

Roberto Contreras Puelles

Universidad Central de Chile

robertocontrerasp@gmail.com

Quiebra fraudulenta y desasimio de bienes Comentario de la SCA de Santiago de 10 de agosto del año 2016 (Rol N°2127-2016)

Fraud bankruptcy and property disassociation Commentary of the Court of Appeal of Santiago, August 10th, 2016 (Case Role number 2127-2016)

Resumen: El objeto de este comentario es analizar en un primer aspecto, las causales de ocultación de bienes y libros contables, junto con la obligación que pesa sobre el representante legal de la fallida, para ponerlos a disposición del síndico cuando opera el llamado “desasimio de bienes”, como efecto inmediato de la sentencia que declara la quiebra. Un segundo aspecto por desarrollar es el establecimiento en el procedimiento concursal del domicilio de la fallida, versus la obligación del síndico de concurrir a este para cumplir con los mandatos que impone su nombramiento. Finalmente, se pretende establecer la ley vigente al momento de los hechos y si se encuadran las conductas establecidas en la sentencia de primera instancia en las actuales disposiciones del Código Penal de los arts. 463 bis y siguientes.

Palabras clave: quiebra fraudulenta; ocultación de contabilidad y activos; ley penal favorable.

Abstract: On August 10th, 2016, the Illustrious Court of Appeal of Santiago, under the criminal case number 1400977102-7, acknowledged the nullity motion presented by the bankruptcy fraud convict’s defense. The Court rejected the motion and confirmed all the parts of the adjudication by the Third Oral Court in Lo Penal, Santiago, enacted on June 20, 2016.

Keywords: fraudulent bankruptcy; accounting concealment and assets; favorable penal law.

Con fecha 10 de agosto del año dos mil dieciséis, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo la causa RUC 1400977102-7, conoció del recurso de nulidad presentada por la defensa del condenado como autor de delito

de quiebra fraudulenta, lo rechazó, y confirmó en todas sus partes la sentencia del Tercer Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago, dictada con fecha veinte de junio de 2016¹.

¹ Pronunciada por los ministros Sr. Juan Cristóbal Mera Muñoz (Presidente y redactor), Sra. María Rosa Kittsteiner Gentile y el Ministro (s) Sr. Pedro Advís Moncada.

1. Explicación del caso

Los hechos acreditados por el tribunal de primera instancia, fueron los siguientes:

Con fecha 25 de noviembre del año 2013, el Noveno Juzgado Civil de Santiago, en causa rol C-10696-2013, caratulado “Tanner Servicios Financieros con Andes Chile”, declaró la quiebra de Andes Chile S.A., RUT 76.073.653-8, cuyo giro es la actividad comercial, a solicitud de Tanner Servicios Financieros S.A., por el incumplimiento del pagaré N° 4003, con fecha de vencimiento 26 de septiembre de 2012, por la suma de \$80.957.304.- más intereses, designándose como síndico a don Gastón Aguayo González, siendo el representante legal de la fallida don Gonzalo Oyanedel Guzmán, habiendo la fallida cesado en el pago de sus obligaciones mercantiles, sin solicitar su propia quiebra de conformidad a la ley. Así, el día 26 de noviembre del año 2013, el síndico don Gastón Aguayo González, en compañía de la secretaria del juzgado, concurrió al

domicilio registrado por la fallida, ubicado en Avenida La Dehesa N° 1201, oficina 715, Torre Oriente, comuna de Lo Barnechea, donde no se encontraron bienes ni documentación contable, así como tampoco en el domicilio ubicado en Almirante Lorenzo Gotuzzo N° 96, oficina 12, comuna de Santiago, proporcionado y fijado por don Gonzalo Oyanedel Guzmán en el proceso civil de quiebra seguido ante el Noveno Juzgado Civil de Santiago, constatando el síndico que dicho domicilio no existía, por lo que don Gonzalo Oyanedel Guzmán ocultó e hizo desaparecer los bienes, haberes, objetos, documentos contables, respaldos y demás antecedentes al síndico y tribunal respectivo. Cabe hacer presente que el Banco de Crédito de Inversiones —BCI—, entre otros acreedores, verificó un crédito por el incumplimiento del pagaré N° D09205021204, con fecha de vencimiento 26 de agosto de 2013, por un monto de \$92.822.566.- más intereses².

2. Presentación del problema

El objeto de este comentario es analizar en un primer aspecto, las causales de ocultación de bienes y libros contables, junto con la obligación que pesa sobre el representante legal de la fallida, para ponerlos a disposición del síndico cuando opera el llamado “desasimiento de bienes”, como efecto inmediato de la sentencia que declara la quiebra. Un segundo aspecto por desarrollar es el establecimiento en el procedimiento concursal del domicilio de la fallida, versus la obligación del síndico de concurrir a este para cumplir con los mandatos que impone su nombramiento. Finalmente, se pretende establecer la ley vigente al momento de los

hechos y si se encuadran las conductas establecidas en la sentencia de primera instancia en las actuales disposiciones del Código Penal de los arts. 463 bis y siguientes. Conforme a ello, es necesario señalar que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, por unanimidad, estimó mantener la sentencia del Tribunal Oral, en la cual se condenó al representante de la fallida como culpable de los delitos de quiebra fraudulenta, en las causales N° 1 y 7 del art. 220 del Código de Comercio, y rechazó así el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado³.

