

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2985-2016 SOBRE PROVECHO DEL DOLO AJENO EN EL CASO CORFO INVERLINK

GONZALO FERNÁNDEZ RUIZ¹

RESUMEN: análisis del fallo dictado por el Tribunal Constitucional en la causa rol N° 2985-2016, que se pronunció acerca del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por British American Tobacco Chile respecto de las normas de los artículos 1458 inciso segundo y 2316 inciso segundo del Código Civil, que consagran la acción por provecho del dolo ajeno.

Se detallan antecedentes previos a la interposición de dicho requerimiento a fin de proporcionar un contexto adecuado para el entendimiento del problema planteado. Luego, se realiza una breve exposición de la argumentación de la requirente acerca de la vulneración del artículo 19 N° 24 de la Constitución.

Finalmente, se reflexiona acerca de la argumentación del Tribunal Constitucional en torno a la vulneración del derecho de propiedad, relacionando este tópico con un análisis acerca de si de aplicarse dichas disposiciones en un contexto donde existe un título que legitima dicha atribución patrimonial (un contrato) resulta contrario o no al derecho de propiedad del tercero que se ve obligado a restituir las cantidades percibidas en favor de la víctima del dolo. Esto se relaciona además con un examen acerca de qué es lo que ha de entenderse por “provecho” en el contexto de la acción por provecho del dolo ajeno y si el carácter de fungible de los bienes involucrados (dinero) presenta o no alguna relevancia a la hora de realizar el análisis de constitucionalidad al caso concreto.

PALABRAS CLAVE: inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Tribunal Constitucional, derecho de propiedad, provecho del dolo ajeno, pago, tradición, posesión, prescripción adquisitiva, Inverlink, CORFO.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes del caso Inverlink. 3. Las normas impugnadas. 4. Argumentación de BAT. 5. Fallo del Tribunal Constitucional. 6. Prevención de la Ministra Marisol Peña. 7. El voto de minoría. 8. Comentarios. 8.1. Sobre una supuesta vulneración al derecho de propiedad. a) argumentación de la requirente. b) Una forma distinta de mirar el problema: rol del pago efectuado por Inverlink a los inversionistas. b.1) Sobre el régimen de propiedad del

¹ Agradezco la colaboración de Valentina Avalos Bozo.

dinero. b.2) Sobre la procedencia de la acción de provecho del dolo ajeno cuando existe un título que justifica dicho provecho. 8.2. Sobre el concepto de provecho. 9. Nuevo requerimiento interpuesto por Mutualidad del Ejército y Aviación. 10. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El denominado caso Inverlink ha sido fuente de abundante jurisprudencia relativa a una institución hasta entonces poco explorada, la acción por provecho del dolo ajeno consagrada en los artículos 1458 y 2316 del Código Civil². Arduas discusiones tanto jurisprudenciales como doctrinales se han sostenido en torno a su naturaleza jurídica, específicamente sobre si se trataría de una acción indemnizatoria o restitutoria, cuestión que resulta relevante para efectos de determinar cuál será el régimen supletorio aplicable a dicha acción.

En el caso Inverlink, la interposición de esta acción era quizás la única posibilidad que tenía la Corporación de Fomento de la Producción (“CORFO”) de obtener una restitución de los dineros que le fueron sustraídos. Esto porque, como se explicará, el autor del ilícito cometido en su contra se encontraba en insolvencia, por tanto, su mejor apuesta era dirigirse en contra de los terceros que habían reportado provecho de dicho ilícito, aunque sin saberlo.

De esta manera, CORFO decidió demandar civilmente a los inversionistas de Inverlink a fin de recuperar el dinero sustraído, invocando las normas de los artículos 1458 y 2316 del Código Civil. Durante el año 2007, CORFO interpuso 26 demandas civiles por el provecho que habrían obtenido algunos inversionistas del Grupo Inverlink, habiéndose fallado en su favor prácticamente en todas ellas, ascendiendo dicho provecho solo por concepto de capital del año 2003 a \$49.476.689.480.

Al verse en una posición desfavorecida ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, los inversionistas intentaron como última vía recurrir al Tribunal Constitucional, interponiendo un requerimiento de

² Existe una ardua discusión acerca de la naturaleza jurídica de dicha acción, particularmente si se trataría de una acción restitutoria o indemnizatoria. Solo para efectos de este artículo se dará por sentado que su naturaleza es restitutoria y no se ahondará más en dicho aspecto por exceder el ámbito del presente comentario.

inaplicabilidad por inconstitucionalidad, alegando una vulneración a su derecho de propiedad, además de una infracción a la garantía de igualdad ante la ley.

El presente trabajo analiza el fallo del Tribunal Constitucional en tanto rechaza el señalado requerimiento, avocándose al análisis de la supuesta vulneración al derecho de propiedad. No se abordará la línea de argumentación que dice relación con la garantía de igualdad ante la ley, por considerarse que el aspecto más interesante del fallo dice relación con el primer punto señalado.

Se examinarán, a propósito de dicha discusión, algunos aspectos particulares de la acción por provecho del dolo ajeno que resulta conveniente considerar para poder analizar el mencionado fallo: si acaso procede dicha acción en la medida que la atribución patrimonial que recibe este tercero tiene como fundamento un título legítimo; qué rol juega el pago efectuado por Inverlink a los inversionistas en virtud de ese título; qué es lo que ha de entenderse por provecho en el contexto de dicha acción; y, si resulta aplicable en la medida que dicho provecho consista en dinero y no en una especie o cuerpo cierto.

2. ANTECEDENTES DEL CASO INVERLINK

A comienzos del año 2003, el entonces presidente del Banco Central, Carlos Massad, descubrió que su secretaria había estado entregando información privilegiada a Enzo Bertinelli, uno de los principales ejecutivos del grupo Inverlink, que había logrado posicionarse como una de las corredoras de bolsa más importantes de la época.

Ante la conmoción generada en el mercado producto del descubrimiento de dicha información, los inversionistas decidieron en masa retirar sus inversiones, sin considerar los vencimientos futuros, causando con ello una falta de liquidez a Inverlink.

En el contexto de dicha investigación, más tarde se descubriría que el tesorero de CORFO, Javier Moya, estaba coludido con el *holding* financiero, y habría sustraído una serie de instrumentos que representaban dinero de las bodegas de seguridad de CORFO para enviarlos a Inverlink, de manera tal que dicha entidad procediera a liquidarlos en el mercado financiero y con el dinero obtenido producto de tales ventas pagar las deudas que mantenía con el grupo

de inversionistas que exigían la restitución inmediata de los dineros invertidos. Se habrían realizado una serie de operaciones triangulares para vulnerar la prohibición de CORFO de invertir en instituciones no bancarias, lo que generó un fraude millonario a dicha institución. Todo esto sin que los inversionistas de Inverlink tuvieran sospecha alguna de que el dinero restituido había sido obtenido de manera ilícita.

Durante los años 2006-2007, CORFO interpuso una serie de demandas civiles en contra de varios de estos inversionistas para la restitución del provecho percibido en razón de los actos dolosos que dicha institución habría sido víctima y prácticamente en todas ellas los fallos resultaron favorables a la entidad estatal.

Una de estas demandas fue interpuesta en contra de British American Tobacco Chile Operaciones S.A. (BAT), entre otros, que en el año 2003 celebró con Inverlink varios contratos de compraventa de valores de oferta pública con compromiso de retrocompra o con compromiso de retroventa. Esto quiere decir que BAT podía con posterioridad, y dentro de los plazos señalados, recuperar la inversión realizada más los intereses acordados.

En el momento en que BAT decidió hacer valer el derecho que otorgaban dichos contratos y así rescatar los fondos, Inverlink habría hecho frente a dichas obligaciones con dineros obtenidos del fraude del cual fue víctima CORFO, puesto que a la fecha el patrimonio de Inverlink era negativo.

El fallo de primera instancia resultó contrario a los intereses de los inversionistas, estableciendo la obligación de restituir el monto de la inversión y los intereses pactados. Respecto de dicha sentencia, se interpuso un recurso de casación en la forma y recurso de apelación, encontrándose pendiente a la fecha del requerimiento su vista y fallo ante la Corte de Apelaciones respectiva. En este contexto, BAT decidió presentar un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 1548 y 2316 del Código Civil relativos al provecho del dolo ajeno. Fundamentó su requerimiento en una infracción al artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República (CPR), esto es, al derecho de propiedad. Posteriormente, varios demandados en el mismo juicio adhirieron a dicho requerimiento.

3. LAS NORMAS IMPUGNADAS

Como se señaló, las normas impugnadas por la requirente son las siguientes:

i) Artículo 1458 inciso segundo del Código Civil:

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.

ii) Artículo 2316. inciso segundo del Código Civil:

Es obligado a la indemnización el que hizo daño, y sus herederos.

