Boletín N° 10.053-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Walker, don Patricio, señora Goic y señores Pizarro, Walker, don Ignacio y Zaldívar, que incorpora al Código Penal nuevas figuras delictivas en materia de administración fraudulenta de recursos de terceros.

1. Presentación del objetivo del proyecto de ley:

Probablemente nunca antes en la historia, en tiempos de paz y estabilidad social, el ahorro de los ciudadanos y sus patrimonios se habían encontrado tan expuestos a los riesgos provenientes de las formas de interacción económica, como hoy. Las razones están radicadas en que las interacciones modernas se han vuelto más complejas, anónimas, masificadas y mediatizadas por sistemas institucionales económicos, y, en gran medida, dependientes del correcto funcionamiento de dichas instituciones económicas (ej. el mercado financiero, mercado de valores, etc.), de los cambios de los escenarios económicos y políticos, o derechamente del correcto cumplimiento de deberes mínimos de lealtad de las instituciones en que los ciudadanos depositan la administración sus patrimonios, tales como Bancos o instituciones financieras, Asociaciones de Fondos de Pensión (AFP), Aseguradoras y otras. En efecto, aun cuando los riesgos sean menores que los beneficios que para estas mismas personas proveen estos sistemas económicos, el derecho ha emprendido la tarea de eliminar las conductas defectuosas, incorrectas y desproporcionadamente riesgosas para los intereses de las personas y el funcionamiento de las instituciones. La mayoría de estas problemáticas quedarán radicadas en las soluciones que puede proveer el derecho civil y, en gran medida, del derecho regulatorio y administrativo sancionador. El derecho penal cumplirá una función subsidiaria y mínima (fragmentaria), seleccionando sólo las más graves afectaciones al patrimonio. A estas problemáticas modernas se suman, los riesgos clásicos que enfrentan las personas y sus patrimonios en las sencillas relaciones bilaterales y de confianza en los negocios (fraudes) o en el traspasado en administración de sus emprendimientos a terceros, como la relación de los socios o accionistas y gerentes o administradores u otros, algunas de las cuales también reciben una respuesta del derecho penal.

Si distinguiéramos las fuentes de los riesgos que, para el derecho penal, han resultado ser merecedores y necesitados de pena en la experiencia nacional e internacional, podríamos decir que estos provienen de 1) conductas de terceros que intentan afectar el patrimonio desde afuera y, por lo tanto, de conductas desvaloradas y caracterizadas por la búsqueda del desprendimiento de la posesión del bien, dinero o especies de valor patrimonial por medio del engaño (por ejemplo, el fraude o estafa); y 2) aquellos riesgos que provienen desde dentro, esto es, de aquellos en quienes los ciudadanos han encargado la administración legítima de sus patrimonios, en la medida que abusando de la confianza depositada en ellos, ejercen el encargo afectando el patrimonio de sus dueño (ROJAS, Luis Emilio, Administración Desleal: Modelos de Regulación Penal, Minuta de ponencia en Seminario Universidad Alberto Hurtado, Agosto 2010.)

Sin perjuicio de lo anterior y que la vida moderna obliga permanentemente a los ciudadanos a ceder en administración sus recursos a terceros y sus patrimonios se encuentren en permanente riesgo ante el posible abuso de confianza de su administrador – con el consiguiente daño para el dinero ahorrado por los ciudadanos y el futuro mediato o inmediato de esas personas (ej. La pensión de vejez) – la

legislación penal vigente en Chile sólo provee protección a los ataques desde afuera y de manera muy precaria contempla figuras penales que protejan a los ciudadanos frente a ataques dolosos provocados por su administrador.

2. Constelaciones e hipótesis que demuestran el merecimiento de sanción penal:

En términos concretos, varias son las constelaciones o hipótesis en que el riesgo no obstante ser evidente, y los casos muy reales, sin embargo, la ley penal no provee una protección:

2.1. Piénsese, a modo de ejemplo, la situación en que se encuentran los fondos de pensiones, formados por el ahorro permanente de los trabadores chilenos, y que forman o constituyen un patrimonio independiente al de la propia AFP (art. 33 D.L. 3.500). Dicho fondo, se encuentra en administración de la administradora de fondos que, según el riesgo elegido por el afiliado, luego decide sobre su forma de inversión. En esta estructura, la administradora de fondos o el administrador de la AFP que decide una operación con dichos ahorros por sobre el riesgo autorizado por el cotizante o la ley y le irrogue una pérdida irreparable al patrimonio del ciudadano, no recibirá ninguna sanción desde el derecho penal. Ni la estafa ni la apropiación indebida, tienen la capacidad de abarcar tales hipótesis.

