



**Universidad de Chile**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Ciencias Penales**

**LOS DEBERES DE TUTELA PATRIMONIAL EN EL DELITO DE  
ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Joaquín Enrique Menanteau Sazo  
María José Vega Romero

Profesor Guía:  
Dr. Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago, Chile  
2021



## ÍNDICE

---

|  |           |
|--|-----------|
| <b>ÍNDICE</b> .....  | <b>3</b>  |
| <b>INTRODUCCIÓN</b> .....  | <b>5</b>  |
| <b>CAPÍTULO I</b> .....  | <b>13</b> |
| <b>ANTECEDENTES Y CONTEXTO DE LA LEY N° 21.121. EL ORIGEN DEL MODELO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL CHILENO</b> .....   | <b>13</b> |
| I.1. El escenario anterior a la promulgación de la Nueva ley N° 21.121 que ‘modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción’..... | 14        |
| I. 2. Modelo alemán de administración desleal del §266 StGB como referente de nuestra legislación.....   | 20        |
| I.3. Modelo español de administración desleal. Evolución desde un tipo societario hacia un nuevo modelo .....  | 25        |
| <b>CAPÍTULO II</b> .....   | <b>34</b> |
| <b>EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y EL DEBER DE TUTELA PATRIMONIAL</b> .....  | <b>34</b> |
| II.1. Características del delito de administración desleal.....  | 34        |
| II.1.a. Bien jurídico protegido: el patrimonio y el quiebre de confianza .....   | 34        |
| II.1.b. Tipicidad objetiva .....   | 38        |
| II.1.c. Tipicidad subjetiva.....   | 42        |
| II.1.d. Iter criminis.....   | 43        |
| II.1.e. Autoría y participación .....  | 43        |
| II. 2. Deber de tutela patrimonial en el subtipo de abuso y en el subtipo de infidelidad.....  | 50        |
| II.2.a. Teoría dualista.....   | 51        |
| II.2.b. Teoría unitaria o monista.....   | 53        |
| II.2.3. Aplicación al modelo de administración desleal chileno .....   | 55        |
| II.3. Naturaleza y contenido del deber de tutela patrimonial.....  | 56        |

|  |            |
|--|------------|
| II.3.a. El deber de tutela patrimonial y su relación con los deberes jurídico-privados o extrapenales.....         | 57         |
| II.3.b. Características del deber de tutela patrimonial.....   | 60         |
| <b>CAPITULO III .....</b>  | <b>65</b>  |
| <b>APLICACIÓN SOCIETARIA DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL .....</b>  | <b>65</b>  |
| III.1. La calificante del artículo 470 n°11 inciso tercero .....   | 65         |
| III.1.a. El injusto perseguido por la figura calificada.....   | 65         |
| III.1.b. Momento en la constitución de la sociedad desde el que es aplicable la calificante .....                  | 68         |
| III.1.c. Consideraciones respecto de la pena asignada al delito en aplicación de la calificante .....              | 73         |
| III.2. El administrador en las sociedades anónimas abiertas y especiales .....                                     | 75         |
| III.2.a. El directorio .....   | 75         |
| III.2.b. Vínculo jurídico entre los directores y la sociedad .....   | 77         |
| III.2.c. El gerente de la sociedad anónima y la delegación de facultades por parte del directorio .....            | 79         |
| III.3. Deberes fiduciarios del directorio susceptibles de ser calificados como deberes de tutela patrimonial ..... | 82         |
| III.3.a. Los deberes fiduciarios.....  | 82         |
| III.3.b Deberes de tutela patrimonial de los directores .....  | 102        |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>  | <b>108</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>  | <b>115</b> |

## INTRODUCCIÓN

---

*“Dijo también a sus discípulos: Había un Hombre rico que tenía un mayordomo, y éste fue acusado ante él como disipador de sus bienes. Entonces le llamó, y le dijo: ¿Qué es esto que oigo acerca de ti? Da cuenta de tu mayordomía, porque ya no podrás más ser mayordomo.” (Lc. 16: 1-2).*

### 1. CUESTIONES PRELIMINARES

La Ley N°21.121 que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción, publicada en el Diario Oficial el 20 de noviembre de 2018, ha despertado un enorme interés, no tan solo académico, sino también de los operadores del sistema penal en general. La inclusión de un tipo de administración desleal era esperada por muchos desde hace varios años, quienes seguían a distancia los avances que el modelo estaba teniendo en legislaciones comparadas. Sobre este delito, a pocos meses de su promulgación, ya se registran varios seminarios con ponencias de importantes académicos y aun antes de su existencia se registraban trabajos analizando el modelo en profundidad.<sup>1</sup>

