
DOCTRINA

INFORME SOBRE CALIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO PARA EFECTOS PENALES DEL LIQUIDADOR CONCURSAL

Departamento de Estudios¹

I. DE LA CALIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO DEL LIQUIDADOR CONCURSAL Y EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

El presente informe busca analizar si es posible sostener, para efectos penales, que el liquidador concursal tiene la calidad de funcionario público en los procesos civiles en que le toca intervenir, con la consecuente fuente de legitimación activa en investigaciones penales, que sustente la actuación penal del Consejo de Defensa de Estado.

La incertidumbre planteada se ha sustentado, principalmente, en el hecho que el liquidador concursal fue incorporado mediante una mención expresa, como uno de los sujetos activos del delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 240 del Código Penal (CP), tras la dictación de la Ley N° 21.121, de 20 de noviembre de 2018, que modificó, entre otros aspectos, la regulación del delito de negociación incompatible. De modo que, podría señalarse, si este hubiese tenido la calidad de funcionario público, el legislador de la Ley N°21.121 no habría tenido necesidad de incluirlo explícitamente en el numeral 3 del artículo 240.

En efecto, la norma actualmente vigente, luego de la dictación de la Ley N° 21.121, en sus tres primeros numerales señala:

¹ El presente informe ha sido elaborado por los abogados del Departamento de Estudios Sr. Rolando Zambrano Rojas y Sra. Ana Brevis Lepe.

“ART. 240. Será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiere tomado en el negocio:

1° El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en razón de su cargo.

2° El árbitro o el liquidador comercial que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en relación con los bienes, cosas o intereses patrimoniales cuya adjudicación, partición o administración estuviere a su cargo.

3° El veedor o liquidador en un procedimiento concursal que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en relación con los bienes o intereses patrimoniales cuya salvaguardia o promoción le corresponda.

*En este caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 465 de este Código (...)*².

Previo a la modificación legal introducida por la Ley N° 21.121, lo cierto es que el delito de negociación incompatible previsto en el artículo 240 del CP, ya contemplaba dentro del círculo de posibles autores a los “*peritos, árbitros, liquidadores comerciales, guardadores y albaceas*”. El liquidador comercial, por su parte, a diferencia del liquidador concursal que contempló la Ley N° 20.720, que “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”, se encuentra definido en el artículo 410 del Código de Comercio, que a su respecto señala:

² Se hace presente que los subrayados y destacados en el presente informe son nuestros.

“Art. 410. El liquidador es un verdadero mandatario de la sociedad y como tal, deberá conformarse escrupulosamente con las reglas que le trazare su título y responder a los socios de los perjuicios que les resulten de sus operaciones dolosas o culpables”.

Pero la entrada en vigor de la Ley N° 21.121 implicó, en lo relativo al círculo de autores que pueden cometer el delito de negociación incompatible, ampliarlo a otros sujetos que derechamente tienen el carácter de particulares, tipificando la así llamada corrupción entre particulares, y a otros que, en principio, no gozan del carácter de funcionarios públicos, pues no han sido nombrados en un cargo público propiamente tal. Sin embargo, ello no es óbice a que un sujeto activo que fue incorporado mediante una mención expresa en el delito de negociación incompatible -en particular en el caso del liquidador concursal-, pueda afirmarse a su respecto que con anterioridad a dicha modificación legal ya reunía la calidad de funcionario público a efectos penales, manteniéndola en la nueva normativa.

En lo concreto, el delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 240 del CP, que contemplaba dentro de sus autores al funcionario público, al perito, los árbitros, los liquidadores comerciales, y los guardadores y albaceas, con posterioridad a la reforma legal incorporó, además, a quienes se indica a continuación:

- i. Al veedor o liquidador en un procedimiento concursal (N°3);
- ii. Al que tenga a su cargo la salvaguardia o la gestión de todo o parte del patrimonio de otra persona que estuviere impedida de administrarlo (N°6); y
- iii. Al director o gerente de una sociedad anónima, así como toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes la ley establece a los directores o gerentes de estas sociedades (N°7).

En relación a los liquidadores concursales, lo profesores MATUS y RAMÍREZ afirman en la edición de su Manual del año 2019 que son sujetos a los que la Ley N°21.121 incorporó “*como casos especiales de funcionarios públicos susceptibles de ser sujeto activo del delito de negociación incompatible*”, porque cumplen una función pública en los términos previstos por el artículo 260 del CP, criticando en cierta medida su inclusión legal en el artículo 240, pues precisamente podría prestarse para argumentar en contra de su calidad de funcionarios públicos y negar la aplicación a estos de otros delitos de los consignados en el título Quinto del Libro II del CP, denominado “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”.

En efecto, señalan los autores:

“La modificación de 2018 amplió no solo los supuestos de la negociación incompatible en relación con el objeto del interés que la ley rechaza (...), sino, y principalmente, el abanico de sujetos activos, incluyendo ahora a ciertos agentes privados que administran bienes ajenos: guardadores, albaceas, gestores, directores y gerentes de sociedades anónimas (formas de “corrupción privada” homologada a la de los funcionarios públicos). También se incorporan casos específicos de empleados públicos -en el sentido del artículo 260-, a saber, árbitros, liquidadores, veedores, liquidadores en procedimientos concursales y peritos, cuya necesidad es discutible, en la medida que cumplen funciones públicas y podría, por esta vía, decirse que para el resto de los delitos del título no son empleados públicos”³.

A pesar que los autores cambian los términos en que expresan su opinión, posteriormente, en el Manual editado en el año 2021, al referirse a los sujetos activos del delito de negociación incompatible, distinguen tres tipos de ellos, de acuerdo a lo previsto en el nuevo artículo 240 del

³ MATUS ACUÑA, Jean Pierre - RAMÍREZ GUZMÁN, M. Cecilia (2019), “Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General”, 3ra. edición actualizada con las modificaciones legales hasta el 31 de diciembre de 2018. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 449.