Una respuesta al ejemplo anterior, podía encontrarse sólo parcialmente en la Ley de Mercado de Valores N° 18.045 en relación a fondos fiscalizados por la Superintendencia de Valores y Seguros, que establecía la posibilidad de indemnización de perjuicios (art. 161) y penalizaba ciertas operaciones realizadas con bienes del fondo (art. 162 a) y h) LMV). (Véase en este mismo sentido la Propuesta de la Subcomisión de Legislación Penal Sustantiva, Comando Michelle Bachelet, preparado por los profesores: Gonzalo García Palominos., Luis Emilio Rojas A., Juan Pablo Mañalich R). No obstante lo anterior, la entrada en vigencia de la Ley N° 20.712 de 2014 sobre "Administración de Fondos de terceros y carteras individuales", derogó los artículos de la Ley de Mercado de Valores e introdujo un art. 17 a esta ley, referente sólo a la indemnización de perjuicios,[1] resultando la protección del fondo frente a atentados de dicha gravedad absolutamente insuficiente.
A este grupo de casos, también podríamos agregar aquellos en que el administrador de los fondos ha recibido en encargo de invertirlos de manera de intentar aumentar el patrimonio (de la naturaleza de la administración de fondos mutuos o fondos de pensiones), pero sin embargo, el administrador del fondo sólo los deposita en una cuenta o derechamente no cumple el encargo (Véase ejemplo en Rojas, p. 3), no produciéndose una pérdida, pero si la renuncia a una posible ganancia.

2.2. Un segundo ejemplo, clásico de vacío legal, puede graficarse en un conocido caso culminado el año 2014 entre dos parientes; uno con una enfermedad que le impedía administrar su rico patrimonio y otro que asumió en encargo de administrarlo como una forma de apoyar a su primo y que se pagó de estos servicios unilateralmente con una suma millonaria y no pactada. Conocido el caso por los tribunales penales (tribunal de juicio oral), sin embargo, no aplicó el delito de "apropiación indebida" (art. 470 N°1) y absolvió al administrador precisamente porque dicha aplicación exigiría una interpretación extensiva que "desbordaría los límites del principio de legalidad" (Rojas, p. 3)

2.3. Piénsese en aquellos patrimonios públicos puestos a disposición de Administradores que, por alguna razón legal, no reúnan la calidad de funcionarios Públicos y en el ejercicio de este utilicen dichos fondos para fines privados, políticos (ejemplo, campañas políticas), etc. y el tipo penal de "Malversación de Caudales Públicos" (especie de administración desleal en atención al sujeto activo), ya no sea aplicable. El mismo interés, resulta de las empresas públicas administradas por privados (no por funcionarios públicos) pero nombrados por criterios políticos y que reciben un encargo de administración, pero que, por su vinculación, puedan desviar fondos a campañas políticas u objetivos de otra especie.

2.4. Piénsese en el caso en que el socio controlador de una sociedad anónima bajo la modalidad de las cascadas – esto es, el socio mayoritario de una sociedad que, a su vez, controla a otra u otras sociedades anónimas – solicita un crédito a la segunda, en un período de riesgo de insolvencia, y este es concedido sin las mayores garantías, afectando el patrimonio de la segunda empresa y el de todos sus socios.

