a retirar sus fondos, pierden los capitales invertidos”*¹⁵.

Entonces ¿podríamos ejercer contra ellos la acción por provecho de dolo ajeno? Para ello debemos analizar sus requisitos de procedencia: Para el profesor PIZARRO WILSON debe existir un acto u omisión de naturaleza dolosa, un daño y una relación de causalidad entre ambos; debe existir un provecho o ganancia en el patrimonio por parte de un sujeto ajeno al autor del daño, el cual no participa en el ilícito civil; esta ganancia debe tener su origen causal inmediato y directo en el acto doloso¹⁶.

¹⁴ CORPORACIÓN DE FOMENTO DE LA PRODUCCIÓN CON I. MUNICIPALIDAD DE VIÑA DEL MAR Y OTRO (2016). Cons. 36.

¹⁵ CORRAL TALCIANI (2016).

¹⁶ PIZARRO WILSON (2011) p. 683.

Si analizamos estos requisitos, nos daremos cuenta que el caso de AC Inversions con los inversionistas demandantes y eventualmente los inversionistas que alcanzaron a retirar sus dineros podrían estar dentro de estos requisitos si en el juicio respectivo se llegare a probar el acto u omisión de naturaleza dolosa, el daño y la relación de causalidad pertinente. Cuyo plazo comenzará a correr desde que se realizaron los correspondientes retiros, en virtud de las sentencias ya establecidas a propósito del caso Inverlink.

El acto doloso sería efectivamente la estafa piramidal de AC Inversions; el daño es la pérdida de capital por parte de los inversionistas; el provecho por parte de un tercero ajeno al autor del daño son aquellos inversionistas que alcanzaron a retirar sus inversiones en enero de este año (2016); y finalmente en cuanto al origen causal inmediato y directo en el acto doloso: es la ganancia que obtuvieron estos inversionistas por las maniobras fraudulentas del caso AC Inversions.

¿Cuánto sería este provecho? La diferencia entre su inversión inicial con el capital final que alcanzaron a tener al momento del retiro del dinero.

Sin embargo, aún no se ha ejercido acción contra estos inversionistas. De manera que ¿estamos a tiempo de interponer esta acción? Sin duda estamos a tiempo, ya que el plazo de prescripción (ya sea si lo consideramos de naturaleza indemnizatoria o restitutoria, 4 años o 5 años respectivamente) comienza a correr desde que se realizaron el retiro (obtuvieron el provecho).

V. CONCLUSIÓN

La acción por provecho del dolo ajeno no es una acción diversa que se separe de la acción indemnizatoria. Se trata siempre de una acción dirigida a obtener la reparación del daño causado por un delito o cuasidelito, aunque con un límite en el quantum a que es obligado el sujeto pasivo: el valor del provecho que ha obtenido.

Para DÍAZ GARCIA-HUIDOBRO *“La acción de enriquecimiento puede catalogarse tanto como una acción restitutoria como reparatoria, y de hecho no hay acuerdo en la doctrina, que la califica tanto de una como de otra manera. En todo caso, la restitución o reparación estará limitada por el monto del provecho efectivamente conseguido por el demandado. Es este enriquecimiento el que da origen a la acción, de modo que el demandado nunca tendrá que responder por un monto mayor. Es decir, lo que se busca es la restitución, pero no de la pérdida efectivamente sufrida, sino de la porción de ésta que se haya traducido en provecho para el demandado: si el provecho fue mayor, la restitución se limita al empobrecimiento sufrido; si el provecho fue menor, el perjuicio quedará sólo parcialmente subsanado”*¹⁷.

Pero nuestra jurisprudencia a propósito del caso Inverlink ha establecido que esta es una acción de naturaleza finalmente restitutoria, pero de carácter especial: Es especial, por un lado siguiendo la doctrina del profesor Domínguez, en que al ser restitutoria, es de carácter principal (cuando según este autor debió ser subsidiaria). Como también que es especial en cuanto a que su plazo de prescripción es de 4 años, siendo que si es restitutoria debieran ser 5 años. También siguiendo al profesor Domínguez, no corresponde aplicar el artículo 2330 del Código Civil ya que no es una acción indemnizatoria, pero siguiendo al profesor PIZARRO, la culpa se debe analizar desde un punto de vista de su causalidad.

Nosotros estamos a favor de considerarla una acción de indemnización de perjuicios, ya que ¿Por qué debemos dejar que este tercero se le prive de un medio de defensa tan válido como

¹⁷ GARCIA-HUIDOBRO (2012) p. 87.

lo es el artículo 2330 del Código Civil? Porque de aceptar considerarla de naturaleza restitutoria, estaríamos vedando a este tercero de ejercer esta excepción.