² Considerando Décimo del fallo analizado, STOP Tercer de Santiago de 20 de junio de 2016, RIT 86-2016.

³ Considerando Primero al Noveno del fallo analizado, SCA Santiago de 10 de agosto de 2016, Rol 2127-2016.

3. Examen de la discusión jurídica y comentario

3.1 Decisión del Tribunal

Según señala el considerando décimo segundo, el Tercer Tribunal Oral estimó que:

En consecuencia, del mérito de las mentadas declaraciones se desprende que el acusado no solo incurrió en omisiones, si no que en acciones directas tendientes con la clara finalidad de trasladar constantemente sus bienes, con la finalidad de ocultarlos en su morada particular, sujeta a protección de intimidad y fijando domicilio diverso, inexistente y lejano como es Lorenzo Gotusso 96, comuna de Santiago, con claro conocimiento de la proximidad de la declaratoria de quiebra ... Conforme a lo razonado, en el caso de marras existió un ocultamiento de bienes y contabilidad de la fallida, contemplado en las hipótesis N° 1 y 7 del artículo 220 de la norma citada, encontrándonos ante un único delito de quiebra fraudulenta, compartiendo la opinión mayoritaria de la doctrina a este respecto, según da cuenta fallo de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 2.841-03, de fecha 10 de abril de 2006, en el cual citando al autor italiano Navarrini señala que “los delitos de quiebra culpable o fraudulenta no están constituidos por los hechos constitutivos de las presunciones. Lo que quiso castigar el legislador es el hecho de la quiebra cuando es efecto de la culpa o dolo del deudor, siendo los hechos constitutivos de las presunciones sólo medios, que la Ley ha considerado adecuados, para producir la convicción de que la quiebra se debe a culpa o dolo. Consecuencia de ello, es que se trata de un delito único, el hecho punible es la quiebra en sí, y no tantos delitos cuanto sean los hechos, los actos u omisiones que contempla la ley en cada caso.

3.2. Institución jurídica en juego

Esta radica, según los fallos analizados del tribunal *a quo* y del tribunal *ad quem*, en las causales de ocultación de bienes y libros contables; relacionado con los efectos del “desasimio”, institución que opera al momento de declararse judicialmente la quiebra. Además, se pronuncian los tribunales sobre la ley vigente al momento de los hechos y si las causales previstas contempladas en los numerales 1 y 7 del art. 220 del Código de Comercio fueron derogadas por la actual normativa, que impera bajo los preceptos 463 bis y siguientes del Código Penal. Conforme a ello, se analiza la aplicación del principio de la *lex mitior*, esto es, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable (Bascañán, 2015).

Al respecto, el comentario versará precisamente en analizar los principales enfoques que pueden tener los tribunales de justicia, y a su vez los operadores del sistema, que permitirían establecer el delito de quiebra fraudulenta, cuando precisamente se da la dificultad que vislumbra el fallo, esto es, establecer el momento de la ocultación de bienes, las correlativas obligaciones del fallido versus las impuestas al síndico, los efectos propios de la sentencia que declara la quiebra y, principalmente, el “desasimio de los bienes” que trae consecuentemente dicha declaratoria. Finalmente, la ley vigente y aplicable, dado los reiterados cambios de normativas desde el Código de Comercio, Ley de Quiebras, y la actual normativa en el Código Penal, a propósito de la Ley N° 20.720 que sustituye el régimen concursal vigente, por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, que es precisamente lo que dificulta la labor del investigador y, consecuentemente, del juzgador al tener que resolver los períodos de vacancia, adecuación y congruencia, junto con determinar la ley penal más favorable al condenado.

4. Comentario

4.1. Cuestiones Previas

Históricamente, el procedimiento concursal imperante en nuestro sistema nacional, tiene como fin el proteger eficazmente el crédito y la marcha de la actividad económica en general, ante el daño que significa su quebrantamiento y las graves perturbaciones que este produce en la vida de los negocios y en el tráfico de la riqueza. La quiebra se entiende, por tanto, como un procedimiento universal, por cuanto es general y colectivo al mismo tiempo. Es general, pues afecta todos los bienes del fallido; y es colectivo, por cuanto comprende a todos los acreedores del mismo y que en conjunto, quedan subordinados a las resultas del proceso. En este sentido, la perturbación que la quiebra produce sobre el crédito privado, repercute sobre el crédito público, violando así el derecho del Estado, a quien corresponde precisamente la tutela del crédito público (Balmaceda y Eyzaguirre, 2009, p. 9).