2.5. Piénsese en el bullado caso "La Polar", empresa en que las Asociaciones de Fondos de Pensión habían invertido parte de los ahorros de sus afiliados y que, por lo tanto, representaban un interés no sólo para sus socios (en especial los minoritarios), sino para todos los ciudadanos de la República. En dicho caso, según los antecedentes hechos públicos por el Ministerio Público, el controlador habría estructurado un modelo de negocios fraudulento que implicaba la concesión de créditos a los clientes, sin las mínimas garantías perjudicando el patrimonio de la empresa y sus socios. El riesgo de aquella administración fraudulenta para el patrimonio de la empresa y con ellos de los demás socios, sin embargo, sólo es protegido por el derecho penal por medio del delito de estafa (no aplicable en la especie) y el de apropiación indebida (tampoco aplicable).

3. La insuficiencia de los delitos del Código Penal:

La protección de patrimonio frente a conductas de apropiación que, desde afuera pueden desarrollarse, se encuentran suficientemente abarcadas por el derecho penal vigente. No es el caso, de las constelaciones riesgosas y dañinas para el patrimonio de los ciudadanos que constantemente deben entregar sus ahorros a la administración de terceros, y que sólo de manera muy forzada puede recibir algún grado de protección penal por medio de la figura del art. 470 N°1 del Código Penal, en su modalidad de distracción de dineros:

Art. 470. Las penas del artículo 467 se aplicarán también:

1°. A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.

En efecto, no obstante la aparente solución que dicho delito de "apropiación indebida" podría proveer a este grupo de casos, la verdad es que la literatura se ha encargado de destacar sus dificultades y límites en la aplicación y ya la jurisprudencia se ha hecho eco de aquello. En efecto, la literatura ha planteado que esta figura encuentra su limitación en que en núcleo de su injusto radica en el daño patrimonial irrogado por medio de la "apropiación" de cuerpos ciertos como consecuencia del incumplimiento de la obligación de restituirlos Es decir, consistiría en la vulneración de ciertos deberes concretos surgidos de la tenencia fiduciaria, consistente en que el

tenedor no tiene la facultad de disponer, sino el deber de cuidar, administrar y luego de restituir la misma cosa, en cuyo caso el delito se consumaría por la negativa a restituir la cosa o su disposición, al segunda es mucho más amplia. Para otros autores, este delito – al menos en su constelación referida al dinero – abarcaría también hipótesis de "distracción", esto es, extendería su aplicación a casos en que el administrador puede legítimamente disponer de los bienes (normalmente fungibles o consumibles) puestos bajo su administración. Lo anterior, como lo señala el Prof. Hernández, en tanto el dinero recibido se transfiere como título traslaticio de dominio, haciéndose dueño el administrador y pudiendo legítimamente disponer de ellos, sólo queda obligado a restituir una cantidad equivalente a la recibida. (Hernández, p. 213). Así las cosas, si se sigue la tesis restrictiva, esto es, que el injusto radica en el daño patrimonial producido por la negativa de cumplir el deber de restituir la cosa como cuerpo cierto, no sólo será muy extraña la posibilidad de "apropiación indebida de dinero", sino que también la utilidad de esta figura para los casos de administración desleal de patrimonios es nula. Por su parte, si la interpretación aceptada fuera la extensiva y aceptara la modalidad de "distracción", aun así muchas de las constelaciones problemáticas de administración desleal de patrimonios ajenos, como las planteadas al principio de este proyecto, no serían abarcados (Rojas, p. 3).

Este vacío legal, que incide en un déficit evidente de protección penal, exige la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una figura penal que amenace con pena la administración desleal que lesione el patrimonio de las personas.

4. Proyectos formulados o desarrollados en Chile sobre Administración Desleal

La necesidad de la incorporación de estos delitos de administración desleal no es nueva. Ya varios proyectos han sido presentados con el objetivo de solucionar dicho vacío (Anteproyecto de Código penal (11/2005), no presentado; Proyecto de ley 6/11/2000 (Boletín Nº 2614-07, archivado en 2010), una Moción parlamentaria (Boletín N° 7767-07); Proyecto de Código Penal (Mensaje Nº 435-361, 10 marzo 2014, retirado al día siguiente).), sin que ninguno de estos haya podido lograr hasta ahora su objetivo. Adicionalmente, un grupo de expertos que trabajaron las propuestas para el programa de gobierno para la Presidenta Bachelet, advirtieron del importante vacío y la necesidad de introducir dicho tipo penal, aunque sin hacer una propuesta concreta:

"Por esta vía, no se trata de criminalizar el comportamiento del administrador puramente negligente, pues para esto son suficientes las normas de responsabilidad civil; ello, además, atocharía el sistema penal con disputas internas de las empresas sobre la administración deseada. Se trata, más bien, de criminalizar solamente la administración dolosamente perjudicial del patrimonio ajeno, en vulneración de la confianza depositada en el o los administradores por el titular del patrimonio, sea que se trate de un fondo de pensiones, del patrimonio de una sociedad, o del patrimonio de cualquier persona que confía su administración a otra." (Subcomisión de Legislación Penal Sustantiva, Comando Michelle Bachelet (Gonzalo García Palominos, Luis Emilio Rojas A., Juan Pablo Mañalich R).

Las propuestas, antes señaladas, incorporaban la figura de la administración desleal, optando por diversos modelos regulativos. Como bien explica Rojas (Rojas, p. 4), es posible verificar dos modelos regulativos que contemplan el presente delito: el

alemán y el español. El modelo alemán configura el tipo penal de administración desleal sobre la base de dos hipótesis diferentes, la de abuso y el de infedelidad,[2] mientras que el español – que también contempla el original delito de apropiación indebida – sólo adiciona a dicha figura original de apropiación de cosas, una modalidad expresa de "distracción de dineros".[3] Lo interesante en el primer modelo (alemán) radica en que para la primera hipótesis (de abuso) se entiende que el autor posee facultades de disposición sobre el patrimonio de la víctima (obliga eficazmente el patrimonio), aunque es ejercido abusando de la confianza depositada, esto es, en contra de lo autorizado por el titular del patrimonio cedido. Adicionalmente, la hipótesis de "infidelidad" abarca constelaciones más amplias, esto es, aquellos casos en se afecta el patrimonio ajeno como consecuencia de la infracción de deberes positivos de cuidar o impedir ciertos riesgos para el patrimonio (una especie de deberes de cuidado y de garante), pero en que el autor no poseía la facultad de obligar el patrimonio. En términos prácticos, mientras la primera figura podría abarcar y dar solución a casos como el hipotéticamente demostrados con la administración de las AFPs o administradora de fondos mutuos sobre el patrimonio de los ahorrantes, la hipótesis de infidelidad podría abarcar los casos hipotéticos del préstamo de las empresas estructuradas en cascadas, en que el autor no posee la facultad de disponer del patrimonio afectado.

4.1. La propuesta del Proyecto de ley Boletín Nº 2614-07 (6/11/2000) (Bustos, Burgos y otros).

La propuesta del Proyecto de ley 6/11/2000 (Boletín Nº 2614-07), si bien adopta el modelo español, lo hace limitado sólo a la administración de patrimonios de las empresas, excluyendo a otro tipo de organizaciones, instituciones o personas naturales, perpetuando el vacío legal. No obstante lo anterior, esta propuesta es mucho más amplia que la del mismo modelo español (ROJAS, p. 11 y s), en lo relativo a la expresiones conductuales, en tanto se extienden tanto a conductas activas u omisivas. Este proyecto fue archivado en junio de 2010.

Art. 468 bis CP: "Incurrirá en las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de 100 a 1.000 U.T.M., quien teniendo la administración o dirección de hecho o de derecho de una sociedad o empresa, cualquiera sea su naturaleza, esté constituida o en formación, ejecute maliciosamente actos o incurra en omisiones perjudicando económicamente a ellas, a sus socios o a terceros, a menos que constare su falta de participación o su oposición a tales hechos. La sentencia condenatoria deberá ser publicada en extracto en un diario de la localidad en que haya operado".

4.2. Anteproyecto de Código penal (11/2005):

En concreto, la propuesta desarrollada por el Anteproyecto de Código se basa en el modelo alemán, aunque de manera restringida. A diferencia del tipo alemán, este sólo incorpora – seguramente, por entender que ya existe el delito de apropiación indebida – la hipótesis de "abuso" de las facultades de administración, aunque abarcando una gran cantidad de formas de administración de patrimonios ajenos, lo que incluye a las personas naturales.