La discusión de la naturaleza jurídica de la acción por provecho del dolo ajeno continuará, pero el caso Inverlink nos dejó un importante apoyo jurisprudencial que tenemos que tener presente al momento de entablar esta acción para el caso AC Inversion o cualquier otro caso de naturaleza similar.

BIBLIOGRAFÍA

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN (2009): “Sobre el artículo 2316 inciso segundo de Código Civil y la acción contra el que recibe provecho del dolo ajeno”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 225-226, año LXXVII. pp. 217-230.

GARCÍA MEKIS, BENJAMÍN (2016): “La naturaleza jurídica de la acción por provecho del dolo ajeno a la luz del denominado “Caso Inverlink”, *Revista Actualidad Jurídica* N°33 - Enero 2016, pp. 339-357.

PIZARRO WILSON, CARLOS (2011): “La acción de restitución por provecho de dolo ajeno” *Revista Estudios de Derecho Civil*, Vol 4, pp. 679.

Sentencias Citadas

CORPORACIÓN DE FOMENTO DE LA PRODUCCIÓN CON I. MUNICIPALIDAD DE VIÑA DEL MAR Y OTRO (2016). Corte Suprema, 3 de marzo del 2016. En Thomson Reuters WESTLAW, Cita Online: CL/JUR/1456/2016, Fecha de consulta 23 de julio del 2016.

CORFO CON INVERSIONES TORRES DEL PAINE S.A. Corte Suprema, 12 de septiembre del 2013. Rol: 11712-2011.

Tesis citadas

DÍAZ GARCÍA- HUIDOBRO, MARÍA FLORENCIA. “Naturaleza jurídica de la acción por provecho obtenido del dolo ajeno que conceden los artículos 1458 y 2316 del Código Civil”. 2012. Universidad de Chile. Versión digital en www.cybertesis.cl.

Columnas citadas

CORRAL TALCIANI, HERNAN: De pirámides y daños en el caso AC Inversions: <https://corraltalciani.wordpress.com/2016/03/06/de-piramides-y-danos-el-caso-de-ac-inversions/> [31-7-2016]

MOMBERG, RODRIGO. Desempolvando el Código: la acción por provecho de dolo ajeno. *El Mercurio Legal*. Miércoles, 22 de julio de 2015 a las 10:50.

EL CONTRATO DE “LEASEBACK” COMO NUEVA FORMA DE FINANCIAMIENTO A PYMES Y LA APLICACIÓN AL EFECTO, DE LA LEY SOBRE ARRENDAMIENTO DE PREDIOS URBANOS N° 18.101

THE ‘LEASEBACK’ CONTRACT AS A NEW FORM OF FINANCING TO SMES AND THE APPLICATION TO THE EFFECT OF THE LAW ON LEASE OF URBAN N° 18.101 PROPERTIES

JUAN PABLO GALLARDO PARADA*
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
CHILE

CAROLINA MARÍA G. DÍAZ ROA**
ABOGADA
CHILE

RESUMEN: Este artículo se refiere a la naturaleza jurídica del contrato de leaseback en especial cuando recae sobre inmuebles y el procedimiento de cobro aplicable en caso de incumplimiento de lo pactado. Además, analiza la aplicación de este contrato en la Ley sobre Arrendamiento de Predios Urbanos.

ABSTRACT: *This article refers to the legal nature of the leaseback contract, especially when it relates to real estate and the applicable collection procedure in case of breach of the agreement. In addition, it analyses the application of this contract in the Law of lease urban properties.*

PALABRAS CLAVE: financiamiento empresas, contratación mercantil, leasing, leaseback.

KEY WORDS: *Financing companies, Mercantile Contracting, Leasing, Leaseback.*

* Abogado por la Universidad de Concepción, socio en estudio jurídico Saenger & Asociados, con domicilio en Aníbal Pinto, 265 Concepción, Chile. Correo electrónico: jp_gallardop@hotmail.com

** Abogada por la Universidad Católica de la Santísima Concepción, actualmente ejercicio libre de la profesión, con domicilio en Concepción, Chile. Correo electrónico: carolinadiaz.roa@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El contrato de leaseback se establece en la actualidad como una forma relativamente nueva de contratación mercantil, sobre todo en nuestro país, definiéndose este contrato en la doctrina nacional como una especie de leasing.

El presente trabajo desarrollará y explicará el contrato de leaseback como una nueva forma contractual, distinta al contrato leasing, aunque claro está, con grandes similitudes.

Para un mayor entendimiento sobre el tema, resulta imperioso analizar las particularidades del contrato de leaseback, para luego efectuar un cuadro comparativo con el contrato de leasing, ya que éste último guarda semejanzas con el contrato en análisis, pero presenta a su vez claras diferencias, las que se ven reflejadas principalmente en la intención y finalidad que las partes tienen en vista al momento de contratar.