Así las cosas, el tribunal oral, al razonar sobre los requisitos de la quiebra, señala en su considerando undécimo lo siguiente:

De manera previa, debemos dejar asentado que, a juicio de los sentenciadores, el delito de quiebra fraudulenta supone la concurrencia de determinados requisitos, los cuales serán analizados a la luz de las probanzas allegadas a juicio, que se desglosarán de la siguiente manera: 1) la existencia de un proceso civil que culmine con la quiebra declarada judicialmente; 2) tratarse de un deudor calificado, es decir, que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, según lo establece el artículo 218 en relación al art. 41 del Libro IV del Código de Comercio; 3) la concurrencia de alguna de las causales que habiliten a la calificación de la quiebra como fraudulenta, contenidas en los artículos 219 y 220 del Libro IV del Código de Comercio, en este caso concreto las contenidas en el artículos 220, “Se presume fraudulenta la quiebra del deudor: N° 1 Si hubiere ocultado bienes; N° 7 si ocultare o inutilizare sus libros, documentos y demás antecedentes; y, N° 16 En general, siempre que hubiere

ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo.

4.2. Ocultación de bienes

Lo primero que hay que señalar con respecto a las conductas castigadas penalmente, es que las tres primeras causales del art. 220 de la Ley de Quiebras⁴ son evidentemente demostrativas de dolo en una doble dimensión. Por una parte, salvar para sí bienes que pertenecerán a la masa y, por otra, perjudicar así a los acreedores (Contreras, 2010, p. 398). El Código Penal, en tanto, en el art. 463 bis castiga al deudor que, dentro de los dos años anteriores a la resolución de reorganización o liquidación, oculte total o parcialmente sus bienes o sus haberes. Ambas disposiciones punitivas, mantienen la idea subyacente de que al estado de falencia no se llega súbitamente, pues el deudor atraviesa antes de la sentencia declaratoria de quiebra, por un proceso gradual de deterioro de su hacienda que, más o menos lento, antecede a la quiebra y que es alcanzado con los efectos de la sentencia.

Al tenor de lo señalado en el art. 222 del Código de Comercio y conjugando con el actual art. 463 bis ya reseñado, solo puede existir quiebra delictual, previa dictación de una sentencia judicial, que es aquella señalada en el art. 52 de la Ley de Quiebras N° 18.175, según el considerando undécimo del fallo. En efecto, la doctrina considera que el procedimiento concursal es una ejecución forzosa, que se diferencia del procedimiento ejecutivo ordinario porque es un juicio público y distributivo, es decir, tiene por objeto que cada acreedor obtenga el pago del crédito en forma equitativa (Balmaceda y Eyzaguirre, 2009, p. 31). De ahí que el juez de quiebra tiene como misión preservar el interés colectivo, desde el mismo momento en que se declara la quiebra, y ha de resguardar que se cumpla con el objetivo que le encomienda el legislador en beneficio de la masa. El núcleo del fraude concursal es la defraudación de la confianza crediticia depositada por los acreedores en el deudor y, desde esta perspectiva, la ley pone el acento en el abuso de confianza⁵.

⁴ El art. 220 del Código de Comercio Chileno, castiga la quiebra fraudulenta cuando: “1.- Se hubiere ocultado bienes”.

⁵ En este sentido, “es la conciencia de que fallido ejerce conductas que defrauda la confianza de los acreedores. No es el perjuicio de los acreedores, es el actuar con la conciencia de que se produce un atentado a la buena fe mercantil, la buena fe se requiere que al recibir un crédito, administre y conserve la garantía general que supone su patrimonio” (Puga, 1994, p. 161).

Así pues, resulta, en conformidad al art. 64 de la Ley de Quiebras N° 18.175 en relación con los bienes, que el mero pronunciamiento de la sentencia declarativa de la quiebra del art. 52, inhabilita al fallido de pleno derecho de la administración de sus bienes. Por otro lado, el art. 66, en relación con los acreedores, fija irrevocablemente los derechos de todos los acreedores en el estado que tenían al día de su pronunciamiento. Es decir, que el mismo día que se dicta la sentencia, todos los acreedores quedan unidos legalmente y de pleno derecho para liquidar en la mejor forma posible el patrimonio del deudor y tienen, por ende, la facultad de disponer de los bienes de este, hasta pagarse de sus créditos. Incluso figuran los acreedores cuyos créditos sean a plazo, puesto que la quiebra irroga la caducidad del plazo. Esta unión legal, esta masa que se forma, nuestra ley la concibe como estado indivisible.

El motivo de esta normativa contemplada en el art. 52 de la ley precitada, radica en dos disposiciones que dan sustento a este acápite. Pues bien, exige como deber del fallido en el art. 96 indicar y poner (copulativos)⁶ de manera inmediata a disposición del síndico, todos sus bienes y haberes, para que así, el actual liquidador, proceda a la incautación de los mismos. De ahí la importancia del principio o institución del “desasimio” de la administración de los bienes por parte del fallido, pues son estos haberes que desde el momento de la declaratoria, debe administrar el síndico en representación de la masa. Ello, para así poder realizar todos los actos conservativos que garanticen, de manera inmediata y directa, el desapoderamiento material de los efectos que tenga consigo el fallido, siempre en observancia del interés de los acreedores. Por último, según Puga, la conducta de ocultación puede materializarse por acción u omisión, y opera en este último caso debido a que el fallido está obligado siempre a revelar la existencia de bienes, y omite hacerlo (Puga, 1994, p. 163).