CP: (i) los empleados públicos, (ii) las personas que ejercen mandatos legales o judiciales, incluyendo acá a los guardadores, albaceas, árbitros, liquidadores, peritos, veedores y liquidadores en procedimientos concursales, y (iii) las personas que administran bienes ajenos por mandato privado, en el ejercicio de una actividad comercial o empresarial, es decir, los gestores, directores y gerentes de sociedades anónimas.

Así, en la última edición de su Manual (2021), MATUS y RAMÍREZ expresan que:

*“La modificación de 2018 amplió el abanico de sujetos activos, incluyendo ahora a ciertos agentes privados que administran bienes ajenos no solo por mandato judicial o legal (guardadores, albaceas, árbitros, liquidadores, peritos, veedores y liquidadores en procedimientos concursales, según la redacción anterior), sino también por mandato privado, en el ejercicio de la actividad comercial o empresarial: gestores, directores y gerentes de sociedades anónimas. De este modo, se crea un especial delito de “corrupción privada” (preferir el interés personal sobre el de la empresa o mandante), homologada directamente a la de los empleados públicos y otras personas que ejercen mandatos legales o judiciales, donde la corrupción se entiende como preferir el interés personal por sobre el de la función pública que se ejerce. De allí que, aún antes de la reforma de 2018, este delito se caracterizara como una forma de “auto contratación delictiva” (Mañalich, “Negociación”, 96)”.*⁴

Es decir, en su nueva edición los referidos autores ya no señalan que los liquidadores concursales son un caso específico de funcionario público indicado como sujeto activo del delito de negociación incompatible, precisando en cambio a su respecto que, son agentes privados que administran bienes ajenos por mandato legal, diferenciándolos de

⁴ MATUS ACUÑA, Jean Pierre - RAMÍREZ GUZMÁN, M. Cecilia (2021), “Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General”, 4ta edición actualizada con las modificaciones legales hasta el 2 de enero de 2021, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 310.

aquellos que lo hacen por mandato privado en el ejercicio de una actividad comercial o empresarial. Es respecto de estos últimos que entienden que la negociación incompatible se configura como un ilícito penal que sanciona la “corrupción privada” o entre particulares, consistente en preferir el interés personal sobre el de la empresa o mandante, la que se homologa a la corrupción de los empleados públicos y otras personas que ejercen mandatos legales -o judiciales-, entendida como la acción de preferir el interés personal por sobre el de la función pública que se ejerce.

De modo que, aunque los profesores MATUS y RAMÍREZ modifican los términos exactos en que abordan este tema, desde que en la edición de 2019 otorgan derechamente el carácter de funcionarios públicos a los veedores y liquidadores concursales -y a los guardadores, albaceas, árbitros, liquidadores y peritos-, lo cierto es que en su edición del año 2021 si bien los definen como agentes privados que administran bienes ajenos por mandato legal, reconocen igualmente que ellos ejercen una función pública, uno de los elementos fundamentales que componen la noción de empleado público a efectos penales.

Por otro lado, los profesores RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, también recientemente, en la edición del año 2021 de su Manual, se han pronunciado sobre las implicancias de las modificaciones introducidas por la Ley N°21.121 con relación al delito de negociación incompatible, refiriéndose a la importante ampliación experimentada a nivel de círculo del autores, que pasó a incluir a los veedores y liquidadores concursales, los administradores encargados de la salvaguardia o gestión del patrimonio de personas impedidas, y los directores de sociedades anónimas respecto de los bienes e intereses que indica, sujetos que indican, no “necesariamente” serán funcionarios públicos, pero ostentan una posición jurídica especial o que tienen deberes especiales, *ergo*, pueden o no tener esta calidad a efectos penales, según cumplan o no los requisitos para catalogarlos como tales.

Así, expresan:

“(...) Conforme su redacción original, este delito consiste en que el empleado público directa o indirectamente se interese en

cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo. Luego, la norma extiende la penalidad a otros sujetos y añade una segunda modalidad del delito (...)»⁵. El sujeto activo es, en principio, el empleado público llamado a intervenir en la negociación respectiva, (...) Pero el ámbito de este sujeto es considerablemente ampliado. (...) se han sumado también los veedores o liquidadores de un procedimiento concursal, los administradores encargados de la salvaguardia o gestión total o parcial del patrimonio de personas impedidas y los directores o gerentes de sociedades anónimas respecto de los bienes o intereses patrimoniales que deban salvaguardar o promover, administrar y en aquellas operaciones que involucren a la sociedad correspondiente.

De este modo, la disposición se extiende a personas que no necesariamente serán funcionarios públicos pero que ostentan una posición jurídica especial o que tienen deberes especiales»⁶.

En suma, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN no se pronuncian sobre cuál de los nuevos sujetos activos del delito pueden tener la calidad de funcionarios públicos, pero son claros en señalar que algunos de ellos, incluido el liquidador concursal, podrían tener dicha calidad. *A contrario sensu*, si los autores desconocieran en forma absoluta la posibilidad de que algunos de dichos sujetos activos pudieran tener la calidad de empleado público, habrían señalado derechamente que dichos sujetos no tienen dicha calidad, y no como lo hicieron, al indicar que “no necesariamente serán funcionarios públicos”.

En consecuencia, la modificación prevista en la Ley N°21.121, relativa a incorporar en forma expresa al liquidador concursal como sujeto activo del delito de negociación incompatible en el N°3 del artículo 240 del CP, en circunstancias que el sujeto activo por antonomasia de

⁵ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis - OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2021). “Delitos contra la función pública”. Editorial Jurídica de Chile, p. 494.