El "leaseback" es una forma de contratación mercantil, cada vez más en boga en la realidad empresarial chilena; que en la práctica se desarrolla a través de un conjunto de operaciones, las que por separado constituyen contratos nominados y regulados por el derecho chileno, sin embargo, todas estas operaciones se encuentran ligadas y a su vez constituyen una forma contractual nueva e innominada, la que puede ser analizada desde diversos ángulos, como lo veremos más adelante.

EL LEASING Y LA EVOLUCIÓN AL LEASEBACK

El contrato en estudio tiene su origen en el leasing, éste a su vez se creó durante la segunda mitad del siglo pasado, en Estados Unidos y paulatinamente se fue expandiendo a nivel mundial.

En Chile su uso se generalizó a fines de la década de los '70 e inicios de la década los '80, a la sazón de una serie de cambios ocurridos en el país en aquella época, en materia económica, con la apertura hacia un sistema de libre mercado.

Definición del Leasing:

El jurista Álvaro Puelma Accorsi, define el leasing como ***“una operación en virtud de la cual una persona entrega a otra, por un tiempo determinado, una cosa a título de mera tenencia, para su uso y goce, por el pago de un precio o renta periódicos, otorgándose a quien recibe el uso y goce de la cosa con opción de compra del mismo bien u otros derechos o facultades”***.

Luego indica que ***“estos derechos pueden consistir en la renovación del uso y goce por nuevos períodos, por un precio determinado, o en la obligación de repartir el producto de la venta a terceros del mismo bien”***¹.

Este contrato se concibió como una forma de financiamiento de nuevos bienes de fácil depreciación. Así una empresa adquiere bienes de producción, los usa en virtud de un título de mera tenencia cancelando una cuota mensual, y transcurrido cierto lapso dichos bienes son ingresados a su patrimonio, a través de un título traslativo que emana del mismo contrato de leasing, el cual se perfecciona si ésta manifiesta su voluntad en tal sentido. Es decir, una parte de la relación contractual entrega la mera tenencia de un bien a una empresa para que esta lo use pagando un canon periódico durante un tiempo determinado, terminado este periodo, la empresa puede hacer uso de la

¹ PUELMA ACCORSI ALVARO, *Contratación Comercial Moderna*. Editorial Jurídica de Chile año 1991, p. 101.

opción que contiene el contrato de adquirir en dominio el bien que ya posee como mera tenedora, mediante una mal denominada opción de compra cuyo precio será una cantidad residual del valor del bien que, ya se ha pagado a través de los pagos periódicos.

En la actualidad, existen dos clases de leasing, el factor determinante para la clasificación se produce en consideración a quien aporta el bien de producción: Si quien aporta el bien de producción es el fabricante se denominará "leasing operacional" y, por el contrario, si interviene un tercero que compra dicho bien al fabricante y se lo entrega al usuario, se denominará "leasing financiero".

A diferencia del leasing, "el leaseback" no tiene como objeto el financiamiento de nuevos medios de producción, sino la liquidación de bienes de capital adquiridos por una empresa, a través del traspaso de estos a un tercero, quien inyecta flujo de dinero fresco, arrendando posteriormente este bien al antiguo dueño e incluyendo una opción de compra.

Esta operación posee una finalidad claramente crediticia, que escapa de la concepción original del contrato de leasing el cual tiene por finalidad la adquisición de nuevos bienes, mediante una suerte de arriendo con opción de compra.

En Chile "el leaseback" se observa de forma más patente en diversos escenarios, como por ejemplo las ofertas de este tipo de contrato que ofrecen las instituciones crediticias, así, en internet es fácil encontrar anuncios como: ***"Refinanciamos su activo fijo, BCI Leasing compra el bien nuevo o usado para arrendárselo a usted mismo por un plazo fijo, con opción de compra, una vez cumplido el contrato de arriendo. Transformando su Activo Fijo en Capital de Trabajo"***².

Si bien actualmente la función que cumplía el leasing se ha debilitado, ha aparecido esta nueva forma contractual crediticia, la que desprovista de legislación sistemática y de orden público que la regule, puede ser un semillero de abusos para quien contrata adquiriendo liquidez.

EL CONTRATO DE LEASEBACK

Bastante reducido ha sido hasta el momento el desarrollo doctrinario en nuestro país de este contrato, en efecto, para la realización de este trabajo sus autores se han encontrado con la sorpresa de la nula sistematización doctrinaria del tema, lo que agrava aún más la situación de abuso e indefensión de que puede ser víctima quien contrata con un tercero a través de esta forma contractual. En efecto, sólo existen algunas referencias en manuales que analizan el contrato de leasing, mencionando el contrato en estudio como una forma de aquel.