4.3. Domicilio del fallido y desasimio

La institución del “desasimio”, es un acto de contribución necesaria por parte del fallido, como obligación que importa al deudor por texto expreso de la Ley de Quiebras, y que tiene como finalidad que el síndico cumpla con su deber de la mejor forma para, precisamente, incautar y formar el inventario. En esta especial contribución, legal y obligatoria para el deudor, el síndico puede hacer efectiva las atribuciones que

le confiere el art. 27 número 3 de la Ley de Quiebras, esto es, requerir que el fallido le suministre toda la información necesaria o abrir la correspondencia de este con intervención del tribunal, como también retener las cartas y documentos que tengan relación con los negocios comprendidos en la quiebra (Contreras, 2010, p. 218). De allí la importancia de que el síndico tenga a su disposición, a pesar de no ser un requisito legal, todos los domicilios asociados a la fallida, para así propender a los actos conservativos en los cuales se sustenta esta especial contribución y deber del fallido.

Por ello, no logran eco en ambos tribunales las pretensiones de la defensa, en cuanto a que el síndico no habría concurrido al domicilio particular del representante legal de la fallida, el cual se había señalado en el juicio de quiebra, precisamente porque la ley persigue los bienes de la fallida y no los haberes particulares de cada uno de sus miembros. Resulta así del todo razonable lo señalado en el considerando segundo de la SCA de Santiago, pues la Ley de Quiebras restringe al máximo las posibles intrusiones en el ámbito de la intimidad, cuando sostiene en el numeral 2 del art. 218 del Código de Comercio, que los bienes de esta morada están excluidos de la quiebra. Se enfatiza este aserto cuando la propia ley, en el art. 42, exige que el deudor debe presentar al momento de declararse la quiebra, un inventario de todos sus bienes, con expresión del lugar en que se encuentren. Es en ese preciso momento en tanto que, conforme al art. 64, el fallido queda inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes, salvo aquellos que sean inembargables.

Questiona este hecho la defensa, al señalar conforme al considerando primero del fallo que rechaza el recurso de nulidad, que el síndico no concurriera al domicilio particular del representante legal de la fallida. Pues bien, la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, por mandato del art. 337 de la nueva Ley 20.720, faculta a interpretar administrativamente las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a los sujetos fiscalizados. Nada dice durante el procedimiento concursal de una posible omisión del síndico, al no registrar ni concurrir a los domicilios particulares, ni nada señala el Ordinario N° 1 de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (SIR N° 1), de fecha 6 de octubre de 2015, al pedirle al liquidador (antiguo síndico) su pronunciamiento ante la denuncia.

⁶ El vocablo *indicar* supone, según la *Real Academia de la Lengua Española*, mostrar e indicar algo; y *poner* es colocar en un sitio algo.

Como corolario de lo anterior, en los plazos de recurso extraordinario y de observaciones, aún durante todo el proceso vigente, el imputado o sus abogados civilistas, no realizaron en el caso de *marras*, ninguna presentación para fijar la morada particular del representante legal como domicilio de la fallida. El art. 28 del Ordinario SIR N° 1, para la determinación del activo por el liquidador, le otorga las facultades de establecer aquellos domicilios en que “si fuera necesario” practicar la diligencia de incautación, deberá señalarlo a la Superintendencia. Esto facultad de manera expresa al liquidador de la quiebra. Cabe señalar que el art. 164 en relación al procedimiento de quiebra actual, le entrega al liquidador establecer o desestimar domicilios, conforme a la Ley N° 20.720⁷. En el considerando cuarto del tribunal de primera instancia, al desarrollar los alegatos de clausura del Ministerio Público, se abordan de manera pormenorizada diferentes disposiciones normativas de nuestro ordenamiento jurídico común, que vienen a ratificar lo ya asentado.

Además, conforme a lo indicado en el fallo, en la quiebra de la sociedad no se comprende el patrimonio de sus socios, porque la personalidad de la sociedad es diversa a la de sus socios individualmente considerados. Lo anterior se desprende del tenor literal del inciso segundo del art 2053 del Código Civil. En esta línea, el art. 142 del Código Orgánico de Tribunales indica que: “Cuando el demandado sea una persona jurídica, se reputará por domicilio para el objeto de fijar la competencia del juez, el lugar donde tenga su asiento la respectiva corporación o fundación”. Mantiene el espíritu y letra el art. 62 del Código Civil, cuando expresa: “El lugar donde un individuo esta de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad”.