El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, solo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho.

4. ARGUMENTACIÓN DE BAT

BAT sostiene que es necesario tener en consideración que cuenta con un título legítimo para solicitar la restitución de los montos entregados a Inverlink, por tanto, su beneficio tiene como fundamento un legítimo interés amparado en contratos perfectamente válidos y regulados por la ley. Además, señala que al hacer valer el pacto de retroventa, simplemente recuperó los dineros propios invertidos en un principio y que al momento de la restitución, esta se realizó con fondos de Inverlink y no de CORFO.

Por tanto, aplicar las normas señaladas resultaría contrario al artículo 19 N° 24 de la CPR, en tanto se estarían expropiando dineros propios, cuyo título está en un contrato de compraventa válidamente celebrado. Existiría así, una expropiación ilegal e inconstitucional, en tanto no tiene como fundamento una ley general o especial que la autorice por causa de utilidad pública o interés nacional, como lo exige el inciso tercero del N° 24 del artículo 19 de la CPR, sin existir tampoco la correspondiente indemnización.

Señala que una interpretación contraria provocaría que se derrumbe el sistema financiero, puesto que, en ese evento, si cualquier persona toma un depósito a plazo en un banco o institución financiera, al cobrarlo tendría que exigirle a la institución que le acredite el exacto origen de cada peso, a fin de quedar a cubierto de una acción temeraria como la deducida

5. FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Finalmente, el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento deducido por BAT, considerando que no se afecta el derecho de propiedad como alega la requirente, por cuanto señaló que no existe privación alguna de sus derechos, en tanto BAT puede perfectamente verificar sus créditos en la quiebra y mantiene todas las acciones que emanan de los respectivos contratos celebrados con BAT, cuya legitimidad no ha sido puesta en entredicho.

Considera además, que en la especie no puede hablarse de expropiación, en tanto no podría existir sin un acto de autoridad. Tampoco existiría autotutela de las partes, puesto que para que opere la cuestionada norma se requiere de una declaración judicial que verifique sus presupuestos de procedencia.

6. PREVENCIÓN DE LA MINISTRA MARISOL PEÑA

La Ministra se manifestó de acuerdo con rechazar el requerimiento en lo que dice relación con el derecho de propiedad. Sin embargo, realizó una interesante prevención, en tanto entendió que lo que realmente se pretendía objetar por medio del requerimiento era la forma en que, a través del juicio civil correspondiente, se comprobó que el provecho obtenido por BAT como consecuencia de las operaciones desarrolladas con Inverlink, fue superior a los meros intereses devengados en el tiempo de la inversión, haciendo la precisión de que esa es una discusión de fondo respecto a la cual el Tribunal Constitucional no podía pronunciarse.

La Ministra entiende que la aplicación del inciso segundo del 2316 del Código Civil, no puede producir, respecto de la requirente, un resultado inconstitucional, pues solo ha sido obligada a restituir el provecho obtenido que corresponde al mayor valor de la operación,

más no el valor completo de la inversión realizada. Considera que el derecho aprueba actos lícitos evitando que una persona se enriquezca y además goce del amparo del ordenamiento jurídico cuando se realicen actos ilícitos aunque no le sean atribuibles directamente.

7. EL VOTO DE MINORÍA

Los ministros Aróstica y Letelier estuvieron por acoger el requerimiento en lo que dice relación con la vulneración al derecho de propiedad. Esto en el entendido que, al momento de solicitarse la restitución de los fondos invertidos, a consecuencia de los contratos de compraventa celebrados entre ambas partes, tuvo lugar la tradición de dichos dineros, siendo legitimada dicha tradición por el referido título traslativo de dominio. Teniendo esto como base, los ministros razonan que habiéndose producido la tradición y habiendo transcurrido más de 2 años de posesión de dichos dineros por parte de la requirente, el dominio de esta sobre aquellos dineros se vuelve incuestionable e inobjetable. Siendo así, se vulnera la garantía constitucional de propiedad de la requirente, al lesionar su patrimonio en forma esencial. Por tanto, las disposiciones del Código Civil impugnadas en el requerimiento, en el caso concreto, resultarían ser contrarias a la Constitución, debiendo prosperar la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

8. COMENTARIOS

8.1. Sobre una supuesta vulneración del derecho de propiedad

a) La argumentación de la requirente

El argumento central de BAT para sostener que en el caso existiría una vulneración del derecho de propiedad parece basarse en la idea de que, al hacer valer el derecho que le otorgaba el pacto de retroventa, simplemente se encontraría recuperando dineros que le son propios. Por tanto, al acogerse la acción de restitución por provecho del dolo ajeno lo que se estaría haciendo sería privar a BAT de la propiedad de dichos dineros que simplemente estaba recuperando.

El problema de tal razonamiento de la requirente es que omite una distinción relevante para el caso en cuestión. BAT sostiene ser titular del derecho de propiedad sobre los dineros invertidos

en Inverlink, sin considerar los distintos momentos que se dan en el presente caso, esto es, el instante en que esos dineros salieron de su patrimonio, para realizar la inversión y el momento en que estos vuelven a ingresar a su patrimonio, en virtud del derecho que le confería el pacto de retrocompra. Es justamente la omisión de dicho matiz la que impide concentrarse en el aspecto civil de fondo, que se abordará más adelante.

Para clarificar este punto es necesario tener presente que al momento de celebrarse el contrato de compraventa entre BAT e Inverlink se incorporaron al patrimonio de BAT los siguientes derechos:

- a) Derecho personal a solicitar la entrega de los valores acordados.
- b) Una vez que se hiciera valer el derecho conferido por el pacto de retroventa, un derecho personal a exigir el precio acordado.
- c) Discutidamente y en virtud del carácter de bienes incorpóreos de los derechos personales mencionados en a) y b), el derecho de propiedad sobre los referidos derechos de acuerdo con lo señalado por el artículo 583 del Código Civil, en tanto señala que sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad.

Por tanto, resulta incorrecto señalar que al momento de ejercer el derecho que le confería el pacto de retrocompra, la requirente simplemente se encontraba recuperando dineros propios, como si esta hubiese mantenido su derecho de propiedad sobre dicho dinero incluso una vez realizada la inversión respectiva. En el momento mismo en que BAT decide comprar a Inverlink los valores de oferta pública, ese dinero salió de su patrimonio, dejando de detentar un derecho de propiedad sobre este y, como contrapartida, adquirió los derechos personales señalados en a) y b).

Teniendo esto presente y en esa lógica, el razonamiento del Tribunal, al señalar que el derecho de BAT no se ve conculcado con la aplicación de las normas impugnadas, resulta correcto. De acuerdo a lo establecido por el artículo 2465 del Código Civil, que consagra el llamado derecho de prenda o garantía general, toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618.

La pretensión de CORFO de obtener la restitución del provecho obtenido por BAT a consecuencia del fraude realizado por Inverlink, no priva a BAT del referido derecho de prenda general. La requirente mantiene la posibilidad de solicitar el pago de su crédito sobre todo el patrimonio del deudor en un procedimiento posterior, al igual que todos los acreedores de Inverlink.

Como señala Carlos Peña en su informe en derecho sobre este asunto, dicha forma de entender el tema es consistente con las reglas constitucionales que *“garantizan, tratándose de créditos, la titularidad de los mismos, pero en caso alguno garantizan el cumplimiento de la prestación que constituye su contenido. Esta última está entregada –unánimemente en el derecho privado– al derecho de prenda general a que se refiere el artículo 2465 y por esa vía al derecho de las obligaciones”*³. (énfasis añadido).

Cosa distinta es que, probablemente, en caso de seguir tal vía, no pueda recuperar los fondos invertidos debido a la insolvencia de su deudor, pero ese es un riesgo que todo acreedor corre y para el cual la ley contempla otros mecanismos de prevención, conocidos como los derechos auxiliares del acreedor. En ese sentido, los derechos personales que emanan del contrato respectivo se mantienen intactos, a pesar de acogerse la pretensión de CORFO y su propiedad o titularidad sobre dichos derechos no se ve afectada.

b) Una forma distinta de mirar el problema: rol del pago efectuado por Inverlink a los inversionistas

Ahora bien, el planteamiento de la requirente y, consecuentemente, el razonamiento del Tribunal, no se refieren a un aspecto civil fundamental que de haber sido planteado podría haber cambiado la decisión de este asunto. Porque si uno va más allá, a la discusión civil de fondo, podría sostenerse que al momento hacer valer el derecho conferido por el pacto de retroventa pactado y haber obtenido, en consecuencia, la restitución de la inversión más los intereses pactados, lo que BAT habría obtenido sería un pago efectivo de su crédito y, por tanto, tratándose de una obligación de dar, finalmente lo que hizo en virtud de ese pago fue hacerse dueño de

³ PEÑA (2016), p. 1578.

la suma señalada a través de la respectiva tradición o bien la prescripción adquisitiva. Entendido así el argumento, es válido cuestionarse si la aplicación de las normas impugnadas produce o no una vulneración a su derecho de propiedad y eso es algo que no fue analizado en el razonamiento mayoritario del Tribunal Constitucional.