⁶ Ibidem, pp. 499-500.

aquél son los funcionarios públicos, no importa que el legislador de la Ley N°21.121 conscientemente haya desconocido la función pública que los liquidadores concursales ejercen incluso previo a su dictación. Ahora bien, en cualquier caso, si en los hechos es posible verificar en un sujeto el cumplimiento de los requisitos para ser considerado funcionario público a efectos penales -artículo 260 del CP- nada será obstáculo para afirmar dicha calidad en su persona.

II. EL LIQUIDADOR CONCURSAL Y SU ANTECESOR EL SÍNDICO DE QUIEBRAS

A efectos de comprender mejor la función que ejercen los liquidadores concursales en el procedimiento de liquidación, conviene tener en cuenta que su figura ha pasado a cumplir casi idéntica función a la que antes de la entrada en vigor de la Ley N°20.720, de 2014, desarrollaba el antiguo síndico de quiebras.

Así, brevemente diremos que Ley N°20.720 le otorgó las mismas funciones y obligaciones que correspondían al ex síndico de quiebras al liquidador concursal, con algunas excepciones, por ejemplo, en cuanto desaparecen las funciones de depositario (artículos 27 N° 19 y 71, inciso 2°, de la Ley de Quiebras) y de interventor (artículo 27 N° 19 de la Ley de Quiebras) que antes tenía el síndico⁷.

En dicho contexto, el síndico de quiebras era definido por la doctrina nacional como un funcionario público, por la función pública que les correspondía ejercer a los órganos de la quiebra en general, y al síndico en particular^{8 9}.

⁷ LEHUEDÉ JECQUIER, Eduardo (2019). “*Curso de Derecho Comercial. Tomo III. Derecho Concursal. Vol. I*”. Thomson Reuters, primera edición. pp. 287 y 289.

⁸ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CARRASCO DELGADO, Nicolás (2011). “*Derecho Procesal Concursal Chileno*”. Abeledo Perrot -Thomson Reuters, pp. 463 y 464.

⁹ En igual sentido, manifestado así por el Tribunal Constitucional, que en sentencia pronunciada con fecha 16 de noviembre de 2010, en los autos rol N° 1.413-2009, en cita a PUGA, sobre el síndico de quiebras, señaló: “La función que desempeñan los síndicos es esencial para la quiebra. (...) [E]s “un funcionario público; no en base a las formalidades de su nombramiento y asunción al cargo, sino por la

Así también fue señalado en su oportunidad por el ex Superintendente de Quiebras, Diego Lira, quien indicó:

*“Los Síndicos que administran las quiebras no son privados, en orden a que ejercen una función pública, tan pública que es una facultad judicial delegada, ya que si no existieran estos Síndicos, debería ser el juez quien administrara la quiebra”.*¹⁰

En consecuencia, el síndico de quiebras -a quien la Ley N°20.720 vino a sustituir en funciones por el liquidador concursal-, era un órgano dentro de la quiebra respecto de quien se reconocía el ejercicio de una función pública y que adscribía a la función judicial.

III. CALIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO A EFECTOS PENALES

Para fundar la calidad de funcionario público del liquidador concursal a efectos penales, debemos recordar, primeramente, el análisis de la noción de empleado o funcionario público.

III.1. Noción de empleado o funcionario público

La doctrina y jurisprudencia nacional se encuentran contestes en que la noción de empleado o funcionario público es autónoma, distinta y más amplia que la utilizada en el Derecho Administrativo¹¹, de ahí que en este último los conceptos de empleado y funcionario se distingan por la relación de jerarquía y poder de determinación del empleado respecto del funcionario, y el interés que ocupa a esta rama del derecho está restringida a la definición de quiénes son los sujetos afectos a la

función que desempeña, función de administración ejecutiva, propia del Estado, pero confiada a este particular” (Puga Vial, Juan, ob. cit., T. II, pág. 553)”.

¹⁰ Historia de la Ley N° 20.004, Fortalecimiento de la transparencia en la administración privada de las quiebras. Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto de ley, en Primer Trámite Constitucional, que modifica la ley N° 18.175, en materia de fortalecimiento de la transparencia en la administración privada de las quiebras, fortaleciendo la labor de los síndicos y de la Superintendencia. Boletín N° 3.180-03; p. 35.

¹¹ RODRÍGUEZ C., Luis - OSSANDÓN W., Magdalena (2008). “*Delitos contra la función pública*”. Segunda Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile, p. 123.

regulación del Estatuto Administrativo.

Para el Derecho Penal, en cambio, los conceptos empleado y funcionario público son acepciones idénticas y su aplicación conlleva efectos mucho más amplios que los previstos en el Derecho Administrativo.

En efecto, el artículo 260 del Código Penal, dispone en la parte pertinente que:

“Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

En consecuencia, como señaló la Excma. Corte Suprema en la causa conocida como “MOP GATE”, el concepto de empleado público consta de dos elementos constitutivos, a saber: a) El empleado público, para ser tal, debe ejercer un cargo o función pública, y b) Tal quehacer debe servirse en un organismo creado por el Estado o dependiente de él, sea o no de elección popular¹². De ahí que se sostenga que la disposición penal:

“Extiende el concepto de empleado público, disyuntivamente, a quienes ejercen una ‘función pública’ y no ya solo en la Administración del Estado, sino también en otros organismos creados por o dependientes del mismo Estado, ampliando de este modo la cobertura del artículo 260”¹³.

¹² SCS, de 19 de mayo de 2008, Rol N° 2.321-2.007, en autos seguidos C/ Cruz Lorenzen, Carlos y otros, considerando cuadragésimo cuarto.

¹³ Ibid., considerando cuadragésimo quinto.

III.2. Ejercicio de un cargo o función pública

De este modo, el primer elemento para que el Derecho Penal reconozca la calidad de empleado público en el autor es determinado alternativa o conjuntamente por el “cargo público” que detenta, como por la “función pública” que realiza.