En este sentido, es clarificador el considerando segundo del tribunal de alzada, al sostener lo siguiente:

Que como tantas veces se ha dicho, al deducirse esta causal el tribunal ad quem tiene vedado alterar los hechos fijados inamoviblemente por los jueces del mérito. Al efecto ya se indicó que el síndico concurrió a dos domicilios, el de Avda. La Dehesa que era el propio de la sociedad fallida, y uno en Almirante

Gotuzzo, proporcionado por el propio sentenciado. Y en ninguno de esos dos lugares se hallaron ni bienes ni libros de contabilidad lo que, ciertamente, equivale a decir que el sentenciado los ocultó, incurriendo así en las hipótesis de quiebra fraudulenta referidos en los números 1.º y 7.º del artículo 220 de la señalada ley. El que no se haya ido al domicilio de Luis Carrera en Vitacura es irrelevante pues éste corresponde a su domicilio particular, como se indica en su individualización en el primer párrafo del fallo que se recurre. Luego, no se trataba del domicilio de la fallida —que era el de Avda. La Dehesa, en el que el síndico no halló nada—, sino de su representante, el condenado, que señaló como otro domicilio el de Almirante Gotuzzo N° 96 oficina 12, que ni siquiera existía. En consecuencia, no sólo no han cometido error de derecho los jueces del fondo sino que, antes al contrario, han dado correcta aplicación a las normas que se dicen infringidas: el síndico nunca estuvo en la obligación de concurrir al inmueble de Luis Carrera y, entonces, Oyanedel Guzmán ocultó tanto los bienes como la contabilidad de la fallida y debe responder penalmente por ello, como acertadamente lo decidió el tribunal oral en lo penal.

Establecido el domicilio comercial de la fallida, operando la institución del “desasimiento”, y partiendo de la premisa de que uno de los aspectos más trascendentes del concurso dice relación con la determinación del activo, es que deben consagrarse los incentivos necesarios para que dicha determinación sea efectuada lo más pronto y correctamente posible. En efecto, la rapidez y exactitud en dicha tarea, posibilita a la administración concursal determinar el estado de los negocios del deudor. Ella puede proponer, de acuerdo a la conclusión a que llegue, la liquidación o un convenio, pues la indeterminación en la suerte de los bienes del activo, solo produce deficiencias.

Es por lo expuesto, que la legislación española, ha regulado de manera expresa los deberes de colaboración del deudor con los órganos de la quiebra, lo que establece incentivos en tal sentido, toda vez que si se produce una infracción a dichos deberes, la consecuencia es un supuesto de presunción de dolo o

⁶ El Instructivo N° 1 de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, de fecha 06 de octubre del 2015, establece que: “Conforme el artículo 33 número 3 del Instructivo, en relación al cumplimiento del deber del liquidador del procedimiento concursal del art. 163, que el liquidador deberá exigir al deudor y/o sus representantes legales, que le suministren información sobre los libros y documentos relacionados con el negocio y la entrega de estos. el deudor es el obligado a rendir cuentas al síndico, no de manera contraria como pretende hacer valer la defensa” (La cursiva es nuestra). El mismo instructivo, señala que en el caso de que se entreguen bienes posteriormente a la diligencia de incautación, la persona que lo entrega y puso a disposición los bienes, deberá firmar un acta en conjunto con el síndico individualizando todos los bienes, dentro de un plazo de cinco días, a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

culpa grave, a efectos de la calificación culpable, que puede producir como resultado una inhabilidad de hasta 15 años para la fallida. Señala esto el art. 165.2 de la Ley Española 20/2003, cuando se hubieran incumplido los deberes de información con el juez del concurso y con la administración concursal (Núñez y Carrasco, 2011, p. 174). Es más, el art. 42 de la ley española, indica que cuando el deudor sea una persona jurídica, estos deberes incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Los deberes a que se refiere este apartado, alcanzarán a los apoderados del deudor, y a quienes lo hayan sido dentro del periodo señalado. Este es el origen del art. 96 de nuestra Ley de Quiebras.

En cuanto a la oportunidad del ocultamiento, impresiona la utilización del legislador de la frase hubiere ocultado, que habla precisamente de una voz pasada. Ilustratorio es el fallo del Tribunal Oral de Temuco cuando indica:

Así, si nos ajustamos a la letra de la ley, dándole con ello pleno efecto a la intención del legislador, en el artículo 220 N°s 1 y 16 se lee: "... 1.- Si hubiere ocultado bienes;" y "16.- En general, siempre que hubiere ejecutado...". Como puede verse, la ley hace alusión a un tiempo verbal que indica con meridiana claridad que se refiere a hechos en los que se incurrió antes de la declaración formal de quiebra. Por lo demás, las máximas de la experiencia nos informan que en la generalidad de los casos las maniobras tendientes a ocultar bienes o a disminuir los activos, se realizan antes de la declaración formal de quiebra⁸.

Los efectos de la sentencia que declara la quiebra se producen desde que se dicta y es una excepción al art. 38 del Código de Procedimiento Civil. Este indica que las resoluciones judiciales solo producen efecto en virtud de la notificación hecha con arreglo a la ley, salvo casos expresamente exceptuados por ella. La antigua legislación indicaba dentro de los requisitos de la sentencia, la circunstancia de que se comunique al Juzgado del Crimen la resolución que declara la quiebra

del deudor calificado (Balmaceda y Eyzaguirre, 2009, p. 186). En cuanto al principio del "desasimio" que opera en los procedimientos concursales, este consiste en la inhibición que sufre de derecho el fallido, respecto de las facultades de administrar y disponer de sus bienes de acuerdo a la ley. Este opera por sola virtud de la resolución declaratoria de quiebra, ya que como se indicó antes, el fallido queda inhibido de la administración de todos sus bienes, la cual pasa, también de derecho, a los síndicos, a quienes se les da la facultad de obrar activa y pasivamente en juicio e incluso fuera de él, en representación y fomento de los intereses de la quiebra⁹.