De este modo, la introducción del nuevo delito de administración desleal constituye un avance sustancial en materia penal económica que viene a solucionar un verdadero vacío que existía en nuestra legislación.<sup>2</sup> Al respecto, la doctrina nacional había hecho notar la ausencia

---

<sup>1</sup> A modo ejemplar: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La administración desleal en el derecho penal chileno. En: *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXVI): 201-258, 2005.; MAÑALICH, Juan Pablo. La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. En: *Polít. Crim.*, Vol. 5 (14): 357-377, 2014.; ROJAS, Luis Emilio. El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán. En: *Revista Penal*, (23):138-171, 2009.

<sup>2</sup> Historia Fidedigna de la Ley N°21.121 que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción. [En línea]. En versión PDF. p. 984. [consulta: 23.06.2019]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/7597/>

de tipos penales concebidos particularmente para subsumir aquellos casos en que el agente tuviera un poder legítimo de disposición sobre el patrimonio ajeno, el cual ejercía, no obstante, de modo irregular o contra los intereses de su titular.<sup>3</sup> Efectivamente, delitos como la estafa, la insolvencia punible o la apropiación indebida sólo podían tener una aplicación parcial, ya fuere porque son adecuados sólo bajo circunstancias especiales o porque las limitaciones estructurales de su tipificación dejan fuera de su ámbito de aplicación hipótesis particulares de administración desleal.<sup>4</sup>

Este gran interés por el delito de administración podría explicarse debido a que una buena parte de la doctrina comparada concuerda respecto que constituye hoy en día el delito económico por excelencia de nuestro tiempo,<sup>5</sup> constituyéndose en el comportamiento típico más relevante entre los delitos que resguardan la realidad económico-societaria.<sup>6</sup>

En efecto, a pesar del abanico de situaciones que se subsumen dentro del tipo, el delito de administración desleal es particularmente relevante en materia societaria, lo que explicaría que hasta el año 2015 la legislación española contemplara el delito como uno eminentemente

---

<sup>3</sup> HERNÁNDEZ, Ob. Cit., p. 239-241.

<sup>4</sup> Tal como señala HERNÁNDEZ, Ob. Cit., p. 207-241., el delito de estafa sería inaplicable en tanto no se da el núcleo esencial de su estructura típica, es decir, no concurre el elemento del engaño que debe dar lugar -a través del error- a la disposición patrimonial perjudicial. En efecto, no hay sujeto engañado cuando es el mismo agente legítimamente habilitado para administrar el que efectúa dicha disposición. Asimismo, tampoco eran aplicables los tipos de insolvencia punible respecto de la antigua Ley de Quiebras pues, por su propia naturaleza y limitaciones legales restringidas a su ámbito de protección y las dificultades técnicas casuísticas de dicha ley, el delito presuponía el acto formal de la declaratoria de quiebra. Por último, tampoco sería aplicable el tipo de apropiación indebida pues sus condiciones legales típicas presentan como limitación que su objeto material sean las cosas corporales muebles, lo que excluiría el dinero giral y los bienes raíces, dejando atípicas estas disposiciones usuales en la administración desleal. En el mismo sentido, tampoco serían subsumibles a aquellos casos en que se afecta el patrimonio del titular por la vía de aumentar pasivo del administrado. Por último, la figura dispuesta en el artículo 470 n°2 del C.P., no requiere para su sanción de ningún elemento adicional fuera de la violación de deberes que le corresponden al sujeto activo (el capitán de un buque) y, lo que es más importante, tampoco se requeriría engaño de ninguna especie. Sin embargo, como es evidente, las características particulares del tipo hacían imposible su utilización como uno de tipo general para punir la administración desleal de patrimonios ajenos.

<sup>5</sup> VERA RIVERA, María del Carmen. El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva. Tesis (doctora en Derecho). Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 2017, p. 43.

<sup>6</sup> JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos (coord). La administración desleal de los órganos societarios. Barcelona: Atelier, 2008, p. 15.

societario.<sup>7</sup> Por su parte, la importancia antes señalada ha quedado plasmada en nuestra legislación por medio de la figura calificada del inciso tercero del artículo 470 n°11 del Código Penal, estableciendo un régimen más gravoso para los administradores de sociedades anónimas abiertas y especiales.