A este respecto cabe considerar que el voto de minoría, que estuvo por acoger el requerimiento, se plantea en una línea semejante al analizar la situación del inversionista respecto a los fondos al momento en que se le ordena hacer la restitución. Considera que al proceder al rescate de los fondos invertidos y obtener su restitución, habría operado una tradición de dichos fondos a favor de BAT, de manera tal que habiendo poseído tales dineros por un período superior a 2 años, su dominio sobre ellos se volvería incuestionable y, por tanto, al acogerse la acción de restitución de dichos fondos se estaría vulnerando su derecho de propiedad.

b.1. Sobre el régimen de propiedad del dinero

A raíz de la argumentación que realiza el voto de minoría surge un nuevo cuestionamiento, que es si acaso tratándose de un bien fungible, como el dinero, tiene o no sentido hablar propiamente de posesión. Esto, porque si consideramos que al tenor del artículo 700 del Código Civil la posesión es la tenencia de una cosa *determinada*, con ánimo de señor o dueño, resulta interesante preguntarse si el dinero cumple con dicha calidad. Sabemos que el dinero es una cosa fungible y genérica. ¿Implica eso que no puede ser determinada al tenor del artículo 700? A este respecto, se estima necesario considerar que respecto del dinero podemos observar 2 dimensiones diferentes: la material (representada por los billetes) y la simbólica (representada por su valor o poder liberatorio). Respecto a su dimensión simbólica, la propiedad y sus instituciones derivadas (posesión, acciones protectoras) no son fáciles de aplicar, lo que ha llevado a algunos autores incluso a cuestionar si existe realmente propiedad sobre el dinero⁴.

Finalmente, de la respuesta a estas interrogantes depende la argumentación siguiente. Si no estamos de acuerdo con que el dinero sea susceptible de ser poseído, entonces la argumentación que

⁴ CORRAL (2017).

realiza el voto de minoría en torno a la prescripción adquisitiva de dichos montos no sería decisiva. Si aceptamos, en cambio, dicha posibilidad y aplicamos al dinero el mismo régimen posesorio que a cualquier bien mueble, entonces sí tiene sentido plantear que habiendo existido un título traslativo de dominio, buena fe a lo menos inicial de parte de BAT y tradición, se cumplirían los requisitos de la posesión regular, de acuerdo a lo requerido por el artículo 702 del Código Civil y, por tanto, sí sería sostenible que habiendo transcurrido más de 2 años desde la fecha de entrega, BAT se habría hecho dueño de tales dineros.

La particularidad que presenta el dinero es que, además de ser una cosa fungible, es un bien cuyo valor no está representado por su materialidad, sino más bien por ser un instrumento de cambio y una medida común de valores, con poder liberatorio. En ese sentido, los billetes específicos que Inverlink utilizó para realizar el pago a BAT en su materialidad, sí podrían ser susceptibles de posesión sin discusión. El punto es que la pregunta aquí nunca es por esos billetes específicos, sino más bien por el valor que ese dinero representa en el patrimonio de BAT y eso es lo que presenta mayores dificultades para determinar si podría o no ser susceptible de posesión.

El tema de la fungibilidad y características especiales del dinero no es menor. De hecho en la causa de fondo que dio lugar a este requerimiento se discutió acerca de la posibilidad de construir la relación de causalidad necesaria para dar lugar a la acción de provecho de dolo ajeno cuando se trata de un bien fungible como el dinero. Así, algunos inversionistas intentaron sostener que el carácter fungible del dinero obsta al establecimiento de la relación de causalidad que debe existir entre el hecho ilícito de que fue víctima CORFO y el provecho reportado por el tercero.

El problema de esta argumentación es que parece querer reducir el ámbito de aplicación de esta acción a situaciones donde el provecho reportado se trate de una especie o cuerpo cierto, cuando dicha restricción no resulta necesaria. Así, los inversionistas intentaron utilizar el carácter de fungible del dinero como un argumento para no dar lugar a la acción de restitución por provecho del dolo ajeno. Sin embargo, como señala René Abeliuk, *“lo único que no puede exigirse en una obligación de dinero, es que el dinero del provecho sea el mismo que el autor del dolo obtuvo de su acto ilícito. Entonces, si así*

*fuera, el hecho doloso simplemente le bastaría cambiar la materialidad misma de los billetes, cheque, vale vista u otro documento representativo de dinero, para eludir la aplicación del precepto, lo que demuestra por cierto, lo absurdo del argumento*⁵ (Abeliuk, Informe en Derecho sobre la acción de la víctima en contra de inversores por provecho de dolo ajeno, 2009, pág. 55). En ese sentido también se pronuncia Peñailillo, quien señala: *“Tratándose de dinero, muy generalmente no será el mismo; lo importante es demostrar que el valor, concretado en dinero, en el que incide el dolo, sea el mismo que beneficia al que será demandado por el provecho (...) De no ser así, la acción quedaría abruptamente minimizada a las escasas situaciones de especies o cuerpos ciertos y, en las deudas dinerarias, solo a aquellas en que se demuestre que con el mismo metálico sustraído se paga la deuda a otro, las que, en definitiva, se reconducen a las primeras, porque aquí se está tratando al dinero como especie o cuerpo cierto*⁶.

La doctrina, por tanto, reconoce el problema que representa en este caso que el bien acerca del que se está discutiendo sea dinero. La argumentación del voto de minoría resultaría impecable si estuviésemos hablando de un auto o cualquier bien mueble que no fuese dinero. El problema es que aquí la discusión tiene más que ver con el valor que ese dinero representa en el patrimonio de BAT y los inversionistas y no por cada billete o moneda, y eso es algo de lo que el voto de minoría no se hace cargo. Implícitamente, decide tratar al dinero como trataríamos a cualquier especie o cuerpo cierto y eso es cuestionable en la medida que se podría argumentar que *“se hace desaparecer la razón por la cual el ser humano inventó el dinero”*, esto es, su valor de cambio y poder liberatorio, al igual que cuando en la causa de fondo se intentó señalar que la relación de causalidad necesaria para dar lugar a la acción de provecho del dolo ajeno no se puede constituir tratándose de este bien.

La pregunta que subyace, entonces, es si podemos o no tratar al dinero como un bien determinado, aplicando las mismas normas de posesión y prescripción que aplicaríamos a cualquier bien mueble. Si uno no está de acuerdo con dicha posibilidad, entonces surge una nueva interrogante ¿En qué calidad o posición jurídica quedó BAT luego de recibir el pago por parte de Inverlink de esos dineros?

⁵ ABELIUK (2009), p. 55.

⁶ PEÑAILILLO (2008), p. 22.

Si no entendemos que el dinero sea un bien susceptible de ser poseído, quedarían 3 opciones:

- a) Son dueños de dichos dineros.
- b) Son meros tenedores.
- c) Se encuentran en situación de precario.

Es muy difícil argumentar que b) o c) resulten adecuadas en este caso. Es claro que, al recibir el pago, BAT no está reconociendo dominio ajeno, según lo exige el artículo 714 del Código Civil. Además, BAT detenta un título que justifica dicha tenencia, por tanto, tampoco resulta aplicable la institución del precario.

También podría sostenerse que son dueños, sin embargo, esto resulta discutible, ya que un sector de la doctrina cuestiona que pueda existir propiedad propiamente tal sobre el dinero. En efecto, Guzmán Brito ha señalado: *“la ley y los juristas suelen hablar de dominio de los fungibles. Tal lenguaje debe atribuirse a una abusión o catacresis, que son las denominaciones atribuidas a un frecuente fenómeno lingüístico consistente en que los hablantes apliquen a una cosa que carece de nombre propio el de otra por ser el más cercano disponible (...) en nuestro caso, la abusión radica en hablar de dominio o propiedad y de dueño con respecto a los fungibles, a semejanza de como se habla de dominio o propiedad y de dueño en relación con los infungibles”*⁷. Resulta discutida, por tanto, la idea de propiedad sobre el dinero en los términos concebidos por el Código Civil. A este respecto, Hernán Corral ha señalado que resulta evidente que sobre los billetes o monedas existe una propiedad y sobre el valor económico que estos representan una propiedad *especial*⁸. De esta manera, la doctrina reconoce lo complejo que resulta aplicar estos conceptos a un bien fungible tan particular como el dinero.

En este orden de cosas, es necesario considerar el artículo 682 del Código Civil, que señala: *“si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada”*. Al no haber sido Inverlink dueño de esos dineros (si es que se tuviere eso por acreditado), uno podría sostener, por tanto, que no pudo transferir más derechos de los que tenía

⁷ GUZMÁN (2016), p. 16.