En tal orden de ideas, no existen definiciones legales ni doctrinarias en nuestro país del contrato en comento, sin embargo, los juristas María T. Acquarone y Leonardo Embon G, lo definen como ***"el contrato de sale and lease back se perfecciona cuando una persona, generalmente de carácter ideal, vende uno o más de sus activos fijos y, en forma simultánea, celebra un contrato de leasing, conservando de esta forma el uso de los bienes y poseyendo la opción de readquirirlos"***³.

Según se aprecia, el motor que impulsa a las partes a la celebración del contrato, no es la transferencia del dominio de bienes propiamente tal, sino la obtención de liquidez y conservación del uso de su bien capital.

² http://www.bci.cl/empresas/leasing/leaseback_act.html

³ ACQUARONE MARIA T. - EMBON LEONARDO G, *El Leasing. Su instrumentación y encuadre en la actual financiación empresarial*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2ª Edición Actualizada y Aumentada año 2004, p.170.

Así el jurista español Sixto Sánchez Lorenzo, indica que **“esta forma contractual se basa en un renovado concepto del derecho de propiedad”** Continúa exponiendo que: “en el presente contrato media una nueva concepción jurídico económica sobre el derecho de propiedad y el uso de las cosas, con tendencia a primar éste sobre aquel, dado que es el uso de las cosas la que finalmente hará obtener ganancias y producir recursos, y no la propiedad sobre los bienes concebido de la manera clásica”⁴.

Lo medular es que independiente que el contrato de leaseback sea o no una forma de contratación del leasing, lo cierto es que en la realidad chilena se utiliza como una forma de operación crediticia.

En efecto, si bien el leasing propiamente tal fue creado como una forma de adquisición de nuevos bienes de producción; “el leaseback” en cambio tiene como objetivo que, en vez de adquirir un bien de producción, una de las partes se desprende del dominio de un bien, para así percibir una cantidad de dinero, quedando en calidad de mero tenedor de dicho bien, por el cual pagará una cantidad de cánones mensuales similares a la renta del arrendamiento, establecidos por un lapso determinado en el mismo contrato y con posterioridad a ello podrá pagar un precio residual y con ello hacer ingresar nuevamente a su patrimonio el bien que había entregado al tercero a cambio de la suma de dinero.

Esta modalidad, sin lugar a dudas esconde una operación de crédito, la que sólo será lícita en cuanto respete la normativa sobre operaciones de crédito vigentes en el país.

OPERACIONES O ACTOS JURÍDICOS QUE COMPONEN EL LEASEBACK

De acuerdo a lo señalado, las operaciones o actos jurídicos de que se compone este contrato, son las siguientes:

- **Una sociedad** (empresa de leaseback) realiza un contrato de compraventa con otra persona, natural o jurídica, la que le transfiere un bien, el que en la práctica nacional generalmente es inmueble, por una suma determinada de dinero (cuyo valor fijado es más bajo que el valor comercial).
- **La sociedad (compradora), que a su vez arrienda este bien a la vendedora**, la que por lo tanto mantiene su mera tenencia, reconociendo dominio ajeno.
- Se establece una **opción de compra** entre arrendadora y arrendataria, una vez completados todos los periodos de renta, el antiguo dueño-vendedor, y actual arrendatario, puede hacer efectiva esta opción en el último periodo, volviendo el dominio del bien traido a sus manos.
- Por lo tanto, **dicho contrato de arriendo se pacta a plazo fijo**, mediante una cantidad de rentas determinadas. Al término de las rentas, el arrendatario puede hacer efectiva la opción de compra, la que se concretará con el pago de la última renta, o un pago final. Pactándose una suerte de retroventa, la que obviamente no es tal, sino una cláusula sui generis, propia de este contrato.

Vale la pena señalar que todos los contratos de este tipo que hemos examinado, agregan en el contrato de arriendo una cláusula de resolución ipso facto en caso del no pago de una de las rentas del supuesto contrato; y una cláusula penal para el arrendatario, que consiste en el pago de un porcentaje de las rentas pendientes, hasta el término del contrato de arrendamiento, o lo que es peor, todas ellas.

Esta cláusula penal, es claramente un abuso según exponemos.

⁴ SANCHEZ LORENZO SIXTO, *Garantías Reales en el Comercio Internacional: Reserva de dominio, ventas en garantía y leasing*, Editorial Civitas, Madrid, año 1993, p. 29.

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE LEASEBACK

Cuestión de vital relevancia en la contingencia actual, es determinar si el contrato en estudio corresponde a una figura unitaria propiamente tal, o a una conjunción de contratos, los cuales tienen la particularidad de celebrarse coetáneamente, y en un mismo título.

La importancia de lo señalado radica en que de ello dependerá el tratamiento jurídico que se le dé a una situación concreta; especialmente en cuanto a la aplicación del derecho, tanto de fondo como adjetivo, ante la eventualidad que las partes deban someter un caso a la función jurisdiccional del Estado.