El ejercicio o detentación de un cargo público (concepto orgánico de funcionario público) requiere de la existencia de un vínculo formal entre la persona y la Administración pública que se regula conforme el Derecho Administrativo, a saber, las plantas o empleos a contrata que se ejercen en los servicios públicos centralizados o descentralizados creados para el cumplimiento de una función administrativa¹⁴. En cambio, la función pública (concepto funcional de funcionario público) se desarrolla en el marco de una actividad, incorporada por la Ley N°15.078, de 1962¹⁵, como hipótesis que permite identificar en el autor la calidad de funcionario público, lo que permitió darle una considerable amplitud a la noción de tal, y afirmar que para el Derecho Penal la función es la que crea al empleado y no a la inversa, como señaló el profesor Etcheberry¹⁶.

¹⁴ Así definido, conforme lo previsto en la letra a) del artículo 3° de la Ley N° 18.834, que Aprueba Estatuto Administrativo, y lo señalado en SCS, de 19 de mayo de 2008, Rol N°2.321-07, considerando cuadragésimo quinto.

¹⁵ Con todo, antes ya de la dictación de la Ley N°15.078, de 1962, la Corte Suprema atendía a la función pública ejercida por el autor para definir la concurrencia de un funcionario público, al señalar que, es la función la que imprime la calidad de empleado (SCS, de 05 de noviembre de 1958. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXI, 2da parte, sección 4ta, página 187). Asimismo, la SCA de Santiago, ya en sentencia de 23 de noviembre de 1961 declaró que “el Banco del Estado es una empresa del Estado y que sus funcionarios quedan comprendidos en el artículo 260 del Código Penal” (Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo LVIII, 2da parte, sección 4ta, página 360). Así citadas en Sentencia del Tribunal Oral de Punta Arenas, de 25 de mayo de 2012, Rit 12-2012.

¹⁶ ETCHEBERRY, Alfredo (1997). “*Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV*”. Tercera Edición revisada y actualizada. Editorial Jurídica de Chile, pp. 204 y ss. En igual sentido, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 123 y SCS, de 19 de mayo de 2008, Rol N°2.321-07, considerando cuadragésimo séptimo.

La propia Convención Interamericana contra la Corrupción en el artículo 1° define la función pública como:

“Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”¹⁷.

Así, la noción de función pública hace innecesario para reconocer en el autor la calidad de funcionario que el nombramiento provenga del Jefe de Estado -pues es indiferente su forma de elección-, así como la existencia de remuneración. Por ello también, ejercen una función pública las personas que han sido designadas por decreto o resolución para efectuar *en nombre del Estado* un determinado cometido¹⁸.

Por ello, el profesor Grisolia ha señalado que el Estado procede a la consecución de sus fines por medio de una serie de actividades que constituyen sus funciones, y la función pública y de bien común corresponde a todos sus empleados, órganos ejecutantes del acto estatal, incluso, si su relación laboral con el órgano es de carácter privado¹⁹.

Todo lo señalado se extiende a todos los delitos que exigen como sujeto activo a un empleado o funcionario público y, en consecuencia, no se circunscribe a los tipos penales del Título V del Libro II, y del párrafo IV del Título III, del Libro II. La extensión del concepto de funcionario público a efectos penales a delitos que se encuentran fuera de dichos

¹⁷ La Convención Interamericana contra la Corrupción fue promulgada en Chile por Decreto N° 1.879 de 29 de octubre de 1998 y publicada en el Diario Oficial de 2 de febrero de 1999.

¹⁸ PFEFFER U., Emilio (2005). “*Reformas Constitucionales 2005*”. Editorial Jurídica, Santiago, p. 28. Así se señaló al discutirse la reforma al artículo 8° de la Constitución Política de la República.

¹⁹ Así citado por la Unidad Especializada Anticorrupción del Ministerio Público, en “*El concepto de funcionario público a efectos penales*”, Revista del Ministerio Público N°37, p. 74.

se ha fundado en los fines considerablemente más amplios del derecho penal *versus* el derecho administrativo²⁰.

Ahora bien, aunque el cumplimiento de una función pública no requiere de un vínculo formal con la Administración del Estado, sí exige que la actividad pública que se realice persiga la satisfacción de necesidades materiales de interés general cuyo ejercicio se reserva al Estado²¹. Tales necesidades públicas son aquellas que el legislador ha definido y proyectado²² que deben ser satisfechas en beneficio de la colectividad, lo que es aplicable incluso respecto de empresas del Estado las que no obstante perseguir fines de lucro, sus intereses quedan subordinados a la finalidad de su creación, esto es, es la satisfacción de las necesidades públicas²³.

III.3. Adscripción a un órgano del Estado o dependiente de él

Conforme se viene señalando, el funcionario público para ser considerado como tal a efectos penales debe ejercer el cargo o función pública, conforme lo indica el artículo 260 del Código Penal, “*en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas o en organismos creados por el Estado o dependientes de él*”. Ello se conoce como el requisito de la adscripción del agente a uno de los organismos del Estado o dependientes de él, para poder ser definido como un funcionario público a efectos penales.

²⁰ ETCHEBERRY, ob. cit., pp. 206–207. Así se evidencia también en la condena por delito de falsificación de instrumento público, previsto en el artículo 193 N° 4 del CP, delito previsto en el Título IV del Libro II, a una receptora judicial, dictada en Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, de 11 de diciembre de 2003, RUC N° 0210000692-0, RIT N° 95-2003.

²¹ OSSANDÓN W., M. Magdalena, “*Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionarios y la punibilidad de quienes no la poseen*”. Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes y Abeledo Perrot - Legal Publishing, N°8, 2012, p. 60.