4.4. Ocultación de libros contables

La referencia en el fallo al ocultamiento de libros contables, si bien obedece a la misma lógica analizada a propósito de la ocultación de bienes y haberes, se sostiene actualmente en nuestro código punitivo, en el art. 463 ter, el cual castiga al deudor que:

no hubiese llevado o conservado los libros de contabilidad y sus respaldos, exigidos por la ley que deben ser puestos al liquidador una vez dictada la resolución de liquidación, o si hubiere ocultado, inutilizado, destruido o falseado en términos que no reflejen la situación verdadera de su activo o pasivo.

La idea general que sostiene la doctrina es que, a pesar de que es frecuente que el fallido trate de ocultar sus bienes, el síndico teóricamente tiene a su disposición todos los antecedentes contenidos en los libros y documentos relativos a los negocios del fallido, de modo que si estos libros y antecedentes están en orden, debería resultarle fácil determinar su existencia y exigir su entrega (Contreras, 2010, p. 216).

La fuente original de dicha obligación, está consagrada en el art. 45 de la ley española, que establece respecto a los libros de contabilidad y de la información del deudor, lo siguiente: "el deudor pondrá a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualquiera otros libros, documentos, y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional

⁸ STOP Temuco de 06 de diciembre de 2006, R.I.T. 73-2006.

⁹ SCS de 03 de agosto de 1998, Rol 2316-98.

o empresarial”. Esto deviene de que la primera finalidad del síndico —actual liquidador—, luego de la declaratoria de quiebra, es la de determinar el pasivo de la empresa a favor de la masa (Núñez y Carrasco, 2011, p. 175). En Chile, el origen de la norma que castiga penalmente el ocultamiento de libros contables está en el antiguo inciso 1° del art. 1.334 del Código de Comercio, que establecía: “si en el inventario o balance anual o en el que adjuntare a la manifestación de quiebra, el fallido hubiere ocultado dineros, mercaderías, créditos u otros bienes, de cualquier naturaleza que sean”.

En el derecho comparado, se sostiene que el bien jurídico tutelado para la protección de los libros contables, estaría en que los acreedores tienen derecho a ser informados sobre la consistencia e historia del patrimonio del fallido; y que estas infracciones consecencialmente apuntarían a dicho derecho de información. Radica, también, la importancia de esta norma en que es posible pensarla como una presunción de que la carencia de información se estima como una muestra de mala administración, del desorden y la negligencia con la que obró el fallido (Puga, 1994, p. 194). Esto ya que la función de la contabilidad, según el Código de Comercio, constituye el espejo en que se refleja vivamente la conducta del comerciante, el alma del comercio de buena fe y el medio más adecuado que puede emplear el legislador para impedir las maquinaciones dolosas en los casos de quiebra y asegurar el castigo de las que resulten fraudulentas o culpables.

El mérito de la contabilidad mercantil, tiene que ver con que los libros contables son sustento probatorio entre comerciantes, de forma que su fidelidad ampara también este privilegio de probanza implícito de los libros. En cuanto a su secreto, según lo dispuesto en el art. 42 del Código de Comercio, la declaración de quiebra constituye una excepción a este deber, pues en ese momento se deben develar todos los antecedentes y documentos, para que la masa conozca la verdadera contabilidad de la fallida.

En suma, estos elementos imprimen a la contabilidad mercantil su carácter oficial, lo que lleva a un deber general del comerciante y profesional, propio en tanto agente del comercio y del sistema crediticio. Los delitos contables son delitos que atentan contra el fin que tuvo el legislador al revestir estos documentos privados de funciones y méritos especiales según se ha reseñado¹⁰.

4.5. Causal de exculpación al momento del desasimiento

Una discusión novedosa del fallo, se sostiene a partir de los argumentos de la defensa, la cual sostuvo la presencia de una “causal de exculpación en el artículo 10 N° 12 del Código Penal” en el comportamiento de su representado, porque habría incurrido en una omisión de su obligación, contenida en el art. 96 de la Ley de Quiebras, esto es, la de poner a disposición del síndico bienes y contabilidad de la fallida, al encontrarse sujeto a prisión preventiva el día de la actuación del síndico, oportunidad en que se practicó la diligencia de incautación.

No obstante, el tribunal desestimó tal alegación en el considerando undécimo, toda vez que:

conforme a lo razonado precedentemente, la “ocultación”, se configuró mediante acciones y no solo una omisión, pues como se indicó en el mes de septiembre del año 2013 la fallida abandonó el domicilio comercial de Avda. la Dehesa, Lo Barnechea, llevándose consigo los haberes y la contabilidad, constatándose tal situación por el síndico al evacuar la diligencia el día 26 de noviembre, encontrándose en todo caso el Sr. Oyanedel Guzmán debidamente asistido por letrado en la causa civil, sin haberse formulado objeción alguna a tal acta suscrita por el síndico y acompañada al proceso de quiebra, no resultando procedente estimar tal privación de libertad como causal de exculpación, más aun cuando no es posible sostener que esta privación de libertad sea una causa insuperable, pues si bien se coartan derechos, éstos dicen relación con la libertad ambulatoria, mas no con el ejercicio de otros derechos, sobre todo considerando que durante el periodo que el acusado estuvo privado de libertad, realizó presentaciones ante el tribunal de la quiebra.