⁸ CORRAL (2017).

sobre ese dinero y, por tanto, malamente BAT podría ser dueño. Eso nos lleva nuevamente a la pregunta por la posesión.

Otra objeción para considerar que BAT se habría hecho dueño del dinero está dada por el artículo 1575 del Código Civil, que dispone: “*El pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño*”. Si el pago no es válido, eso quiere decir que la obligación no se extinguió. Como señala Víctor Vial “*El artículo 1575 dice que no es válido el pago en que se debe transferir la propiedad cuando este no cumple uno de los mencionados requisitos. Sin embargo, el problema no es de nulidad cuando el que paga no es dueño de la cosa. La tradición en este caso no es nula, sino que simplemente no va a operar el efecto de transferir el dominio, con lo que debe estimarse que el pago no constituye la prestación de lo que se debe –transferencia de dominio– por lo que no extingue la obligación del deudor”⁹. (énfasis añadido). Siendo así, no podrían verse afectados los derechos de BAT al ordenarse restituir los montos recibidos, en tanto su derecho personal a exigir el cumplimiento de la obligación continúa vigente. Sin embargo, de nuevo surge la interrogante acerca de si la lógica de los artículos 682 y 1575 dice más bien relación con bienes determinados.*

Y es que, tratándose de bienes determinados, todas estas normas adquieren mucho más sentido. Pensemos, por ejemplo, que se tratara aquí del robo de un auto. Inverlink debía un auto de ciertas características a BAT y para realizar el pago, decidió sustraer ese auto a CORFO. Por supuesto que tiene lógica que, cuando Inverlink realiza la tradición a BAT, al tenor del 682 del Código, no transfiera más derechos que los que tiene sobre dicho auto, eso resguarda a CORFO en el sentido de poder hacer valer sus derechos ejerciendo la acción reivindicatoria correspondiente sobre dicho auto dentro de un plazo que no supere el tiempo necesario para que BAT adquiera el dominio por prescripción adquisitiva. En ese mismo sentido, tratándose de un auto, resulta de toda lógica que cuando el pago consiste en transferir la propiedad, este no sea válido en la medida que no lo haga el dueño. Esta norma, por su parte, resguardaría a BAT frente a la eventual acción reivindicatoria que el tercero podría deducir en su contra para recuperar el auto, de

⁹ VIAL (2003), p. 280.

manera tal de no ver extinguido su crédito y, por tanto, poder dirigirse en contra de Inverlink para el cumplimiento de la obligación.

Ahora, volvamos al caso del dinero. ¿Tiene sentido aplicar las mismas normas? Esto resulta a lo menos discutible. Porque tratándose de dinero y dejando de lado, por un momento, la insolvencia de Inverlink, CORFO en términos puramente teóricos no tiene la necesidad de dirigirse en contra de BAT para recuperar ese dinero, el dinero no es un bien que sea susceptible de ser reivindicado, en tanto no se trata de una cosa singular, al tenor del artículo 889 del Código Civil. Así, como señala Guzmán Brito “*solo pueden ser reivindicadas las cosas infungibles o identificables; si no lo sean, no resulta posible que, en el conjunto de las existentes, sean señaladas por alguien para separarlas e indicarlas como propias a diferencia de las restantes, que son ajenas. Si son todas iguales ¿Cómo alguien podría ejecutar semejante operación discriminadora en un conjunto de cosas confundidas y no preidentificadas por algún signo exterior?*”¹⁰ Si quiere recuperar ese dinero, basta que haga valer el crédito que surge en contra de Inverlink por el ilícito cometido. Son estas características especiales que presentan las obligaciones monetarias —que las diferencian de otro tipo de obligaciones— lo que hace surgir la pregunta acerca de si resulta o no atinente aplicar las mismas disposiciones del Código.

En ese sentido, René Abeliuk reconoce una serie de particularidades de este tipo de obligaciones, entre las que resulta relevante que: “*2° En el caso de incumplimiento, ya que siempre podrá obtenerse su pago en la forma estipulada, pues si el deudor no lo efectúa, se le embargan y rematan bienes suficientes y con su producto se paga al acreedor (N° 801), y porque la indemnización por la mora se traduce en el pago de intereses (N° 898)*”¹¹. Teóricamente, entonces, no resulta necesario que CORFO se dirija contra los inversionistas, sino que puede dirigirse directamente contra Inverlink. El problema, y eso es lo que hace este caso muy interesante, es que Inverlink no tenía con qué responder en tanto su patrimonio era negativo, y es justamente por eso que CORFO decide interponer la acción de provecho del dolo ajeno.

¹⁰ GUZMÁN (2016), p. 15.

¹¹ ABELIUK (2008), p. 337.

Lo anterior, de todas formas, también resulta discutible en la medida que existe doctrina que acepta la posibilidad de reivindicar dinero. Así, Hernán Corral, al comentar el caso de un camión de Prosegur de cual cayó un saco de dinero que fue recogido por quienes pasaban por el sector, señala: *“Aquellos que piensan que no cabe propiedad sobre el dinero, niegan que proceda dicha acción, y piensan que se tratará de una acción personal o de crédito no por los mismos billetes recogidos sino por el valor de aquellos que hayan sido recolectados por el demandado. Pero bien podría aplicarse la acción reivindicatoria, asumiendo que en este caso se ha perdido la posesión de la cosa por una enajenación de ella recibieron el valor que ese dinero representaba: se puede aplicar, entonces, al menos analógicamente, el art. 898 del Código Civil¹²”*.

Parece ser que la respuesta a la pregunta acerca de si existe o no en este caso una vulneración al derecho de propiedad de BAT, pasa primero por esclarecer en qué posición se encontraba respecto de dichos dineros. Y analizando lo hasta aquí discutido, cualquiera sea la posición que uno adopte, todo indica que al momento en que BAT se vio obligado a restituir esos dineros, ya era dueño de ellos, ya sea por la prescripción adquisitiva de los mismos de acuerdo al razonamiento del voto de minoría, ya sea por la tradición al momento del pago, en tanto, como lo entiende Guzmán Brito refiriéndose a la propiedad de cosas fungibles: *“La entrega de ellos a otro convierte a este en su “dueño” y le da el poder de usarlos y disponerlos. Como no se trata de una donación ni de la contrapartida de algún acto oneroso, empero, el que las recibió comienza a deber la restitución de otro tanto de cosas del mismo género y calidad; eso significa que las tiene acreditadas. El que entregó el dinero o los fungibles, por su lado, aunque no haya dado su autorización de uso o consumo o aunque hubiera prohibido lo uno o lo otro, no tiene forma de impedir que el recipiendario se los apropie ni que, de hecho, los use o consuma para después restituir el tantudem”¹³*.

Siendo así, la aplicación de las normas del 1458 y 2316 del Código Civil, en tanto lo obligan a restituir dichas sumas, sí resultaría inconstitucional en el caso concreto, porque sí se estaría vulnerando el derecho de propiedad de BAT sobre dichos montos.

¹² CORRAL (2017).

¹³ GUZMÁN (2016), pp. 16-17.

Ahora bien, podría levantarse la objeción de que esto nos llevaría al absurdo de que la acción por provecho del dolo ajeno no podría recibir aplicación en ningún caso en que el tercero detente algún título que justifique esa atribución patrimonial, lo que contradice el fin mismo de la norma en tanto busca sancionar desplazamientos patrimoniales que tengan su fundamento en el actuar ilícito. Pero esto no resulta efectivo, en tanto dichas normas no producirían un resultado inconstitucional en la medida que el tercero que ha recibido un provecho no se haya hecho dueño de los bienes en cuestión. En el caso en comento, si uno es partidario de que el dinero es un bien susceptible de ser poseído y la acción se hubiese ejercido antes del plazo necesario para adquirir por prescripción adquisitiva dichos dineros, el resultado no provocaría una vulneración al derecho de propiedad.