²² SCS de 28 de junio de 2016, Rol 25.378-2014, considerando nonagésimo quinto.

²³ SCA de Valparaíso, de 12 de septiembre de 2007, Rol 3.235-2003, considerando decimocuarto.

En consecuencia, el cargo o función pública puede desarrollarse en cualquier de los órganos de la Administración del Estado descritos en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N°18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, esto es, en Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

Pero no hay dudas en que el cargo o función pública también puede adscribir a los Poderes Legislativo y Judicial, por cuanto se trata de órganos creados por el Estado.

Así, por ejemplo, se ha dicho respecto de los Notarios que:

*“Los funcionarios del Poder Judicial tienen un estatuto propio incorporado en el Código Orgánico de Tribunales y la circunstancia de que algunos funcionarios auxiliares de la Administración de Justicia no se remuneren con fondos fiscales, sino con derechos o emolumentos pagados por particulares, no afecta su calidad de empleados públicos, ya que entre otras cosas, el Código Orgánico de Tribunales hace a los notarios y receptores ministros de fe pública, lo que hace más evidente aún la calidad pública de su empleo o función, hasta el punto que solamente ellos pueden incurrir en algunas de las falsedades señaladas en el artículo 193 del Código Penal”.*²⁴

Por ello, la función pública a efectos penales equivale a la función que cumple el Estado en distintas esferas y que se materializa como **función ejecutiva, legislativa o judicial**²⁵.

²⁴ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, de 11 de diciembre de 2003, RUC N° 0210000692-0, RIT N° 95-2003, considerando 9°.

²⁵ SCS, de 19 de mayo de 2008, Rol N° 2.321-07, considerando cuadragésimo séptimo.

IV. El liquidador concursal y su calidad de funcionario público

De acuerdo con el desarrollo efectuado en los puntos anteriores, y de la normativa legal que regula al liquidador concursal, que se expondrá a continuación, será posible concluir la calidad de funcionario público que le asiste al liquidador concursal.

IV.1. Regulación del liquidador concursal en la Ley N°20.720

La figura del liquidador concursal está reglamentada en la Ley N°20.720, del año 2014, que “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”. En el numeral 19 del artículo 2° de dicha ley, se le define como:

“Aquella persona natural sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y reemprendimiento, cuya misión principal es realizar el activo del Deudor y propender al pago de los créditos de sus acreedores, de acuerdo con lo establecido en esta ley”.

Para ello, representa judicial y extrajudicialmente los intereses generales de los acreedores y los derechos del Deudor en cuanto puedan interesar a la masa, sin perjuicio de las facultades de aquéllos y de éste determinadas por la ley (inciso primero del artículo 36).

El Título II del Capítulo II de la Ley N°20.720, llamado “*Del Liquidador*”, se encarga del tratamiento orgánico y funcional de este interviniente, donde señala que la Superintendencia de Insolvencia y reemprendimiento confecciona una nómina de liquidadores, la que estará integrada por todas las personas naturales nombradas como tales por la Superintendencia, la que deberá mantener debidamente actualizada y a disposición del público a través de su página web (artículo 30). Por su parte, la ley establece también los requisitos para poder ser Liquidador y solicitar su inclusión en la Nómina de Liquidadores (artículo 32).

Por ello, el profesor RUZ señala que “*se trata de una profesión reglamentada*”, ya que para integrar dicha nómina se debe aprobar un examen de conocimientos para Liquidadores, junto con satisfacer los demás requisitos o condiciones legales, tales como el otorgamiento de una boleta o seguro de garantía de fiel cumplimiento de su desempeño, por un monto de 2.000 UF (artículo 16), y acreditar idoneidad profesional (cinco años de ejercicio de las profesiones exigidas²⁶), física, psíquica y moral²⁷.

La nominación del liquidador definitivo, titular y suplente es realizada en general por la junta de acreedores, sea en la junta constitutiva del artículo 196 o en otra si el titular o suplente son reemplazados. En forma excepcional el liquidador definitivo es designado de acuerdo a otras reglas. En el caso de que no acuda ningún acreedor a la segunda citación a la junta constitutiva, el liquidador titular y suplente se entenderán ratificados de pleno derecho (artículo 195), y en el caso de que el procedimiento concursal de liquidación resulte del rechazo a la propuesta de reorganización del deudor, la junta designa a los liquidadores titular y suplente, a los que el tribunal dará carácter de definitivos (artículo 96)²⁸.

Los honorarios del liquidador concursal tendrán la naturaleza de remuneración única y de gasto de administración del Procedimiento Concursal de Liquidación para todos los efectos legales a que hubiere lugar (artículo 39).

Como previamente revisamos, ni la forma de designación, así como el estatuto laboral a que esté afecto, ni el que no reciba sueldo del Estado, son requisitos indispensables a la calificación de empleado público para efectos penales, en la medida que cumpla con las exigencias que impone

²⁶ Debe contar con título profesional de contador auditor o de una profesión de a lo menos diez semestres de duración, otorgado por universidades del Estado o reconocidas por éste, o por la Corte Suprema, en su caso (artículo 32).

²⁷ RUZ LÁRTIGA, Gonzalo (2017). “*Nuevo Derecho Concursal Chileno, Tomo II*”. Thomson Reuters, primera edición, pp. 662-663.

²⁸ PUGA VIAL, Juan Esteban (2014). “*Derecho Concursal. Del procedimiento concursal de liquidación. Ley N° 20.720*.” Editorial Jurídica, 4ª edición, p. 554.

el artículo 260 del CP, esto es, que cumpla una función pública y dicha función adscriba a un órgano del Estado o dependiente de él.

IV.2. La función pública que cumple el liquidador concursal

Como dijimos, el liquidador concursal es aquella persona natural sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y reemprendimiento, cuya función principal es realizar el activo del deudor y propender al pago de los créditos de sus acreedores, de acuerdo con lo establecido en esta ley.