Al respecto, el considerando cuarto de la SCA de Santiago señala lo siguiente:

Que se desestimaré la anterior alegación. La fallida es una persona jurídica y su representante era el sentenciado, quien tenía la obligación de entregar bienes y libros de contabilidad al síndico, la que se podía y debía cumplir estuviese o no el recurrente en la cárcel y acertadamente los jueces de la instancia sostuvieron que esta circunstancia —la de estar Oyanedel Guzmán encarcelado el día 26 de noviembre

¹⁰ Confirma esta idea la Circular N° 29 del 10 de febrero de 1975 del Servicio de Impuestos Internos de Chile, que establece como materia: “La obligación de llevar contabilidad. Nuevos grupos de contribuyentes que se incorporan a esta obligación”.

de 2013— no impedía que este ejerciera el poder de representación que ostentaba, teniendo presente que en el tiempo del encierro hizo presentaciones ante el tribunal de la quiebra. El acusado, personero de una persona jurídica en quiebra, preso o no, pudo y debió poner a disposición del síndico los bienes y los libros aludidos. No existe, entonces, el yerro que se denuncia.

4.6. Ley aplicable y más favorable

Finalmente, ambos tribunales dejaron en claro que conforme al sistema jurídico chileno, sí existe pena aplicable al caso. A través del art. 12° Transitorio de la Ley N° 20.720, el legislador ha aclarado su voluntad de que las normas que tipificaban los delitos concursales durante la vigencia de la Ley N° 18.175, permanezcan aplicables ante la irrupción de la nueva legislación. Lo anterior ha sido zanjado ya por el Tribunal Constitucional en su sentencia ROL N° 2673-2014 de fecha 01 de octubre del año 2015.¹¹ Bascuñán señala que la disposición duodécimo transitoria de la Ley N° 20.720 es una norma redundante, cuya única función práctica es garantizar la aplicación retroactiva de leyes derogadas ante un cambio legal desfavorable (Bascuñán, 1999, p. 12).

Es así que lo que pretende el legislador es por un lado mantener la punición de las conductas que considera un delito, y por otro, asegurar que se aplique la ley más favorable al reo. En este sentido, el art. 12 Transitorio constituye una reiteración de lo dispuesto en el art. 18 del Código Penal, en el que si el juez considera que las penas aplicables de conformidad con la antigua regulación serían más benéficas, debiese aplicar estas. Por el contrario, si luego del cálculo concreto de penas aplicables en virtud de una y otra disposición, llega a la conclusión de que las penas más beneficiosas son las de la nueva ley, deberá aplicar estas últimas¹².

Agrega Bascuñán:

Bajo la regla del art. 18 CP o del art. 12-t, la única manera de resolver correctamente los problemas de aplicación temporal de la ley penal que plantea la entrada en vigencia del art. 345 de la Ley 20.720, y con él de las nuevas normas sobre delitos concursales introducidas en el Párrafo 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal, es examinando en cada caso su posible calificación y pena bajo la totalidad de las normas pertinentes vigentes al momento de su comisión, examinando luego su posible calificación y pena bajo la totalidad de las normas pertinentes vigentes al momento de la sentencia, comparando el resultado de ambos exámenes y seleccionando luego como ley aplicable al caso aquella de las regulaciones que le dé el tratamiento más favorable (Bascuñán, 2015, p. 31).

Así las cosas, las normas del Libro IV del Código de Comercio, siguen siendo aplicables a los hechos acaecidos bajo su vigencia, si las nuevas normas son desfavorables. Que en abstracto haya diferencias estructurales o sistemáticas entre las normas punitivas derogadas y las nuevas normas punitivas es irrelevante. Lo que decide la cuestión es la comparación en concreto del resultado al que unas y otras conducirían si fueran aplicadas al juzgamiento del caso. En este sentido, que el art. 12 Transitorio solo haga aplicable el art. 18 del código punitivo en cuanto a las “normas relativas a la pena”, resulta irrelevante, pues toda norma que define las condiciones de la punibilidad de un comportamiento es una norma relativa a su pena.

El derecho aplicable al caso es el de la legislación más benigna que resulte de la comparación entre los tipos penales contenidos en los arts. 220 N° 1 y 7 al efecto, de la antigua Ley de Quiebras y Código de Comercio,

¹¹ Consagra el considerando sexagesimoquinto de STC de fecha 01 de octubre del año 2015, ROL N° 2673-2014. “Que en vista de lo anterior, esta Magistratura sostiene que la norma impugnada no difiere de la utilizada en el art. 59 de la Ley N° 19.366. Las consecuencias prácticas son las mismas, no sólo por el alcance que cabe dar al art. 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución, sino también porque la disociación entre la determinación de la calidad del delito, conforme a la ley derogada, y la determinación de la pena, no excluye la disminución de la pena por la ley posterior más favorable, ni puede implicar necesariamente la despenalización de todos los hechos”.