Lo anterior resulta consistente con las soluciones que nuestro mismo Código Civil plantea en hipótesis distintas. Pensemos, por ejemplo, en la norma del artículo 1689 que regula los efectos de la nulidad respecto de terceros, estableciendo que “*la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales*”. Considérese que A y B celebraron un contrato de compraventa de un auto, que adolece de un vicio de nulidad. Luego de esto B, antes de que sea declarada la nulidad, enajena ese auto a un tercero C y, finalmente, A decide solicitar la declaración de nulidad de ese contrato, C se va a ver obligado a restituirlo. Aquí uno podría decir que también podría producirse una vulneración al derecho de propiedad que nos lleva de nuevo al absurdo, pero el punto es que justamente una de las excepciones a la aplicación de esta norma se da cuando ese tercero C ha adquirido la cosa por prescripción adquisitiva. El Código, frente a este conflicto de interés privilegia en principio a quien obtiene la declaración de nulidad, pero una vez que ha transcurrido el tiempo necesario para que el tercero adquiera por prescripción adquisitiva, dicha protección se acaba y pasa a estar de lado del tercero.

b.2. Sobre la procedencia de la acción de provecho de dolo ajeno cuando existe un título que justifica dicho provecho

Lamentablemente, la reclamación de BAT nunca explícita, al menos, estos interesantes aspectos y parece más bien estar fundada en la intención de discutir acerca de la legitimidad de dar lugar a

la acción por provecho de dolo ajeno en la medida que dicho provecho se justifica en un título legítimo, como lo es en la especie un contrato de compraventa. El problema es que esa es una discusión de fondo que excede el ámbito de competencia del Tribunal Constitucional. Es el mismo órgano quien reconoce dicha limitación en el considerando quinto de su sentencia, cuando al señalar una serie de aspectos sobre los que no se va a pronunciar precisa:

*“Finalmente, este Tribunal no puede realizar una interpretación del precepto impugnado, desligado de la acción que debe resolver. De ahí que no pueda pronunciarse sobre si la norma exige culpa o dolo; si CORFO ejerció una acción jurídica legítima; si la acción es restitutoria o indemnizatoria; si opera o no retroactivamente. El tribunal tampoco está para criticar normas, o llenar los vacíos de estas”*¹⁴.

En la causa Corporación de Fomento de la Producción con Inversiones Torres del Paine¹⁵, la Corte Suprema se pronunció sobre si procede esta acción en la medida en que el tercero justifique un título legítimo. En dicho fallo, la Corte estableció que son 3 los requisitos necesarios para dar lugar a la acción de restitución por provecho del dolo ajeno:

- a) Que exista una actuación dolosa.
- b) Que un tercero perciba provecho como consecuencia de ese dolo ajeno.
- c) Que el que recibe el provecho no sea cómplice del dolo.

Luego, en relación al segundo requisito, en su considerando sexto, la Corte razona lo siguiente:

“Sexto: Que en lo concerniente al segundo presupuesto de la acción ejercida en autos, el mencionado artículo 2316 del inciso 2° solo exige que un tercero se beneficie, sin ser cómplice del dolo ajeno. Para que se configure tal hipótesis basta que ese tercero reciba un provecho proveniente del ilícito, que puede ser un bien, una ventaja o su valor. Por otra parte, resulta indiferente el título a través del cual el tercero recibe el beneficio, pues la circunstancia

¹⁴ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por British American Tobacco Chile Operaciones S.A. “BAT” respecto de los artículos 2316 y 1458 del Código Civil (2018).

¹⁵ Corporación de Fomento de La Producción con Inversiones Torres del Paine (2013).

de tratarse del pago de un crédito –generado por ejemplo por un contrato– no excluye la posibilidad de aplicar la regla del artículo 2016 del Código Civil. En efecto, si se demuestra que sin la maniobra dolosa ese crédito no se hubiera pagado o que ese crédito solo pudo ser pagado debido a la conducta dolosa, allí se configura precisamente la ventaja o provecho obtenido” (énfasis añadido).

Agregando en el considerando décimo de dicha sentencia:

“Décimo: que, en segundo término, la demandada ha sostenido que ostentaba un título –crédito– para retirar la inversión, de modo que no ha existido un enriquecimiento sin causa. Tal como se anticipara en el considerando sexto, si bien el acreedor no se enriqueció pues solo recibió lo que se le adeudaba, lo cierto es que sin esa actuación dolosa habría quedado impago.

Se trata de una acción restitutoria en que lo restituible es un provecho que se recibió por la existencia de un dolo ajeno. No es necesariamente un enriquecimiento sin causa porque, como acontece en la especie, puede ser que el provecho se obtenga con perfecta causa jurídica”¹⁶ (énfasis añadido).

En ese mismo sentido, Peñailillo señala “[p]ero la aplicación del 2316 a ese supuesto de pago de un crédito es concebible, si está integrado con otros antecedentes en los que ha intervenido el dolo. Dicho de otro modo, la sola circunstancia de tratarse del pago de un crédito (generado por cualquier fuente; por ejemplo, un contrato), no excluye la posibilidad de aplicar la regla. Si se demuestra que sin la maniobra dolosa ese crédito no se habría pagado, o, en términos positivos, que ese crédito logró ser pagado gracias a la conducta dolosa, podría aplicarse la regla. Ahí está la ventaja o provecho obtenido. Se dirá que el acreedor no se enriqueció porque solo recibió aquello que se le adeudaba. Pero es que el enriquecimiento no está ahí; está en la circunstancia –probada, se entiende– de que sin el dolo habría quedado impago”¹⁷ (énfasis añadido).

Es claro que la postura de la jurisprudencia y algún sector de la doctrina ha sido comprender que en estos casos no es un requisito que el provecho que recibe el tercero no deba fundarse en una causa

¹⁶ Corporación de Fomento de La Producción con Inversiones Torres del Paine (2013).

¹⁷ PEÑAILILLO (2008), pp. 20-21.

legítima, y quizás esa fue la motivación de la requirente para intentar obtener de parte del Tribunal Constitucional la inaplicabilidad de dichas normas. Sin embargo, su argumentación apunta más a un aspecto de fondo que, como ya se señaló, excede la competencia del Tribunal Constitucional.

Un argumento que deja entrever que esta última es la intención de la recurrente, es el que dice relación con el supuesto colapso del sistema financiero en caso de otorgar a las normas impugnadas una interpretación distinta a la defendida por BAT. Esto tiene que ver con que, de buenas a primeras, si uno mira el asunto desde la perspectiva de BAT, puede parecer injusto que deba restituir los fondos rescatados cuando no sabía ni tenía cómo saber que Inverlink obtuvo los dineros para efectuar dicha restitución mediante maniobras fraudulentas. Esto nuevamente nos lleva a un tema de fondo, que dice relación con la buena o mala fe del tercero que recibe este provecho y que –como bien señala el Tribunal– es un aspecto sobre el cual no puede pronunciarse.

Si se mira incluso más allá, dicha discusión tiene que ver con la justificación o el fundamento de esta acción para la restitución por el provecho obtenido del dolo ajeno en nuestro sistema jurídico. Respecto a este punto, resulta interesante el análisis realizado por Alberto Pino Emhart, quien concibe a esta acción como una expresión del principio del enriquecimiento injustificado en nuestro ordenamiento jurídico, cuyo fundamento normativo reside principalmente en la prevención o disuasión¹⁸. No siendo la única norma en nuestro ordenamiento jurídico que tiene tal fundamento existiendo también, por ejemplo, el artículo 1558 del Código Civil. Como señala el mismo autor *“la justificación de esta norma no puede radicar en el principio de justicia correctiva, puesto que tanto el incumplimiento culpable como el incumplimiento doloso de un contrato producen la misma situación de desigualdad entre las partes; ambas situaciones ameritan el mismo tratamiento desde la perspectiva de la justicia correctiva. La norma puede entenderse desde una perspectiva disuasiva; quien actúa dolosamente se arriesga a verse obligado a indemnizar incluso daños imprevistos o imprevisibles”*¹⁹. En ese sentido, la acción de restitución por provecho de dolo ajeno persigue

¹⁸ PINO (2016), pp. 254-265.

¹⁹ PINO (2016), pp. 264-265.

prevenir la comisión de actos dolosos, estableciendo la restitución de ganancias incluso respecto de un tercero inocente. Esto en tanto como señala Alessandri *“la responsabilidad de quien obtuvo provecho del dolo ajeno no deriva del delito mismo, de que no ha sido autor, no de haber habido dolo en el acto de que reportó el provecho, sino única y exclusivamente del beneficio que, a costa del patrimonio de la víctima, obtuvo del dolo ajeno. La ley no admite que el dolo pueda ser fuente legítima de lucro para alguien”*²⁰. Justamente, las normas en comento prescinden de la buena fe del tercero, en tanto si este fuera cómplice del dolo, las normas aplicables serían más bien las del inciso 1° del artículo 2316 o el 2317 del mismo cuerpo legal.

Uno puede estar o no de acuerdo con la decisión legislativa de sancionar cualquier incremento patrimonial que tenga como fundamento una actuación dolosa con independencia del estado subjetivo de quien reporta ese beneficio, pero esa es una discusión que debe darse en otro plano, por cuanto, como bien reconoce el Tribunal Constitucional, no está para criticar normas ni llenar vacíos.