En primer lugar, da cuenta de la función pública que cumple el liquidador concursal el que se encuentra sujeto al principio de legalidad²⁹, común a todos los órganos públicos, por cuanto tanto su designación, funciones y obligaciones han sido previstas exhaustivamente por el legislador. Así, debe ejercer y cumplir todas las facultades y obligaciones que la Ley le encomienda (artículo 36 N° 13).

En segundo lugar, también deja advertir dicha calidad el que, como señala el profesor RUZ, las funciones que cumple son de orden público y están sujetas a un triple control, a saber, de carácter privado por parte de la junta de acreedores, otra de carácter jurisdiccional, por parte del tribunal de la liquidación, y, por último, una de carácter administrativo, a través de la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y reemprendimiento³⁰.

Por ello, el liquidador concursal ha sido caracterizado como un **órgano de** la liquidación concursal³¹, de carácter procedimental, es decir, vinculado al procedimiento judicial concursal³².

²⁹ Ibídem., p. 549.

³⁰ RUZ, ob. cit., p. 670.

³¹ Ibídem, p. 661; PUGA, pp. 548-549.

³² RUZ, ob. cit., pp. 679-680.

Igualmente, la función pública que ejercen los liquidadores concursales es posible reconocerla, en concreto, de las siguientes funciones que desarrolla:

IV.2.1. Representa judicial y extrajudicialmente tanto los intereses generales de los acreedores como los derechos del deudor en cuanto puedan interesar a la masa, por lo que tiene funciones de administración ejecutivo-jurisdiccionales, y, por ello, ejerce al interior del proceso concursal una función pública o estatal³³.

Sobre el punto, el profesor RUZ ha indicado que:

“[E]l liquidador representa también el interés general del procedimiento judicial colectivo, pues en sus manos está la conducción de una serie de actos procesales, materiales y de fondo que tienen como fin dar curso progresivo a la liquidación judicial”³⁴.

Por ello, el liquidador es el órgano de la liquidación que administra el concurso conforme al principio jurídico de orden público de la *par conductio creditorum*, es decir, velando por la igualdad en las condiciones de los acreedores, con arreglo a los bienes jurídicamente tutelados que existen en todo proceso de ejecución mediante realización de bienes. Por ello, se señala por el profesor PUGA que su función al interior del proceso concursal es típicamente ejecutivo-jurisdiccional³⁵.

Igualmente, en medio de la tramitación de la Ley N°20.720, la ex Superintendente de Quiebras, Josefina Montenegro Araneda, también afirmó en más de una oportunidad, sin ambages, que los liquidadores concursales cumplen una función pública, quedando consignado que:

³³ PUGA, ob. cit., pp. 548-549.

³⁴ RUZ, ob. cit., p. 686.

³⁵ PUGA, ob. cit., pp. 548-549.

“Recordó que los liquidadores son entes privados que ejercen funciones públicas. Notó que casi un tercio de los procedimientos concursales que se siguen en la actualidad no tienen bienes, pero que igual deben concluirse. Expresó que si se permite que los liquidadores no asuman esas quiebras, los respectivos procedimientos quedarán pendientes a perpetuidad, lo que no es conveniente para el interés público y perjudica al fallido, que nunca será rehabilitado.”³⁶

Así, señala también el profesor PUGA:

“[E]s un verdadero funcionario público, atendida la función que desempeña, quien “en virtud de una designación especial y legal, de una manera continua y bajo formas y condiciones determinadas, en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando dicha voluntad se dirige a la realización de un fin público”³⁷.

Por último, cabe señalar a este respecto que el liquidador concursal tiene la obligación de rendir cuenta de su gestión³⁸, a través de la “cuenta final de la administración”, la cual debe entregar al tribunal competente y a la Superintendencia de Insolvencia y reemprendimiento. Tras ello, debe citar a la Junta de Acreedores -publicando la citación en el Boletín Concursal- para proceder a rendirla, explicar su contenido, las conclusiones y acreditar la retención del porcentaje de honorarios (artículo 51). Asimismo, se encuentra regulado *inextenso* el procedimiento

³⁶ Historia de la Ley N° 20.720. Segundo Informe de Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y Economía Unidas, en Primer Trámite Constitucional, p. 385; en igual sentido lo expresó en Segundo Trámite Constitucional, ante la Cámara de Diputados, en el Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, pp. 1182 y 1193.

³⁷ PUGA, ob. cit., p. 551.

³⁸ Si en la gestión del liquidador las actividades se desarrollan normalmente, debe rendir cuenta al final de su administración, al término de 30 días contados sea del vencimiento de los plazos legales de realización de bienes, sea del agotamiento de los fondos o pago íntegro de los créditos reconocidos, o bien sea del cese anticipado de su cargo (artículo 50).

de observaciones u objeciones a la cuenta final de administración del liquidador³⁹, de lo que destaca que pueden realizar dichas objeciones no solo el deudor y los acreedores, sino también la Superintendencia de Insolvencia y reemprendimiento.

IV.2.2. Cumple una función de colaborador de la actividad judicial. Así, el profesor LEHUEDÉ ha señalado que, atendida la complejidad que reviste el proceso de ejecución universal de bienes del deudor, el liquidador es un órgano necesario, cuyo rol principal consiste en asesorar al juez del concurso, y por ello, además, requiere de una comprobada idoneidad técnico-profesional⁴⁰. Dicho asesoramiento y colaboración con el juez debe ajustarse estrictamente a los dispuesto en la ley.

Se destacan algunas de sus funciones, entre otras necesarias para el desarrollo del procedimiento concursal y que tiene asignadas por ley, que colaboran con el juez del concurso⁴¹⁻⁴², las siguientes:

³⁹ RUZ, ob. cit., p. 675.