La preocupación del legislador al respecto aparece reforzada si tenemos en cuenta que la centralización de la administración de una sociedad anónima como consecuencia de la división entre la propiedad y la gestión,<sup>8</sup> trae aparejado un riesgo mayor de abusos por parte de quienes administran, constituyendo una fuente relevante de infracciones de deberes de salvaguarda,<sup>9</sup> considerando, además, la amplia -pero no ilimitada- libertad de gestión que gozan los gerentes y directores de una sociedad anónima sobre el patrimonio tutelado.<sup>10</sup>

## 2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

Tal como se desprende de lo antes expuesto, el objeto de investigación de esta tesis será la figura base del delito de administración desleal previsto en el inciso primero del art. 470 n°11 del Código Penal chileno, en directa relación con la figura calificada prevista en el inciso tercero del mismo artículo.

---

<sup>7</sup> Ver al respecto, PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito de administración desleal: Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal. Barcelona: Atelier, 2016, p. 23.; FARALDO CABANA, Patricia. Los delitos societarios. 2da edición. España: Tirant lo Blanch, 2016, p. 346.; LUZÓN, Diego, ROSO, Raquel. Administración desleal societaria en el derecho penal español. En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (3): 2010, p. 5.; VERA RIVERA, Ob. Cit., p. 163.; NAVARRO FARIAS, Irene. Delito de administración desleal y discrecionalidad de los administradores sociales. En: *Cuadernos de política criminal* (109): 2013, p. 178.

<sup>8</sup> PUGA VIAL, Juan Esteban. La Sociedad Anónima. 2da. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2013, Tomo I, p. 94.

<sup>9</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. En: *Polít. Crim.* (5): 2008, p. 2. Según el autor, los gobiernos corporativos, a grandes rasgos, constituyen las directrices que aminorarían la tensión existente a causa de la separación entre propiedad y gestión. También en PUGA VIAL, Ob. Cit., Tomo II p. 458. Para este último, los deberes que subyacen a la noción de gobiernos corporativos no sólo tienen relevancia jurídica, sino que gozan de una razón económica en cuanto aseguran condiciones mínimas que garantizan la rentabilidad y el valor de una sociedad anónima.

<sup>10</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial. En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, (2): 2009. p. 35.

### 3. FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

El nuevo delito introducido por la Ley N°21.121 supone que una determinada persona tenga a su cargo la salvaguardia o gestión del patrimonio de otra. En esta situación, el administrador ostenta una posición de garante respecto del titular del patrimonio. Ahora bien, de dicha posición de garante nacen deberes,<sup>11</sup> cuya infracción es condición necesaria pero no suficiente para castigar a un potencial autor de administración desleal.

En efecto, para fundar la responsabilidad de un director o gerente, es decir, aquel que tiene a su cargo la salvaguardia o gestión del patrimonio de una sociedad anónima, no basta que haya irrogado perjuicio en el patrimonio de la sociedad, sino que debe haber incumplido un deber jurídico.<sup>12</sup> Sobre este respecto, la doctrina ya se ha percatado de la dependencia -en mayor o menor grado- hacia las normas jurídicas extrapenales a la hora de completar el contorno de la conducta típica.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> PASTOR, Nuria; COCA, Ivó. El deber de gestión leal como eje central del nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP: Una aproximación a su fundamento y límites. En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Procesal, Penal y Penitenciario* (128): 2017, p. 2. También en PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 107.

<sup>12</sup> PASTOR, COCA. El deber... Ob. Cit., p. 3. También en LUZÓN, CAÑADILLAS. Ob. Cit., p. 23. En el mismo sentido Vid. PASTOR, Nuria; COCA, Ivó. ¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2015, p. 17.; PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 153.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Secundariedad del Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Constitución y Leyes S.A., 2001, p. 35-50. En palabras del autor "el Derecho penal económico se ha nutrido de la criminalización de conductas originalmente injustas, pero no penalizadas, criminalización que se realiza mediante la incrustación de injustos penales en los preexistentes injustos civiles, administrativos o sociales." En el mismo sentido señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico: Parte general*. Valencia: 1998, p. 62-63., en relación con los delitos económicos "conviene retener la idea de que se trata de delitos que presuponen ya la existencia de un ilícito extrapenal (administrativo, tributario, civil, mercantil o laboral), con relación al cual el Derecho penal tienen la teórica misión de reforzar su tutela (...)". El mismo tópico se desarrolla en FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Editorial Euros Editores S.R.L., 2009, p. 216. Una posición contraria encontramos en GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. Barcelona: Librería Bosch, 1999, p. 24-26. El autor señala que no existe una accesoriidad o independencia del Derecho penal en los delitos económicos-societarios, sino que una relación directa entre el derecho punitivo y la estructura social. Sin embargo, reconoce que, esta independencia trae aparejado el riesgo de vulnerar el principio de legalidad a causa de la indeterminación o amplitud de los tipos penales.