"Art. 161. El que (con ánimo de lucro y) con abuso de sus facultades generales o específicas de administración perjudique a otro disponiendo de su patrimonio será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio. Se podrá imponer la pena de reclusión menor en su grado máximo cuando el hecho revista

especial gravedad, en atención al monto del perjuicio producido o a los efectos especialmente perniciosos que tenga para la víctima".

4.3. Propuesta sobre perfeccionamiento de los tipos penales de estafa y tipificación del delito de administración desleal. (Boletín N° 7767-07). (Pedro Araya y otros).

Por su parte, el único proyecto que se encuentra en tramitación actualmente, es tomado, prácticamente de manera íntegra del Anteproyecto de Código Penal de 2005 que finalmente nunca llegó a ser presentado, representando una reactivación del modelo propuesto en aquel entonces Desde esa perspectiva, el proyecto constituye una manifestación del modelo alemán, en tanto reincorpora la idea de abuso en la administración de patrimonios.

Art. 466. El que con abuso de sus facultades generales o específicas de administración perjudique a otro disponiendo de su patrimonio será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio. Se podrá imponer la pena de presidio menor en su grado máximo cuando el hecho revista especial gravedad, en atención al monto del perjuicio producido o a los efectos especialmente perniciosos que tenga para la víctima.

4.4. Proyecto de Código Penal (Gobierno de Piñera). MENSAJE Nº 435-361 (10 marzo 2014).

Finalmente, el proyecto de Ley que buscaba modificar el Código Penal chileno y que había contado con la participación de un grupo importante de profesores de derecho penal, fue presentado el último día del gobierno del ex Presidente Sebastián Piñera y luego rápidamente retirado por el gobierno de la Presidenta Bachelet. Este proyecto, que planteaba la necesidad de una modificación global de la legislación penal chilena, propuso un cambio general a los delitos contra el patrimonio, entre ellos proponía la introducción del delito de "administración desleal" (art.336 y ss.) seguido sistemáticamente del delito de "negociación incompatible" (art. 340).

"§ 4. Administración desleal

Art. 336. Administración desleal. Será sancionado con prisión de 1 a 5 años el que, teniendo a su cargo la gestión de intereses patrimoniales de otro en virtud de ley, orden de la autoridad o convención y abusando de sus facultades, le irrogare perjuicio:

1° realizando una disposición patrimonial, sea que la disposición tenga o no validez;

2° omitiendo gestiones indispensables para la conservación y la debida satisfacción de los intereses patrimoniales a su cargo.

Si se irrogare un perjuicio grave el tribunal estimará el hecho como una agravante muy calificada.

Si el perjuicio irrogado no excediere de 5 unidades de fomento la pena será de multa o reclusión.

Art. 337. Administración desleal en perjuicio del Estado. Si la administración desleal recayere sobre intereses patrimoniales del Estado, la pena será de prisión de 2 a 5 años.

Si la administración desleal irrogare un perjuicio grave al Estado o causare grave daño o entorpecimiento del servicio el tribunal estimará el hecho como agravante muy calificada.

Art. 338. Desviación de recursos fiscales. El que arbitrariamente y con daño o entorpecimiento del servicio u objeto en que debía emplearse diere a los recursos públicos que administre una aplicación pública diferente de aquélla a que estuvieran destinados será castigado con multa, reclusión o prisión de 1 a 3 años.
Si la desviación causare grave daño o entorpecimiento del servicio el tribunal estimará el hecho como una agravante muy calificada.

Art. 339. Administración desleal y desviación de recursos fiscales por funcionario público. Para efectos de lo dispuesto en los dos artículos precedentes, se entenderá que tienen a su cargo los intereses patrimoniales del Estado todos los funcionarios públicos que deban intervenir en razón de su cargo en la disposición sobre esos intereses.”