⁴⁰ LEHUEDÉ, ob. cit., pp. 293-294.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 294-295.

⁴² Cabe señalar, además, en el ejercicio de sus funciones, el Liquidador deberá también con arreglo a la Ley N° 20, inciso segundo, del artículo 36: incautar e inventariar los bienes del Deudor, liquidar los bienes del Deudor, efectuar los repartos de fondos a los acreedores en la forma dispuesta en el Párrafo 3 del Título 5 del Capítulo IV de esta ley, cobrar los créditos del activo del Deudor, contratar préstamos para solventar los gastos del Procedimiento Concursal de Liquidación, exigir rendición de cuentas de cualquiera que haya administrado bienes del Deudor, reclamar del Deudor la entrega de la información necesaria para el desempeño de su cargo, registrar sus actuaciones y publicar las resoluciones que se dicten en el Procedimiento Concursal de Liquidación en el Boletín Concursal, depositar a interés en una institución financiera los fondos que perciba, y abrir una cuenta corriente con los fondos para solventarlo, ejecutar los acuerdos legalmente adoptados por la Junta de Acreedores dentro del ámbito de su competencia, cerrar los libros de comercio del Deudor, quedando responsable por ello frente a terceros desde la dictación de la Resolución de Liquidación, transigir y conciliar los créditos laborales con el acuerdo de la Junta de Acreedores, según lo dispone el artículo 246 de esta ley.

- a. Notificar la resolución de liquidación, mediante publicación en el Boletín Concursal para los acreedores residentes en el territorio nacional (artículo 129 N° 7) y por el medio más expedito a los acreedores residentes en el extranjero (artículo 129 N° 8).
- b. Notificar las demás actuaciones que la ley establece.
- c. Inscribir la resolución de liquidación en los conservadores de bienes raíces correspondientes a cada uno de los inmuebles del deudor (artículo 129 N° 9).
- d. Subsanan objeciones a los créditos y confeccionar las nóminas de créditos reconocidos e impugnados (artículo 175).
- e. Informar al tribunal, para la resolución de materias sometidas a su conocimiento (v. gr. artículos 132, inciso 3°; 171, inciso 1°; 175 y 190).

En consecuencia, atendida la regulación legal a que está sujeto en forma íntegra el liquidador concursal, como, asimismo, por las funciones que realiza en el procedimiento judicial de liquidación concursal, tanto en la administración ejecutivo-jurisdiccional como en su labor de colaborador del juez, puede afirmarse que el liquidador concursal cumple una función pública.

IV.3. Adscripción de la función pública que ejerce el liquidador concursal a un órgano del Estado o dependiente de él

Como revisamos, la función pública equivale a la actividad que cumple el Estado en distintas esferas y que se materializa como función ejecutiva, legislativa o judicial⁴³. Así, para ser considerado funcionario público a efectos penales, la función pública debe necesariamente desarrollarse en el sector público, en un organismo del Estado o

⁴³ Así en sentencia de la Corte Suprema, 19 de mayo de 2008, Rol N° 2.321-07, considerando cuadragésimoséptimo.

dependiente de él⁴⁴, con independencia de su forma de vinculación (contrato de trabajo, a honorarios o ad honorem, etc.).

La función que cumple el liquidador concursal es una función de administración ejecutiva, propia del Estado, pero confiada a este particular, que, como dijimos, se ejerce al interior de un proceso judicial civil concursal, representa judicial y extrajudicialmente tanto los intereses generales de los acreedores como los derechos del deudor en cuanto puedan interesar a la masa, por lo que su función es típicamente ejecutivo-jurisdiccional y, por lo mismo, se inserta en una función pública o estatal de carácter jurisdiccional. De ahí también que el liquidador concursal sea definido como un órgano que a través de la administración concursal que realiza, está a cargo de una serie de actos procesales con el objeto de dar curso progresivo a la liquidación concursal y garantiza el respeto al principio jurídico de orden público de la *par conductio creditorum*.

Conforme a ello, el liquidador concursal en el ejercicio de su labor dispuesta por la ley colabora con uno de los poderes del Estado, en este caso el Poder Judicial, y por ello cumple una función de orden público, consistente en colaborar y asesorar al juez del concurso, función pública que la propia ley les asigna y regula detalladamente, que tiene por finalidad satisfacer una “necesidad pública”, que adscribe a una labor cuya actividad se encuentra dentro de la esfera judicial y, por tanto, adscribe a una actividad esencialmente estatal.

Al igual que el notario público, el liquidador concursal ejerce una función que es propia del Estado y, por tanto, pública, respecto de la que este ejerce la facultad de delegarla⁴⁵ en otros sujetos que revisten el carácter de privados, y por la que estos perciben un derecho o emolumento de parte de los particulares, lo que no afecta en nada su calidad de empleados públicos⁴⁶. La labor que cumple también es distinta, pues el notario no

⁴⁴ Así en sentencia de la Corte Suprema, de 19 de mayo de 2008, Rol N° 2.321-07, considerando cuadragésimo sexto, citando también a Etcheberry.

⁴⁵ VIDAL DOMÍNGUEZ (2015), “*Derecho Notarial chileno*”, Legal Publishing, p. 56, citado en Peralta, Ximena, ob.cit. P. 51.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, de 11 de diciembre de

coadyuva ni posibilita el ejercicio de la función jurisdiccional encargada a los jueces, como lo realizan los auxiliares de la administración de justicia⁴⁷, característica que sí, en cambio, es apreciable en la función que cumple el liquidador concursal.

Ahora bien, en relación a la adscripción a un órgano público de parte de estos funcionarios, ambos lo son al Poder Judicial, el notario público en tanto “se halla bajo la vigilancia de las Cortes de Apelaciones”⁴⁸, y los liquidadores concursales, en tanto sobre ellos ejerce control “el tribunal de la liquidación donde desenvuelven su función”, no obstante que, respecto de ellos, además del control de carácter privado que ejerce la junta de acreedores, pesa un control de carácter administrativo, a través de la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y reemprendimiento.