En el ámbito societario, los deberes jurídicos pertenecerán al orden primario de conducta contenido en la legislación civil y comercial, cuya transgresión representa la condición elemental para la punibilidad de la acción u omisión del administrador. En este sentido, el delito de administración desleal no ha introducido nuevos “*deberes fiduciarios*”, sino que estos deben buscarse en la profusa legislación especial que regula las relaciones económico-jurídicas entre administrador y el patrimonio ajeno.

La determinación de los deberes del gerente y los directores no sólo es importante para la configuración de una infracción penalmente relevante y el eventual castigo -si concurrían los demás elementos típicos del delito-, sino que, además, es necesario para establecer criterios o estándares de conducta que permitan la protección *ex ante* de bienes jurídicos que la sociedad desea resguardar en el ejercicio de sus actividades económicas privadas.<sup>14</sup>

De esta manera, adquieren especial relevancia las distintas fuentes formales a partir de las cuales nacen deberes extra-penales. Más allá de los deberes que emanen de la *autonomía privada* (acto o contrato) en virtud de una relación contractual específica, debemos atender a aquellas normas extra-penales que configuran el marco regulatorio subsidiario de los deberes fiduciarios existentes entre el director o el gerente de la sociedad anónima. Como es evidente, más relevancia cobra el trabajo de precisión de estos deberes en aquellos casos en que, existiendo obligaciones emanadas de la *ley*, estas se encuentran de manera profusa y dispersa en las leyes especiales que regulan la materia. E incluso, más allá de las normas contenidas en nuestra legislación, es preciso determinar de qué manera la *orden de una autoridad* sería idónea para generar deberes penalmente relevantes y cómo pueden influir los *principios generales del derecho privado y mercantil* en la precisión del contenido de estos deberes fiduciarios.

---

<sup>14</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. En: Obras tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 392-393. PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 131. Los autores, analizando el riesgo permitido en el contexto del delito de administración desleal, indican que deben ser atípicas las conductas que *ex ante* tiene un sentido económico.

No obstante, no todos los deberes que los directores y gerentes deben observar en el ejercicio de sus funciones integran los “*deberes de tutela patrimonial*”<sup>15</sup> penalmente relevantes y contrarios al interés del titular del patrimonio,<sup>16</sup> deberes que -comprobaremos- determinan tanto al autor idóneo como a la conducta típica.<sup>17</sup> De esta manera, una vez que exploremos el universo de deberes que pesan sobre los administradores de una sociedad anónima, deberemos aplicar criterios normativos que permitan seleccionar deberes, esto es, en definitiva, seleccionar aquellos que, dentro de la constelación de las obligaciones que el ordenamiento primario impone a los directores, pueden fundamentar la punibilidad de una conducta bajo el alero del tipo de administración desleal.

Por consiguiente, la finalidad de esta investigación es sistematizar los deberes jurídicos de los administradores de la sociedad anónima, que sean relevantes típicamente para el delito de administración desleal, en virtud de criterios normativos doctrinarios que permitan delimitarlos, con independencia de la forma de comisión ilícita (tipo de infidelidad y tipo de abuso).

Al respecto, distintos autores extranjeros han desarrollado criterios normativos para determinar el sentido y alcance de los deberes del delito de administración desleal para la correcta aplicación en sus respectivos ordenamientos. Este avance no puede ser ajeno a este trabajo en cuanto existen diversas similitudes entre el tipo de administración desleal introducido por la ley N°21.121 y los tipos contemplados en España y Alemania. Por lo tanto, la investigación consiste en trasladar -en lo que sea pertinente- lo desarrollado por la doctrina

---

<sup>15</sup> En adelante, tales deberes de custodia, salvaguarda o tutela del patrimonio serán desarrollados indistintamente como “*Deberes de Tutela Patrimonial*” pues, tal como se desarrollará infra (II.3), constituye la mejor manera de conceptualizar los deberes que emanan de la posición de garante derivada de los deberes de salvaguarda que posee un administrador en función de su cargo. Las otras denominaciones desarrolladas por la doctrina se dan conforme a las diversas traducciones que existen del tipo alemán.

<sup>16</sup> PASTOR, COCA. El deber... Ob. Cit., p. 2. También en LUZÓN, CAÑADILLAS. Ob. Cit., p. 21.; PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2016, p. 3. En relación a que la infracción sea contraria al interés del titular vid. *Ibid.*, p. 11.