Como primera tesis podría plantearse la idea de la coexistencia de contratos, tal como ocurre, en el caso de la celebración de contrato de mutuo, de hipoteca y la contratación de seguros que tengan por finalidad proteger el inmueble hipotecado. En esta situación se observa la identidad de cada uno de los negocios jurídicos.

No obstante, el escenario planteado en el leaseback al parecer es distinto, dado que si bien a simple vista se observa la yuxtaposición de un contrato de compraventa y arrendamiento con opción de compra –o un contrato de compraventa y de leasing–, sin embargo la particularidad de la situación nos obliga a concluir que entre estas convenciones existe una fusión que las transforman en un solo contrato distinto a aquellos, naciendo un ser diverso cuyo corazón se forma en la realidad fáctica de que dichos contratos comparten un elemento esencial del acto jurídico como es la causa. En otras palabras, la causa de los contratantes tanto para el contrato de arriendo, como para la compraventa es la misma; y no es otra cosa que hacer una operación crediticia.

Esta discusión ha sido planteada en la doctrina nacional en relación al leasing; algunos consideran que dicha figura se asimila al arriendo, otros en cambio son más proclives a pensar que se asemeja al mandato, sin embargo parece imponerse por sobre las tesis anteriormente, la doctrina que la considera una figura independiente e innominada; es así como el jurista Ricardo Sandoval López, señala que el leasing *“es una figura compleja integrada por diversos elementos que, a pesar de los términos en que aparezca redactado, no debe equipararse con el arrendamiento, ni con la opción de compra, ni siquiera con el arrendamiento con opción de compra, sino que por su causa única, constituye una realidad unitaria e independiente”*⁵.

En cuanto al “leaseback” la discusión ni siquiera ha sido abordada a profundidad en nuestra doctrina, considerándose como una forma de leasing.

Si bien este contrato a simple vista parece una simple conjunción entre una compraventa y un leasing, en nuestro parecer debe ser considerado una sola figura innominada.

Según señalamos, el deslinde preciso entre la simple unión de contratos en un mismo negocio, y la fusión de figuras que crean una nueva forma contractual debe ser valorada, en primer término, en la causa. Al respecto señalan María T. Acquarone y Leonardo Embon *“cuando ambos contratos comparten la misma causa estamos frente a un contrato complejo o unión de contratos, y si nos enfrentamos a dos contratos con causas disímiles habrá simple pluralidad contractual y no unicidad.*

Se ve con claridad ante el caso concreto. En el sale and lease back, que, como vimos, reúne una compraventa y un leasing, la causa fin del contrato es una sola.

Al celebrar el contrato (compraventa y leasing) las partes tienen en mira un único fin,

⁵ SANDOVAL LOPEZ RICARDO, *Nuevas Operaciones Mercantiles*, Quinta Edición Actualizada, editorial Lexis Nexis, año 2004, p.25.

cual es el financiamiento, y logran el objetivo a través del perfeccionamiento de este contrato complejo"⁶.

El Derecho Chileno, sin duda sigue la teoría clásica de causa, plasmada en el Código Civil Francés, el que a su vez se inspira en las teorías de Domat y Pothier. Esta teoría objetiva hace abstracción de las motivaciones personales que las partes tienen al momento de contratar; sin perjuicio de ello, es imprescindible recordar que la causa es un elemento esencial del acto jurídico, así está claramente estipulado en nuestro ordenamiento, y es tratada como un elemento distinto de la voluntad. Pudiendo apreciarse que, en la realidad de nuestro medio, las partes al contratar no tienen la intención de celebrar una compraventa, para luego celebrar un contrato de arriendo y finalmente recomprar el bien traido, sino que por el contrario tienen en vista una operación crediticia, y es así como la unidad del "leaseback" se hace evidente al analizar su causa.

Vale la pena para clarificar esta idea, citar a don Ramón Domínguez Águila, quien señala *"en general, no es posible en el Derecho Chileno que una voluntad pueda ser considerada por el juez como forma separada de su causa. Por excepción, sin embargo, existen negocios jurídicos en que se hace la separación, y el Derecho atiende exclusivamente a la voluntad declarada manifiesta y no a su causa (llamados negocios jurídicos abstractos)*"⁷.

Finalmente, de acuerdo a lo señalado, la causa del "leaseback", debe ser considerada y analizada en un caso concreto, de manera distinta y separada de la voluntad declarada.

EL LEASEBACK Y LA COMPRAVENTA

Según se ha expuesto, el contrato en estudio supone la tradición de un bien, cuyo título traslativo se identifica con la compraventa; sin embargo, las partes al momento de contratar no pretenden celebrar dicho contrato, sino garantizar el pago de un mutuo celebrado con anterioridad o coetáneamente entre el supuesto vendedor y la empresa de leaseback, y esta última garantiza su pago adquiriendo en dominio un bien mediante esta –a nuestro parecer- mal denominada compraventa.