Así, es diferente la situación en que se encuentran los abogados de la plaza, quienes, si bien podría señalarse que pueden realizar sus funciones “en” el sector público, en concreto un poder del Estado, y, específicamente en el Poder Judicial, conforme lo señalado en el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales que señala, “*los abogados son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes*”. En cambio, no realizan una función pública, ya sea ejecutiva, legislativa o judicial, pues su función y labor que realizan persigue un fin eminentemente privado, consistente en satisfacer un interés particular en beneficio de la parte que representa, es decir, por intereses exclusivamente de carácter particular. Tampoco podría sostenerse que colaboren con las funciones jurisdiccionales que realiza el juez ni el Poder Judicial como órgano estatal, a diferencia de lo que sucede con el liquidador concursal, quien realiza por mandato legal funciones que de no haberse previsto normativamente que realizara, sería el juez quien debiese ejecutarlas, al

2003, Ruc N° 0210000692-0, RIT N° 95-2003, considerando 9°.

⁴⁷ Esta función se le asigna a los Notarios Públicos; véase: Sentencia del Tribunal Constitucional rol 14-1982, citada en: Peralta Fierro Ximena (2019), “*Análisis Funcional de la Notaría Chilena*”, Tesis para postular al grado de licenciada en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 58.

⁴⁸ Artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales.

interior del procedimiento concursal.

En suma, conforme lo expuesto y desarrollado, el liquidador concursal que interviene en el procedimiento concursal establecido en la Ley N°20.720 posee la calidad de funcionario público a efectos penales, al cumplir una función pública que se inserta en una actividad que ejerce el Poder Judicial.

V. Conclusiones

A partir de todo lo expuesto, finalmente, podemos concluir lo siguiente:

- La doctrina penal nacional ha definido a los liquidadores concursales como “*agentes privados que administran bienes ajenos por mandato legal*”. Se trata de sujetos activos del delito de negociación incompatible, entendida a su respecto y para los funcionarios públicos, como la acción de preferir el interés personal por sobre el de la función pública que se ejerce. Así, una parte de la doctrina penal, en concordancia con lo planteado desde hace tiempo ya por la doctrina comercial -respecto del ex síndico de quiebras-, reconoce que el liquidador concursal ejerce una función pública, uno de los elementos fundamentales que comprende la noción de empleado público a efectos penales, cuestión que se sustenta en la descripción y análisis de la normativa que regula el liquidador concursal.
- La modificación prevista en la Ley N°21.121, relativa a incorporarlos en forma expresa como sujetos activos del delito de negociación incompatible, no importa que el legislador conscientemente haya desconocido la función pública que el liquidador concursal ejerce incluso previo a su dictación, pero, en cualquier caso, si es posible verificar en un sujeto el cumplimiento de los requisitos para ser considerado funcionario público a efectos penales -artículo 260 del CP- nada será obstáculo para afirmar dicha calidad en su persona. Así, la función pública ejercida por este sujeto al interior del proceso

judicial de liquidación concursal, reconocida tanto en forma previa como posterior a la dictación de la Ley N°21.121 por la doctrina nacional, no se ve afectada porque el legislador ha decidido incorporarlos en forma expresa como posible autor del delito antes referido.

El liquidador concursal es aquella persona natural sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, cuya principal función es realizar el activo del deudor y propender al pago de los créditos de sus acreedores. Desde la perspectiva de su función personal, es un funcionario público, no en base a las formalidades de su nombramiento, asunción al cargo o por su remuneración, sino por la función que desempeña, función de administración ejecutiva, propia del Estado, pero confiada a un particular.

- Atendida su regulación legal, las funciones que realiza, así como su adscripción a un órgano del Estado, es posible sostener que el liquidador concursal establecido en la Ley N°20.720 es un funcionario público a efectos penales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 260 del Código Penal.
- Da cuenta de la función pública que cumple el liquidador concursal el que esta se encuentra sujeta al principio de legalidad -su designación, funciones y obligaciones han sido previstas exhaustivamente por el legislador- y a un triple control, a saber, uno de carácter privado, otro jurisdiccional, y uno administrativo. Por ello, ha sido caracterizado como un **órgano de** la liquidación concursal de carácter procedimental, es decir, vinculado al procedimiento judicial concursal. Particularmente, representa judicial y extrajudicialmente tanto los intereses generales de los acreedores como los derechos del deudor en cuanto puedan interesar a la masa, por lo que su función al interior del proceso es típicamente ejecutivo-jurisdiccional y, por lo mismo, cumple una función pública o estatal, velando por el interés general del procedimiento judicial colectivo, al promover su curso progresivo, y garantizando el respeto al

principio de orden público la “*Par conditio creditorum*” o “Igualdad en las condiciones de los acreedores”. Asimismo, colabora y asesora al juez del concurso en la forma que la ley regula detalladamente, en el marco del proceso judicial en que se desarrolla la liquidación concursal, por tanto, su actividad se desenvuelve e inserta en una actividad propia del sector público, en un órgano del Estado, el Poder Judicial.

- En consecuencia, el liquidador concursal en el ejercicio de su labor dispuesta por la ley colabora con uno de los poderes del Estado, en este caso el Poder Judicial, y por ello cumple una función de orden público consistente en colaborar y asesorar al juez del concurso, función pública que la propia ley les asigna y regula detalladamente, que tiene por finalidad satisfacer una “*necesidad pública*”, y que adscribe a una labor cuya actividad se encuentra dentro de la esfera judicial y, por tanto, adscribe a una actividad esencialmente estatal.