Art. 340. Negociación incompatible. Será sancionado con prisión de 1 a 3 años:

1° el funcionario público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que debiere intervenir por razón de su cargo;

2° el árbitro o el liquidador comercial que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de acto u operación que deba realizar en relación con los bienes e intereses patrimoniales cuya adjudicación, partición o administración estuviere a su cargo;

3° el veedor en procedimientos concursales que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de acto u operación que deba realizar en relación con los bienes o intereses patrimoniales por los que debiere velar;

4° el perito que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de acto u operación que deba realizar en relación con los bienes o cosas que debiere tasar;

5° el guardador o albacea que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de acto u operación que deba realizar en relación con el patrimonio de sus pupilos y testamentarías a su cargo;

6° el administrador del patrimonio de personas ausentes o impedidas de controlar los actos del administrador que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de acto u operación que deba realizar en relación con ese patrimonio;

7° el director o gerente de una sociedad anónima que se interesare directa o indirectamente en cualquier clase de negocio u operación de la sociedad sin haber dado cumplimiento a las exigencias que para ello estableciere la ley.

Se interesa indirectamente en el negocio u operación el que diere o dejare tomar interés a su cónyuge o conviviente, a algún ascendiente o descendiente por

consanguinidad o afinidad, a parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, o a personas con las que se tuviere vínculo por adopción. También se toma interés indirecto cuando en el negocio u operación se diere o se dejare tomar interés a personas jurídicas de las que se fuere socio o accionista o en las que se ejerciere la administración en cualquiera forma, a terceros de los que se fuere socio o que lo fueren de las personas jurídicas indicadas precedentemente, del cónyuge o de los parientes indicados precedentemente, a personas jurídicas en las que dichos terceros, el cónyuge o esos parientes fueren socios o accionistas o ejercieren su administración en cualquiera forma o a personas jurídicas relacionadas con las personas jurídicas precedentemente mencionadas, en los términos de la ley que regula el mercado de valores. Para estos efectos no se considerará relevante, tratándose de sociedades anónimas o por acciones, la existencia de un interés social que, individualmente o en conjunto con otras de las personas precedentemente mencionadas, no excediere del diez por ciento del capital o del capital con derecho a voto o que no permitiere nombrar a algún miembro de la administración.

Lo dispuesto en el artículo 46 para la autorización legal será también aplicable al cumplimiento de las exigencias legales a que se refiere el número 7 del inciso primero. Para determinar si el director o gerente tuvo interés en el negocio u operación se estará a lo dispuesto por la ley comercial, incluyendo las disposiciones sobre operaciones con partes relacionadas, cuando la calificación como operación con parte relacionada dijere relación con el director o gerente."

---

[1] "Artículo 17.- Culpa leve y pago de indemnizaciones. La administradora, sus directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales deberán efectuar todas las gestiones que sean necesarias, con el cuidado y la diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, para cautelar la obtención de los objetivos establecidos en el reglamento interno del fondo, en términos de la rentabilidad y seguridad de sus inversiones. La administración de cada fondo debe realizarse atendiendo exclusivamente a la mejor conveniencia de éste y a que todas y cada una de las operaciones de adquisición y enajenación de activos que efectúe por cuenta del mismo, se hagan en el mejor interés del fondo.

La administradora podrá demandar a las personas que le hubieran ocasionado perjuicios al fondo, por los daños causados a éste, en juicio sumario. El mecanismo, forma y plazo por el cual dichas indemnizaciones serán enteradas al fondo o traspasadas a sus partícipes deberá estar establecido en el reglamento interno de cada fondo.

La administradora estará obligada a indemnizar al fondo o a los partícipes por los daños y perjuicios que ella o cualesquiera de sus dependientes o personas que le presten servicios le causaren al fondo, como consecuencia de la ejecución u omisión, según corresponda, de cualesquiera de las actuaciones prohibidas a que se refieren los artículos 22 y 23 de la presente ley. Las personas antes mencionadas que hubieran participado en tales actuaciones serán solidariamente responsables del reembolso, que incluirá el daño emergente y el lucro cesante."

[2] § 266 CP alemán: "El que abusa de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha conferido mediante ley, encargo de autoridad o acto jurídico, o que infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se le ha impuesto en virtud de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, y con ello inflige un per-juicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa".