DIFERENCIAS CON UNA COMPRAVENTA NORMAL

Para robustecer la tesis sostenida en esta publicación, en el sentido que este contrato es distinto a las convenciones que en principio se yuxtapondrían para conformarlo es necesario analizar las diferencias entre las compraventas que se celebran en un contrato de leaseback, y aquellas que se celebran normalmente.

1° EN CUANTO AL PACTO DE RETROVENTA. Para sustentar la idea que en el contrato de leaseback existe un contrato de compraventa, se ha sostenido por la jurisprudencia (según expondré) que éste a su vez contiene la cláusula contemplada en el artículo 1881 del Código Civil, en cuya virtud se puede estipular que el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida. Dicha cláusula de retroventa contiene una condición resolutoria del contrato de compraventa, que se cumpliría si transcurrido un plazo cierto, el vendedor manifiesta su voluntad de entregar una suma determinada de dinero al comprador, y así recuperar la cosa vendida.

Cabe mencionar que dicha suma determinada no necesariamente debe ser idéntica a aquella pactada en el precio del contrato, así señala don Arturo Alessandri Rodríguez que como la ley no prohíbe que las partes puedan convenir que el vendedor reembolse el precio con intereses, creemos

⁶ ACQUARONE MARIA T. - EMBON LEORNARDO G. ob. cit., p.178.

⁷ DOMINGUEZ AGUILA RAMON, *Teoría del Negocio Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, p. 186.

que esta estipulación es perfectamente válida y lícita. Eso sí que, si no se estipulan intereses, no se deben, porque el artículo 1881 no impone esta obligación al vendedor⁸.

Así las cosas, en principio la llamada opción de compra podría justificarse dentro de la mencionada cláusula de retroventa, sin embargo, la ley establece un plazo máximo para que la condición resolutoria contenida en ella se verifique y es 4 años contados desde la celebración del contrato, por lo tanto el contrato de leaseback se limitaría a dicho periodo, lo que contrasta con la realidad, ya que la mayoría de dichos contratos, en especial sobre inmuebles, exceden con creces el plazo de 4 años.

Además, la Superintendencia de Banco e Instituciones Financieras, en su Circular N° 3.444 / 21.08.08, señaló que “Los contratos de leasing inmobiliario deberán contemplar un plazo mínimo de 5 años y el valor actual de la totalidad de las cuotas no podrá ser inferior al 40% del valor de tasación del correspondiente bien o, cuando se trate de lease-back de un bien usado, del valor de tasación deducido el ajuste de que trata el numeral 3.1 de este título”⁹.

Asimismo, según el artículo 1884 del Código Civil se prohíbe ceder el pacto de retroventa, lo que complica y rigidiza aún más el escenario.

Por lo tanto, en todos los contratos que la opción de compra exceda tal plazo, no existiría una cláusula de retroventa.

EN CUANTO A LA LESIÓN ENORME. En este punto encausaremos nuestro análisis al contrato de leaseback celebrado sobre inmuebles, que por lo demás es el objeto de este trabajo.

En relación a lo expuesto en los párrafos anteriores, si no existe una cláusula de retroventa en la opción de compra que conlleva el leaseback, necesariamente se celebrarían dos contratos de compraventa mediados por un contrato de arriendo, y la opción de compra adquiriría necesariamente la calidad de promesa de venta.

En este escenario nos encontramos con el problema de que la segunda venta que se realiza al ejercer la opción de compra sería susceptible de ser rescindida por lesión enorme, ya que el precio que se paga es residual y por lo tanto mucho menor al 50% del valor comercial del inmueble objeto de la operación.

DIFERENCIAS DEL LEASEBACK Y EL ARRENDAMIENTO DE PREDIO URBANO

Siguiendo el hilo conceptual, la única posibilidad de concebir el contrato de venta de un inmueble en el precio que se establece en la opción de compra, es considerando que el monto de los cánones que se pagan en el supuesto contrato de arriendo, constituye parte del precio que finalmente se cancelará, pero, inmediatamente surge un nuevo problema, ya que el pago operaría como modo de extinguir las obligaciones de dos contratos al mismo tiempo. O visto de otra forma, las sumas de dinero entregadas periódicamente constituirían un elemento esencial de dos contratos en forma simultánea, tanto el de renta del arrendamiento, como el del precio de la cosa vendida al hacer operar la opción de compra.

Lo anterior a nuestro parecer crea una diferencia estructural insalvable entre el arriendo y el leaseback, que sólo puede ser superada al concebir este último como un contrato unitario, innominado y complejo.

⁸ ALESSANDRI RODRIGUEZ ARTURO, *De la Compraventa y De La Promesa De Venta. Tomo II, Volumen 2*. Editorial Jurídica de Chile, año 2003, p. 696

⁹ Circular N°3.444/21.08.08 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile.