8.2. Acerca del concepto de provecho

Otro aspecto que resulta interesante discutir en relación con este fallo dice relación con qué es lo que vamos a entender por “provecho”, en relación a la acción consagrada por los artículos 1458 y 2316 del Código Civil. Lo anterior, en el entendido que, como se explicó en el apartado anterior, no resulta necesario que el tercero que recibe el provecho carezca de un título que justifique dicho enriquecimiento. La pregunta relevante, entonces, es qué es lo que comprende el concepto de “provecho” en este contexto.

Si uno analiza qué es lo que ha entendido la doctrina por provecho, existen dos posturas al respecto. Una restrictiva, que considera que es provecho solo el diferencial entre lo obtenido y lo pagado en virtud del título respectivo; y otra extensiva, que entiende que es provecho todo lo que se haya recibido. Carlos Pizarro ha señalado que: *“[P]ara que opere la restitución resulta fundamental que el tercero haya obtenido un provecho. Esta expresión debe entenderse como ganancia o un incremento efectivo del patrimonio, ya sea por ahorro en gastos o por ingresos*

²⁰ ALESSANDRI (2015), p. 348.

positivos para el tercero. En consecuencia, la acción no puede prosperar si el tercero detenta un título que justifique el pago por el agente doloso, salvo en la proporción que diferencia lo pagado de lo obtenido”²¹.

Luego, procede a analizar si el acto por el cual ese provecho se recibe es a título gratuito u oneroso, señalando que: “*Si el supuesto beneficiario de provecho de dolo ajeno ejecutó una contraprestación o tuvo que hacer algún desembolso de dinero o especies con ocasión del acto o negocio (oneroso) que le reportara ganancias o provecho, tal contraprestación o desembolso será considerado y tal provecho o ganancia se limitará a un valor que la considere (...) En suma, tratándose de un tercero a quien le pagan una deuda, incluso con dineros o especies provenientes de un ilícito civil, solo debe restituir aquella parte en que, efectivamente, haya enriquecido su patrimonio”.*

Lo planteado por Pizarro parece condecirse con la prevención que realiza la Ministra Marisol Peña en torno a este punto, en tanto señala que:

“la aplicación del inciso segundo del 2316 del Código Civil, en la parte impugnada, no puede producir, respecto de la requirente, un resultado inconstitucional, pues solo ha sido obligada a restituir el provecho obtenido que corresponde al mayor valor de la operación, más no el valor completo de la inversión realizada”²².

Sin embargo, el fallo no realiza dicha precisión, por lo que surge la interrogante en torno a qué entendemos por provecho. Existe la posibilidad de entenderlo en este caso de la forma planteada por Pizarro y Peña, en el sentido de “el mayor valor de la operación, más no su valor completo”, en tanto la restitución del monto originalmente invertido no reportaría en sí mismo un provecho para la requirente. Otra opción es entender por provecho el valor completo de la inversión realizada, esto en el entendido de que BAT no habría podido obtener el rescate de dichos fondos si la maniobra dolosa realizada por Inverlink no se hubiese realizado, de manera tal que el poder obtener el pago de dicho crédito, eliminando así un pasivo de su patrimonio, implica el “provecho” que reportó de dicha operación.

²¹ PIZARRO (2008), p. 684.

²² *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por British American Tobacco Chile Operaciones S.A. “BAT” respecto de los artículos 2316 y 1458 del Código Civil (2018).*

Esta última forma de entender el concepto de provecho también ha sido defendida por un sector de la doctrina y por la jurisprudencia que se ha dictado a raíz precisamente del caso CORFO-Inverlink. En ese sentido, Abeliuk señala *“tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento se aprecian con amplitud. Lo normal será un aumento en el patrimonio del orden material en el enriquecimiento y la pérdida correspondiente en el otro. Pero no hay inconveniente alguno para que consistan en la economía de un gasto por un lado, y la pérdida de un ingreso cierto o de un desembolso efectuado por la contraparte”*²³. Así dicho autor en su informe en derecho a propósito de la presente discusión concluye que: *“cualquier beneficio o utilidad con tal que sea económico, y no una ganancia o aumento de fortuna obtenido en un negocio, ni mucho menos solo el interés o fruto percibido en un negocio, o el incremento del patrimonio. Evitar una pérdida también puede ser un provecho obtenido a consecuencia de un dolo ajeno”*. Y, más adelante, cuando analiza la aplicación de lo señalado justamente a este caso señala, *“a no mediar el dolo ajeno, la inversión era la que estaba perdida y merced a dicho acto doloso ajeno, terceros pudieron recuperar lo colocado en el Fondo Mutuo de “Inverlink”. El provecho por tanto no incluye solo los reajustes por inflación y el aumento del valor del fondo, sino que incide fundamentalmente en la posibilidad o imposibilidad de recuperación (hecho que debe probar la víctima) pero nunca podrá exceder lo que recibió finalmente el partícipe”*²⁴ (énfasis añadido).

La Corte Suprema también se ha pronunciado en este sentido. En la causa Corporación de Fomento de la Producción con Inversiones Torres del Paine, da luces en torno a qué es lo que ha de entenderse por provecho en este contexto. Así en el considerando sexto del fallo señala:

“En efecto, si se demuestra que sin la maniobra dolosa ese crédito no se hubiera pagado o que ese crédito solo pudo ser pagado debido a la conducta dolosa, allí se configura precisamente la ventaja o provecho obtenido. El enriquecimiento está entonces en el hecho que sin el dolo el acreedor habría quedado impago.

El legislador no restringió en forma alguna el beneficio o provecho, utilidad o ganancia exigido en el sentido amplio de esos tér-

²³ ABELIUK (2008), p. 181.

²⁴ ABELIUK (2009), p. 49.

*minos. Así, evitar una pérdida también puede ser un provecho a consecuencia de un dolo ajeno*²⁵.

De esta forma parece entenderlo también el 14° Juzgado Civil de Santiago, en la causa que dio origen al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la medida que en su considerando trigésimo quinto señala:

“Respecto al concepto de provecho cabe consignar que a juicio de este sentenciador aquel vocablo tiene una extensión lingüística amplia y flexible, identificándose con la percepción de un beneficio de índole económico y/o de un valor que es aplicable a cualquier ventaja emanada del ámbito patrimonial”²⁶ (énfasis añadido).

Y luego, cuando procede a determinar el monto del provecho obtenido por cada uno de los demandados, lo hace en base al total de las respectivas operaciones realizadas y sin hacer la distinción sobre un “mayor valor” o “diferencial” obtenido, estableciendo el deber de restituir el total de dichas sumas reajustadas más los intereses legales correspondientes desde la fecha en que la sentencia se encuentre firme o ejecutoriada y hasta la fecha de pago efectivo.

También así lo entendió la Corte Suprema en la causa caratulada Corporación de Fomento para la Producción con San Antonio Terminal Internacional. En ese caso, la recurrente de casación alegaba que el artículo 2316 inciso 2° del Código Civil exige una relación de causalidad directa e inmediata entre el dolo ajeno y el beneficio del tercero. Así, la sentencia infringiría el mencionado precepto al aplicarlo en el caso, donde no existe relación de causalidad entre el empobrecimiento de CORFO y el enriquecimiento de la demandada. En efecto, el supuesto provecho que su parte recibió lo habría sido no a consecuencia del hurto, apropiación o sustracción de los instrumentos de propiedad de la demandante –que fue la acción dolosa propiamente tal– sino que de un pago legítimo hecho por el autor del daño, el que en sí mismo no es constitutivo de una acción dolosa. Dicho pago se habría hecho al tenor de una obligación vigente, sin que pueda generar una obligación restitutoria. En torno a dichas alegaciones la Corte estimó que:

²⁵ Corporación de Fomento de La Producción con Inversiones Torres del Paine (2013).

²⁶ Corporación de Fomento de La Producción con Mutualidad del Ejército y Aviación (2015).

“En efecto, desde el punto de vista conceptual, no resulta efectiva la afirmación plasmada en el recurso a través de la cual se sostiene que por haberse producido un pago que extingue un crédito de propiedad de la demandada se interrumpe la relación directa que debe existir entre el dolo y el provecho recibido por el tercero, por cuanto el mencionado artículo 2316 inciso 2° del Código Civil solo exige para que se configure tal hipótesis que un tercero reciba beneficio proveniente del ilícito, pudiendo corresponder aquel a un bien, una ventaja o su valor, cuestión que en el caso concreto ha acaecido puesto que, como ya se ha señalado, CORFO ha sido víctima del actuar doloso cometido por personeros del grupo Inverlink, quienes a través de distintas maniobras se hicieron de valores pertenecientes a la víctima y es con ese dinero que han procedido a pagar al demandado, de modo que este efectivamente ha logrado un beneficio proveniente del dolo que le es ajeno, desde que se ha establecido en la causa que sin la comisión del hecho ilícito San Antonio Terminal Internacional S.A. en forma alguna habría obtenido la solución de su acreencia”²⁷.