¹² En este sentido, establece el considerando sexagesimoquinto de STC de fecha 01 de octubre del año 2015, ROL N° 2673-2014, que “la determinación de si ese cambio es o no desfavorable, no es algo que pueda resolver de manera abstracta este Tribunal. Corresponderá al juez de fondo, más allá de la redacción poco feliz por el legislador de la norma que se impugna, realizar dicha determinación, comparando las normas derogadas con las nuevas introducidas, pudiendo presentarse — como resultado de esa comparación — distintas posibilidades; entre ellas: la posible despenalización de conductas antes ilícitas, la aplicación más favorable al acusado de las normas contenidas en la nueva ley por observancia de la *lex mitior*; la aplicación del *indubio pro reo*; la subsunción de hechos constitutivos de la quiebra culpable o fraudulenta en disposiciones de la nueva ley y la aplicación de la ley más favorable, o la aplicación retroactiva de las normas derogadas; aspectos todos que sólo pueden ser determinados mediante la interpretación que realice el juez ordinario llamado naturalmente a aplicarlas”. Véase Bascuñán, 1999, p. 12.

en relación con los actuales arts. 463, 463 bis y ter del Código Penal, cuestión que resolvió el considerando duodécimo del fallo analizado de primera instancia¹³. En resumen, la ley aplicable al caso será la más beneficiosa para el imputado, conclusión que sólo se puede adoptar una vez que se comparan, en concreto, las penas que corresponderían al imputado bajo una y otra regulación, ello de conformidad con lo dispuesto en los arts. 18 del Código Penal y 12 Transitorio de la Ley N° 20.720.

Finalmente, el considerando décimo segundo del Tercer Tribunal Oral en lo Penal, estima que:

en lo concerniente a la legislación aplicable, conforme al artículo duodécimo transitorio de la Ley 20.720, la calificación del hecho punible acreditado se hará aplicando la ley vigente al momento de su perpetración —Libro IV del Código de Comercio—, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en cuyo caso regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, esto es, la posibilidad de aplicar retroactivamente las penas contempladas en la nueva ley sólo en caso de ser más beneficiosa para el encartado.

Referencias

- Balmaceda Gómez, R. y Eyzaguirre Smart, G. (2009). *El Derecho de Quiebras*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Bascuñán Rodríguez, A. (1999). La aplicación de la ley penal derogada. *Revista del Abogado* (17), 10-13.
- Bascuñán Rodríguez, A. (2015). El principio de la *Lex Mitior* ante el Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile (2), 11-68.
- Código de Comercio Chileno.
- Código Penal de Chile.
- Contreras Strauch, O. (2010). *Insolvencia y Quiebra*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (2018). Edición del Tricentenario.
- Núñez Ojeda, R. y Carrasco Delgado, N. (2011). *Derecho concursal procesal chileno*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters.
- Puga Vial, J. E. (1994). *Derecho Concursal: Delitos de la Quiebra*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Salazar Cádiz, A. (2014). Algunas consideraciones respecto del nuevo delito de fraude concursal. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (60), 175-209.
- Servicio de Impuestos Internos de Chile, Circular N° 29 de 10 de febrero de 1975.
- Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, Instructivo N° 1, de 6 de octubre de 2015.

¹³ Fallo en cuestión que indica: “En este sentido, concordamos con la opinión entregada por el profesor Luis Quiroga de la H. Comisión de Constitución y Economía Unidas del Senado, en el sentido que, si bien, en la nueva ley: “se omiten como causales los dos casos previstos en el art. 220 de la Ley de Quiebras en los que se castiga al fallido que ha atentado en contra de la ‘condictio pars creditorum’, esto es ... (aquella que) dicen relación con el hecho de pagar a un acreedor en perjuicio de los demás, anticipándole el vencimiento de una deuda después de la fecha asignada a la cesación de pagos (N° 6); y la celebración de convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de la masa (N° 13) ... , sin embargo, no quedan impunes y deberían ser castigados de acuerdo al texto previsto en el art. 463 ... desde que cualquier pago indebido hecho preferentemente a favor de un acreedor genera una merma en su patrimonio que afectara al resto de los acreedores en la proporción que corresponda”. Además de la señalada por Ortiz, salta a la vista la particular similitud existente entre el antiguo artículo 220 N° 16 (“se presume fraudulenta la quiebra del deudor; en general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo”) y el actual art. 463 C. P. En este contexto, Salazar Cádiz (2014) sostiene la misma interpretación doctrinal.

Jurisprudencia

Corte Suprema, 3 de agosto de 1998, Rol 2316-98.

Tercer Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago, 20 de junio de 2016, RIT 86-2016.

Tercer Tribunal Oral en Lo Penal de Temuco, 6 de diciembre de 2006, R.I.T. 73-2006.

Noveno Juzgado Civil de Santiago, "Tanner Servicios Financieros con Andes Chile", causa rol C-10696-2013, 25 de noviembre del año 2013.