Es así como, en el caso de arrendamiento, el artículo 1924 del Código Civil impone al arrendador la obligación de mantener la cosa en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendada, sin embargo, al analizar los contratos de leaseback se aprecia que se lo libera de tal obligación, e incluso se obliga al arrendatario contratar seguros que absorban el riesgo de la destrucción de la cosa.

APLICACIÓN EN LA ESPECIE, DE LA LEY DE ARRIENDO DE PREDIO URBANO

La costumbre chilena del contrato de leaseback sobre inmuebles, ha incluido una cláusula resolutoria ipso facto en caso de no pago de una de las rentas del denominado arrendamiento, de forma tal que si acaece tal condición nace para la empresa de leaseback la facultad de demandar el término del contrato, el pago de las rentas insolutas hasta la devolución del inmueble, la entrega del mismo, y normalmente se pacta una cláusula penal consistente en el pago de las rentas insolutas hasta el término del plazo pactado en contrato de arriendo (es decir hasta el momento en que terminando los pagos periódicos y se puede hacer efectiva la opción de compra).

Para graficar esto pondremos un ejemplo, Juan le vende su casa a la empresa financiera Leaseback S.A. para así obtener dinero, dicha empresa tasa el valor en \$100.000.000 (que de seguro será un valor que conviene a esta última), luego arrienda la casa a Juan en 119 cuotas mensuales y sucesivas de \$1.000.000, y establece la posibilidad para Juan de manifestar durante el último mes de renta su voluntad de hacer efectiva una opción de compra, de modo tal que al mes 120 celebrarán una compraventa en la que Juan recupera su casa pagando en tal acto un precio de un millón de pesos.

Es decir, si Juan se atrasa en el pago de una de esas rentas, supongamos la número 60, se resuelve ipso facto el contrato de arriendo, será demandado mediante el procedimiento contemplado en la Ley de Arriendo de Predio Urbano, número 18.101; y además deberá pagar una pena correspondiente al número de arriendo hasta que termine el plazo del arriendo, es decir, en el ejemplo serían 59.

Aquí surge la importancia práctica de la naturaleza jurídica que posee este contrato de leaseback, dado que si un contrato distinto del arriendo no es posible aplicar a estos casos la Ley de Arrendamiento de Predios Urbanos. A nuestro parecer las partes han celebrado un contrato innominado, cuya intención es realizar una operación de crédito, y obtener liquidez, generalmente en un periodo de crisis. Con ello, en caso de incumplimiento de una de las cuotas, la empresa de leaseback demandará según las normas y procedimiento contemplados en la ley N° 18.101, lo que significa que se sustancia en un procedimiento sumarísimo.

En el ejemplo de Juan, la empresa de leaseback prestaría la cantidad de \$100.000.000.-, obtendría \$60.000.000.- de pago efectuado mediante cuotas, además un inmueble cuya posesión material procuraría a través de un procedimiento sumarísimo; y por su parte Juan después de haber pagado \$60.000.000.- del préstamo, perdería su casa cuyo valor puede ser superior a \$100.000.000.-, pero además estaría aun en deuda por \$59.000.000. Esto sin duda es un abuso del derecho.

Vale la pena recordar que esta ley fue promulgada con fecha 7 de enero de 1982, por medio de la cual se derogó el D.L. N°964 y cuya finalidad se indica en el Mensaje mediante el cual el Presidente de la República remitió a la Junta de Gobierno el Proyecto de Ley en el cual se señala que la derogación del D.L. N°964 de 1975 “persigue estimular permanentemente la inversión privada en la construcción de viviendas destinadas al arrendamiento, por constituir una buena inversión...”, señalando a continuación “Jurídicamente, la derogación propuesta significa en lo substantivo, volver a las normas del Código Civil, restituyéndose al arrendamiento el carácter que siempre debió tener y aplicando las normas del Código de Procedimiento Civil, en lo referente a la tramitación de

las causas, en procedimientos ágiles y debidamente probados”.

Es decir, dicha ley pretendía agilizar los juicios de arriendo para incentivar la inversión en inmuebles, concentrando el procedimiento en contra del arrendatario incumplidor, restringiendo sus posibilidades de defensa, no aplicarla para el cobro de operaciones de crédito.

Debemos reconocer que el problema no es sencillo, toda vez que el acreedor frente al incumplimiento del pago de las cuotas (rentas) se verá forzado a iniciar una acción que enmarque dentro de las existentes en el Derecho Chileno. Viéndose desprovisto de acciones ejecutivas, quedando al parecer constreñido al uso de las normas que regulan el juicio ordinario.

Así es como en el caso concreto se utiliza sin cortapisas el procedimiento de la Ley 18.101, lo cual, aunque facilita una salida procesal, es a todas luces un error y semillero de injusticias.