Como se señaló, dicha interpretación ha sido consistente al aplicarse a los procesos gatillados a raíz del caso Inverlink. En otra causa caratulada Corporación de Fomento de la Producción CORFO con Ilustre Municipalidad de La Pintana, se estimó lo siguiente:

“Décimo sexto: Que, asimismo, no se entiende por qué habría de restringirse la voz provecho a un entendimiento tan estrecho si ningún precedente ni elemento de juicio sustenta semejante interpretación. En efecto, cuando el legislador alude al provecho obtenido por el tercero se refiere, sin duda, al beneficio económico que el acto doloso le ha significado y si, como en la especie, la circunstancia de haber rescatado el total de su inversión, además de una cierta ganancia, solo se pudo verificar como consecuencia de ese acto malicioso, pues la Administradora de Fondos Mutuos carecía por completo de recursos para pagarla de otro modo, forzoso es concluir que tal rescate constituye, íntegramente, un provecho o beneficio para el Municipio”²⁸.

²⁷ Corporación de Fomento para la Producción con San Antonio Terminal Internacional (2013).

²⁸ Corporación de Fomento de la Producción CORFO con Ilustre Municipalidad de La Pintana (2013).

Sobre este punto, Hernán Corral, siguiendo una opinión que se condice con la planteada por Marisol Peña y Carlos Pizarro, tiene una opinión contraria, en tanto señala:

“[L]a clave para determinar si hay lesión o no del derecho constitucional de la propiedad está en el concepto de provecho: si se considera que toda contraprestación de un acto jurídico oneroso debe ser restituido, habría vulneración incluso aunque se mantuviera el crédito contra el autor del dolo, porque la norma estaría autorizando que quedara sin efecto el derecho de retener el dinero entregado en virtud de un pago que fue completamente válido. Pero si lo que se entiende por provecho es la ganancia o utilidad efectiva que una persona obtuvo gracias al ilícito doloso de otra, pareciera que no hay violación del derecho de propiedad porque, en estricto rigor, no había derecho a hacer esa ganancia que sería un enriquecimiento sin causa o, peor, con causa ilícita”²⁹.

La discusión no es baladí, en tanto entender el asunto de esta forma implicaría que CORFO solo podría dirigirse en contra de los inversionistas por el diferencial obtenido a través de la operación realizada con Inverlink, haciendo ilusoria así cualquier posibilidad de dicha entidad de recuperar los dineros fraudulentamente utilizados, considerando que Inverlink se encontraba en insolvencia. En cambio, comprender el concepto de provecho en un sentido amplio, esto es, abarcando tanto el capital recuperado como el interés, CORFO podría legítimamente obtener la restitución del total de la operación realizada, pero perjudicando el interés de los inversionistas de buena fe que perderían completamente la inversión realizada. Finalmente, lo que existe aquí es una situación donde alguien saldrá perdiendo.

Teniendo esto último presente, es decir, que finalmente en la situación analizada los intereses de alguno de los involucrados prevalecerán ante los del otro, resulta interesante tener en consideración que en la causa de fondo fue discutido si el actuar de CORFO podía ser considerado como negligente, en el entendido que existiría una exposición imprudente de la víctima al daño y, por tanto, si podría aplicarse la reducción del artículo 2330 del Código Civil.

²⁹ CORRAL (2018).

En efecto, se señaló que habiendo participado activa y determinadamente un funcionario de CORFO en concomitancia con el resto de los perpetradores, hecho que se concretó por la falta de diligencia y cuidado para cautelar el patrimonio y descontrol absoluto en el desempeño de los funcionarios que tenían a su cargo, la apreciación del daño quedaría sujeta a la reducción dispuesta por la norma señalada.

Esto, sin embargo, fue descartado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. A este respecto Abeliuk ha señalado lo siguiente:

“lo que el art. 2330 permite es reducir la apreciación del daño, y como lo hemos analizado y establecido, en el inciso 2° del art. 2316 del Código Civil, no es el daño lo que se paga, sino la medida de la carga que el precepto impone es el beneficio obtenido por el que debe responderle a la víctima. Dicho de otra manera, no se indemniza el daño, esa es responsabilidad del que ejecutó el acto doloso”³⁰. En ese mismo sentido, Peñailillo señala “siendo una acción restitutoria por atribución patrimonial impropia que configura un enriquecimiento injustificado, una supuesta culpa o negligencia de la víctima es inocua para la procedencia de la restitución. Como se ha dicho, no se trata aquí de una indemnización a la víctima de un daño, se trata de una restitución de un beneficio obtenido en base a un dolo, que el Derecho no tolera e impone restituir; con o sin descuido del perjudicado, debe restituir porque no tiene causa para retener; el beneficio, existente por una conducta dolosa, está radicado, injustificadamente, en un patrimonio, debiendo estar en otro; eso basta para que el derecho ordene la restitución; eso basta para que el Derecho ordene la restitución; objetivamente, debe reestablecerse un estado de cosas que no debió ser alterado”³¹.

Teniendo entonces claro que –para la doctrina y la jurisprudencia–, aquí la pregunta acerca del actuar negligente de la víctima del daño no resulta atingente, parece importante puntualizar que los artículos 1458 y 2316 del Código Civil que consagran la acción de provecho del dolo ajeno, constituyen una regla excepcional en nuestro ordenamiento civil. Así lo ha entendido también la Corte Suprema, en tanto se trata de una norma que “*establece una excepción en materia*

³⁰ ABELIUK (2009), p. 44.

³¹ PEÑAILILLO (2008), p. 24.

*de responsabilidad extracontractual, pues hace responsable a quien ha reportado beneficio de un acto doloso en el que no ha participado*³².

Así, si uno analiza nuestro Código Civil, es patente que el legislador en la mayoría de los casos busca proteger al tercero de buena fe. Esto se manifiesta en distintas normas del Código: los artículos 1490 y 1491 del Código Civil, que contemplan los efectos que tiene la condición resolutoria respecto de terceros poseedores y cuya lógica es básicamente atender a la buena o mala fe de dicho tercero para determinar si se tiene o no una acción reivindicatoria en su contra. Sucede también con la acción pauliana, contemplada en el artículo 2468; en tanto se trate de un tercero adquirente a título oneroso, la ley decide protegerlo en la medida que se encuentre de buena fe, antes que al acreedor que ve burlado su crédito. Sucede también en el mandato, en la medida que el artículo 2173 establece que el mandante quedará obligado ante terceros aún cuando el mandatario haya actuado a sabiendas de la expiración del mandato, en la medida que los terceros se encuentren de buena fe. Esto solo por mencionar algunos ejemplos donde la ley de manera consistente y frente a un conflicto de intereses, decide proteger al tercero de buena fe.

Siendo así, es claro que la norma del 1458 y 2316 del Código Civil contemplan una institución de carácter excepcional, donde a pesar de la buena fe del tercero, la ley establece una obligación de restituir.

Como señala la doctrina y jurisprudencia, las instituciones excepcionales deben ser interpretadas restrictivamente. En efecto, se ha señalado: “El argumento de analogía o *a pari*, formulado en el adagio: *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*. La disposición legal es extendida a un caso análogo a aquel que ella ha previsto. Este argumento no es admisible cuando la disposición es excepcional, es decir, que ella deroga una regla general. Este es el sentido de las fórmulas repetidas a menudo: ‘la excepción es de derecho estricto, *exceptio est strictissimae interpretationis*’, ‘la excepción confirma la regla en los casos no exceptuados’, *exceptio probat regulam in casibus non exceptis*”³³ (énfasis añadido).

De esta manera, parece tener más sentido limitar el concepto de provecho al diferencial obtenido en virtud de la operación y no al

³² *Corporación de Fomento de la Producción CORFO con Ilustre Municipalidad de La Pintana* (2013).

³³ SOLAR (1978), p. 124.

total, en tanto, de modo contrario y bajo una interpretación amplia del concepto, se impone al tercero una carga que no le es imputable, que es finalmente hacerse cargo de las consecuencias de los actos dolosos del agente, los cuales desconocía. A este respecto, es necesario considerar que si hubiese estado consciente del actuar doloso, ya no estaríamos en la hipótesis de provecho de dolo ajeno, sino que simplemente estaríamos frente a un cómplice que tendría que responder por el total de los perjuicios causados. Así, parece correcto el análisis que realiza Carlos Pizarro al señalar: *“Si el supuesto beneficiario de provecho de dolo ajeno ejecutó una contraprestación o tuvo que hacer algún desembolso de dinero o especies con ocasión del acto o negocio (oneroso) que le reporta ganancias o provecho, tal contraprestación o desembolso será considerado y tal provecho o ganancia se limitará a un valor que la considere (...) Aquello que implica un incremento o un ahorro efectivo en el patrimonio del demandado, y que tenga como única justificación el dolo de un tercero”*³⁴.