[3] Modelo español: Tipo de apropiación indebida (art. 252 CP) y tipo de administración desleal societaria (art. 295 CP). Art. 295 CP español: Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

5. Modelo de Administración Desleal necesario para Chile e ideas matrices del proyecto:

Como ya se ha señalado en la presentación de este proyecto, la protección penal de los patrimonios en Chile resulta ser extremadamente deficiente, en tanto sólo abarca los ataques al patrimonio desarrollados desde afuera (ej. La estafa) o desde adentro, pero reducido sólo a hipótesis de administración con cargo a devolver la misma cosa o dinero. Adicionalmente, las propuestas formuladas por las distintas vías, ya sea modificando el modelo español o adaptando el alemán, finalmente no logran abarcar todos los casos problemáticos expresados al principio de este proyecto (La Polar, de la Administración de las AFP, etc.). Por lo mismo, surge la necesidad de presentar un proyecto que, sin plantear una modificación general de los delitos del Título IX del Libro II, "Estafas y otros engaños" (lo que plantearía una tarea titánica que atentaría contra la urgencia de este proyecto), proponga una figura que tenga la capacidad, por una parte, de abarcar a todo tipo de organizaciones, instituciones, empresas y hasta las mismas personas naturales y; por otra, que tenga la capacidad de abarcar todo tipo de conductas e hipótesis posibles de administración desleal.

Cumplirá dicha demanda, sólo aquella o aquellas figuras que:

a) se refieran en general a todo tipo de administración de patrimonios.

b) Contemplen, todo tipo de conductas, sean, activas u omisivas

c) Que, abarque hipótesis de abuso no sólo de la administración de bienes fungibles o consumibles, tales como el dinero, sino que también se extiendan al patrimonio en su conjunto.

d) Que abarque también las hipótesis de infidelidad – esto es, de vulneración de los deberes de cuidado del patrimonio, con resultado de una lesión para el patrimonio o dejar de obtener una ganancia legítima- no contempladas ni por la hipótesis de abuso, ni por la figura de la apropiación indebida o distracción de dinero.

e) En resumen: Debería abarcar, las conductas que impliquen una vulneración 1. A deberes de tutela y de garante del patrimonio que permitan definir y limitar la aplicación de las omisiones; 2) debería abarcar la vulneración de deberes fiduciarios en sentido amplio; 3) debería abarcar deberes de control o fiscalización, aunque no abarquen necesariamente las facultades de administración.

f) Sistemáticamente, se debe separar la figura de la "apropiación indebida" (distracción de dinero) de la administración desleal, de manera evitar superponer hipótesis o la tentación de que algún interprete tienda a restringir la aplicación del tipo de administración desleal, desde la perspectiva sólo de los deberes propios de restitución de la primera figura.

g) Es necesario agregar figuras concretas de administración desleal que abarquen hipótesis no abarcadas por la figura de "Malversación de fondos" u otros delitos funcionarios.

h) Se hace necesario mejorar la figura de "negociación incompatible" en el ámbito privado, de manera de abarcar hipótesis que no exijan la acreditación del perjuicio

patrimonial. Esto limitado a constelaciones en que exista, adicionalmente, un interés de carácter colectivo en el ámbito de la administración de las sociedades anónimas.

Es sobre la base de estos antecedentes que venimos en proponer el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo 1°.- Agréguese un nuevo art. 469 bis en el Título IX del Código Penal en el siguiente sentido:

“Art. 469 bis Las Penas del artículo 467 se aplicarán también al que a sabiendas:

1. abusa de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, bajo cualquier título legal, judicial o convencional, perjudicando el patrimonio administrado; o

2. infringe el deber de tutelar intereses patrimoniales ajenos, perjudicando patrimonialmente o privando de un lucro legítimo a la persona o ente, cuyos intereses debe tutelar.”

Artículo 2°.- Agréguese el art. 470 bis en el Título IX del Código Penal en el siguiente sentido:

“Art. 470 bis Con reclusión menor en su grado mínimo a máximo será sancionado el accionista fundador o controlador, director, gerente, administrador o apoderado de una sociedad anónima, Banco o Institución Financiera, que con infracción a los deberes de administración:

1. utilice en provecho propio, directa o indirectamente, el patrimonio administrado en cualquier clase de acto u operación que deba realizar en relación con este; o

2. se interese en cualquier clase de negocio u operación de la sociedad sin haber dado cumplimiento a las exigencias que para ello estableciere la ley.