CLÁUSULA PENAL EN EL CONTRATO DE LEASEBACK Y SU SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Según hemos señalado, en este contrato se agrega cláusula penal, en caso de no pago de los cánones pactados, consistente en el pago de los cánones pendientes.

Escueto resulta el análisis jurisprudencial de este tipo de cláusulas, sin embargo, en causa ROL 11402-2014, del 22° Juzgado Civil de Santiago (1), se optó por indicar que esta cláusula carecía de causa, ya que al terminar un contrato de tracto sucesivo, como es el contrato de arriendo, ésta suponía la supervivencia de obligaciones incausadas, lo que lógicamente acarrearía su nulidad absoluta, y así fue declarado.

Obviamente esta sentencia discurre sobre la base que es aplicable en la especie las normas procesales de la Ley Sobre de Arrendamiento de Predios Urbanos.

A nuestro parecer el análisis de esta cláusula debería ser estudiado, a la luz de la normativa sobre operaciones de crédito, siempre considerando el contrato discutido como uno innominado, lo cual permitiría un análisis correcto de este tipo de prácticas.

En causa ROL 11402-2014, del 22° Juzgado Civil de Santiago, se optó por la siguiente solución: ***“VIII.- Que, en lo relativo a lo demandado a título clausula penal, esto es, el pago de las rentas de arrendamiento que se encuentren por vencer pactadas en el contrato y, por concepto de evaluación anticipada de perjuicios, se tiene presente que en el caso de marras se está frente a un contrato de arrendamiento, él que se caracteriza por el pago de la renta mensual de arrendamiento, por la mera tenencia del bien dado en arrendamiento.***

En este contexto, las partes son libres, atendida la autonomía de la voluntad, de pactar una pena para el caso de incumplimiento, pero no pueden hacerla consistir en la supervivencia de obligaciones incausadas, ello pues, la pena consiste -siempre y en todo caso- en el pago de las obligaciones incausadas, desde el momento mismo de la terminación del contrato;

IX.- Que, la causa como elemento de la obligación, ha de analizarse como un elemento que permita cuidar la correlación de intereses existente en todo contrato, más aún cuando se está frente a un contrato bilateral, que supone necesariamente obligaciones jurídicamente justificadas. Entonces, si a la demandada se le exige la entrega del bien inmueble, la cláusula penal carece de causa, ello porque dicha evaluación convencional se encuentra estructurada sobre la base de la renta de arrendamiento y, como la propia demanda lo expresa, ésta se basaría en un valor respecto de aquellas “cuotas que se encontraren pendientes de vencimiento”, lo que transgrede

la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento, toda vez que éste es de tracto sucesivo y obliga al pago de obligaciones futuras que con el término del contrato, como lo solicita la actora, carecen de causa y,

X.- Que, lo razonado en los dos considerandos de más arriba, conduce necesariamente, en virtud del artículo 1683 de Código Civil, a declarar la nulidad absoluta de la cláusula penal, establecida en la cláusula vigésimo quinta del contrato, toda vez que carece de causa y, en virtud de ello rechazarse lo pedido por dicho concepto”.

BIBLIOGRAFÍA

ACQUARONE MARIA T. - EMBON LEORNARDO G, *El Leasing. Su instrumentación y encuadre en la actual financiación empresaria*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2° Edición Actualizada y Aumentada año 2004, p. 170.

ACQUARONE MARIA T. - EMBON LEORNARDO G. ob. cit., p. 178.

ALESSANDRI RODRIGUEZ ARTURO, *De la Compraventa y De La Promesa De Venta. Tomo II, Volumen 2*. Editorial Jurídica de Chile, año 2003, p. 696.

DOMINGUEZ AGUILA RAMON, *Teoría del Negocio Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, p. 186.

PUELMA ACCORSI ALVARO, *Contratación Comercial Moderna*. Editorial Jurídica de Chile año 1991, p. 101.

SANCHEZ LORENZO SIXTO, *Garantías Reales en el Comercio Internacional: Reserva de dominio, ventas en garantía y leasing*, Editorial Civitas, Madrid, año 1993, p. 29.

SANDOVAL LOPEZ RICARDO, *Nuevas Operaciones Mercantiles*, Quinta Edición Actualizada, editorial Lexis Nexis, año 2004, p. 25.

Circular N°3.444/21.08.08 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile. Sentencia de fecha 25 de agosto de 2014, en causa n° 11.402-2014, del 22° Juzgado Civil de Santiago, caratulada “Tanner Leasing S.A. con Maestranza Main Ltda”.

http://www.bci.cl/empresas/leasing/leaseback_act.html



UCSC

Programas de Postgrado Facultad de Derecho UCSC

MAGÍSTER

- Derecho Privado
- Derecho Procesal de Familia
- Derecho Penal



www.derecho.ucsc.cl
Lincoyán 255 - Concepción