En apoyo de esta solución, encontramos que en otras normas de nuestro Código Civil el legislador adopta un criterio similar. Así, el artículo 890 del Código Civil señala que: *“pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles. Exceptúanse las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase. Justificada esa circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla”*. Aquí la ley establece que el dueño puede reivindicar estas cosas, siempre y cuando reembolse al comprador lo que haya dado por ella. Nuevamente, la ley busca proteger el derecho de propiedad de este tercero frente a la reclamación del dueño, estableciendo que sí se puede obtener la restitución en la medida que el tercero quede indemne. De esta forma, se entiende que el dueño de la cosa tiene derecho a recuperarla, pero siempre respetando la inversión previamente realizada por el comprador de la cosa, debiendo restituir el precio pagado por esta.

Por lo demás, este parece haber sido el criterio jurisprudencial anterior a los fallos dictados en el caso CORFO-Inverlink. Así, la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol 42068-1993, en un caso de apropiación indebida, consideró que para determinar

³⁴ PIZARRO (2008), p. 685.

el monto del provecho debe considerar que el encubridor pagó la suma de \$1.264.000 por siete mil novecientos kilos de azúcar, en razón de \$160 por kilo, en circunstancias que el valor de tasación del kilogramo de azúcar era de \$180, concluyendo el sentenciador que el encubridor obtuvo un provecho de \$20.00 por kilo, esto es, un total de \$158.000, suma que, en consecuencia, deberá pagar al demandante civil a título de indemnización de perjuicios. Como señala Pizarro: “*El provecho está constituido por la diferencia de valor o, mejor, el menor valor de las mercaderías, debiendo razonarse en los siguientes términos: si el demandado en autos hubiese comprado las mercaderías en el mercado, el precio por cada kilogramo hubiese sido la suma de \$180, en cambio paga \$160 y obtiene un provecho, en forma de ahorro, de \$20 y su causa es impropia: el dolo cometido por su vendedor*”³⁵. Finalmente, en este tipo de casos, ese es realmente el provecho que el tercero puede reportar.

9. NUEVO REQUERIMIENTO INTERPUESTO POR LA MUTUALIDAD DEL EJÉRCITO Y AVIACIÓN

Con fecha 25 de enero de 2019, la Mutualidad del Ejército y Aviación interpuso un nuevo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 1458 y 2316 del Código Civil, en relación con la gestión pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el rol N° 3465-2015 caratulada “*Corporación de Fomento de la producción con Mutualidad del Ejército y Aviación*”³⁶. Esta acción también se enmarca en el denominado caso Inverlink y en ella se denuncia una infracción a la garantía de la igualdad ante la ley, el principio de proporcionalidad, el derecho de propiedad y el artículo 19 N° 26 de la Constitución, en tanto se ve afectado el contenido esencial de tales derechos.

Este requerimiento, sin embargo, fue declarado inadmisibile con fecha 11 de marzo de 2019, en el entendido que equivalentes pretensiones ya se hicieron valer previamente y donde ya existe un pronunciamiento de fondo.

³⁵ PIZARRO (2008), p. 685.

³⁶ *Requerimiento de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Mutualidad del ejército y Aviación respecto de los artículos 2316, inciso segundo y 1458, inciso segundo del Código Civil* (2019).

10. CONCLUSIONES

1. El fallo del Tribunal Constitucional, en tanto señala que no existe vulneración del derecho de propiedad de la requirente por la aplicación de los artículos 1458 y 2316 del Código Civil al caso concreto, no se pronuncia respecto a la discusión acerca de la posición en que se encontraban los inversionistas respecto de los dineros rescatados una vez realizado el pago por parte de Inverlink. En ese sentido, habría sido ilustrativa una discusión más detallada acerca de este punto, que se hiciera cargo también de las dificultades que presenta la naturaleza jurídica del bien involucrado. Ello, en todo caso, es probablemente consecuencia de los términos en que fue planteado el requerimiento, el que no explicitó dichas consideraciones.
2. Sin perjuicio de lo anterior, la solicitud de la requirente pretendió discutir otros aspectos de fondo que, como se dijo, escapan a la competencia del Tribunal Constitucional.
3. El fallo realiza una correcta distinción entre lo que son los derechos reales y personales al establecer que el derecho de la requirente no se ve afectado, en la medida que puede hacer valer su derecho personal, según lo dispone el artículo 2465 del Código Civil, que consagra el derecho de prenda general. El problema es que dicha argumentación tiene sentido en la medida en que se analice exclusivamente el momento previo a la realización del pago por parte de Inverlink a los inversionistas, pero podría estimarse que luego de realizado el mismo la situación cambia, lo que no fue analizado en el fallo.
4. Pudiera desprenderse del razonamiento del Tribunal que para este, al igual que para la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, el hecho de que el tercero obligado a restituir por la acción de provecho de dolo ajeno tenga un título legítimo, no excluye la aplicación de dicha norma y consecuentemente no es decisivo *per se* para considerar si hay vulneración del derecho de propiedad en el caso concreto. Si bien dicho razonamiento es acertado, ese es un aspecto que dice relación más bien con la interpretación de fondo de las normas del Código Civil, propia de los jueces de la instancia.
5. Otro aspecto relevante que subyace a la discusión del caso es qué es lo que ha de entenderse por “provecho” en el contexto

de esta acción. Revisando las posturas existentes a este respecto, al menos jurisprudencialmente, parece imponerse un concepto amplio de provecho que no se limita al mero “diferencial” o “mayor valor de la operación” realizada, si no que en casos como este puede perfectamente abarcar el monto total de la operación. Dicha interpretación del concepto de provecho pudiere estimarse demasiado amplia, en tanto, tratándose de normas que establecen una excepción a la regla general de protección a los terceros de buena fe en nuestro derecho, debiese ser interpretada de manera restrictiva, esto es, limitando el concepto de provecho a mayor valor de la operación realizada. Ello permitiría lograr un adecuado equilibrio entre los intereses del tercero de buena fe y los de la víctima del dolo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, R. (2008). *Las Obligaciones Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ABELIUK, R. (2009). *Informe en Derecho sobre la acción de la víctima en contra de inversores por provecho de dolo ajeno*. Santiago.
- ALESSANDRI, A. (2015). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CORRAL, H. (7 de mayo de 2017). *Derecho y Academia. El Blog de Hernán Corral. Recogiendo billetes botados: ¿Suerte o delito? Obtenido de <https://corraltalciani.wordpress.com/2017/05/07/recogiendo-billetes-botados-suerte-o-delito/>*
- CORRAL, H. (14 de mayo de 2018). *El Mercurio Legal*. Recuperado en abril de 2019, de <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/05/14/Las-desventuras-de-un-jarron-provecho-de-dolo-ajeno-y-derecho-de-propiedad.aspx>
- GUZMÁN, A. (2016). *Los actos y contratos irregulares en el derecho chileno*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- PEÑA, C. (2016). *Sobre la constitucionalidad de los artículos 1458 y 2316 aplicados al cobro de un crédito legítimo*. Santiago.
- PEÑAILILLO, D. (2008). *Sobre el provecho del dolo ajeno*. Santiago.

- PINO, A. (2016). La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho por dolo ajeno. *Revista Ius et Praxis* año 22, N° 21, 227-270.
- PIZARRO, C. (2008.). La acción de restitución por provecho de dolo ajeno. En *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2008*. (págs. 679-688). LegalPublishing Chile.
- SOLAR, L. C. (1978). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VIAL, V. (2003). *Manual de Derecho de las obligaciones en el Código Civil chileno*. Santiago: Editorial Biblioteca Americana.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corporación de Fomento de La Producción con Inversiones Torres del Paine* (2013): Corte Suprema, 12 de septiembre de 2013, rol 11723-2011 (recurso de casación en el fondo).
- Corporación de Fomento para la Producción con San Antonio Terminal Internacional*. (2013): Corte Suprema, 17 de abril de 2013, rol 10347-2011 (recurso de casación en la forma y en el fondo).
- Corporación de Fomento de la Producción CORFO con Ilustre Municipalidad de La Pintana* (2013): Corte Suprema, 30 de enero de 2013, rol 6302-2010 (recurso de casación en el fondo).
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por British American Tobacco Chile Operaciones S.A. "BAT" respecto de los artículos 2316 y 1458 del Código Civil* (2018): Tribunal Constitucional, 12 de abril de 2018, rol 2985-2016.
- Corporación de Fomento de La Producción con Mutualidad del Ejército y Aviación* (2015): 14° Juzgado Civil de Santiago, 26 de junio de 2015, rol 1057-2007.
- Requerimiento de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Mutualidad del ejército y Aviación respecto de los artículos 2316, inciso segundo y 1458, inciso segundo del Código Civil* (2019): Tribunal Constitucional, 11 de marzo de 2019, rol 6029-2019.