<sup>17</sup> PASTOR, COCA. El delito..., Ob. Cit., p. 56. También en VERA, Ob. Cit., p. 237.; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis. Protección penal del mercado de valores: Infidelidades en la gestión de patrimonio. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 99-100.

comparada a los deberes que pesan sobre los directores de las sociedades anónimas, sistematizados por la doctrina nacional en el Derecho chileno.<sup>18</sup>

#### 4. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN

Para la consecución de los fines de esta investigación nos valdremos de un método dogmático, comparando las legislaciones extranjeras a modo de aplicar, al tipo penal chileno, la nutrida discusión que se ha dado en esos países en torno a los distintos criterios adoptados para delimitar las conductas punibles de administración desleal. En ese mismo sentido utilizaremos las distintas posiciones que ha adoptado la doctrina chilena en torno a la naturaleza del vínculo de los directores de las sociedades anónimas con la sociedad administrada, así como el contenido de dicho vínculo y sus límites, para el análisis pormenorizado del delito de administración desleal en su aplicación societaria.

#### 5. ESTRUCTURA GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN

Para lograr una explicación prolija del tema, el presente trabajo se dividirá en tres capítulos principales y un último apartado exponiendo las conclusiones arribadas. El primero consistirá en una explicación acerca del modelo alemán del delito de infidelidad (“*Untreue*”) y del delito de administración desleal español con la entrada en vigencia del código penal de 1995 y su modificación el año 2015, entendiendo que ambas figuras resultan indispensables para la comprensión y desarrollo del tipo en Chile.

Un segundo capítulo estará orientado al tipo chileno de administración desleal, enfocado particularmente en del deber de tutela patrimonial. Así, en este capítulo se abordarán

---

<sup>18</sup> Algunas obras especialmente atinentes en el tema son: ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La Sociedad Anónima: autonomía privada, interés social y conflictos de interés*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.; CAREY BUSTAMANTE, Guillermo. *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de sus directores*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1992.; PARDOW LORENZO, Diego. *Potestades de administración y deberes fiduciarios: Una aproximación analítica a los deberes asociados a la administración*. En: *Estudios De Derecho Civil II*. LexisNexis, Santiago, 2006, p. 89-112.

los distintos criterios doctrinarios para determinar la esfera de deberes penalmente relevantes en la estructura típica del delito en la legislación nacional.

Por último, el tercer capítulo tratará la naturaleza jurídica del directorio como órgano administrador, los deberes y facultades de los directores de la sociedad anónima, así como la forma en que el correcto ejercicio de estos en el ámbito civil y mercantil es necesario para el desarrollo de programas de cumplimiento, que permitan evitar incurrir en la conducta delictiva en estudio.

## CAPÍTULO I

### ANTECEDENTES Y CONTEXTO DE LA LEY N° 21.121. EL ORIGEN DEL MODELO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL CHILENO

---

El esperado delito de administración desleal contenido en la Ley N° 21.121 ha motivado una serie de estudios a cerca de la situación a nivel nacional y de derecho comparado que hacen imposible partir nuestra investigación sin antes dar cuenta de manera al menos sucinta de ellos.

En primer lugar, este capítulo pretende hacer una breve revisión del estado de cosas anterior a la promulgación de la ley en estudio, dando cuenta de los trabajos doctrinarios chilenos del periodo, que desde hacía varios años reclamaban la necesidad de la existencia de un tipo de administración desleal en Chile (§I.1).

Luego, analizaremos el delito de administración desleal alemán, modelo inequívoco de nuestro actual tipo penal, haciendo revisión de las principales discusiones doctrinarias y jurisprudenciales a que ha dado lugar dicha norma en su ordenamiento jurídico de origen para, posteriormente, evaluar si es que dichas discusiones pudieran ser o no trasladables al ordenamiento jurídico chileno (§I.2).

Por último, el presente capítulo buscará explicar cómo ha sido el desarrollo del tipo de administración desleal en España y el tránsito desde un delito estrictamente societario hacia un nuevo modelo general. Se pondrá énfasis en que, si bien la legislación chilena sigue el modelo alemán, mucha de la doctrina y jurisprudencia española nos será de utilidad en la búsqueda de respuestas doctrinarias a las nuevas preguntas que nos genere la aplicación del delito en nuestro país (§I.3).

## I.1. EL ESCENARIO ANTERIOR A LA PROMULGACIÓN DE LA NUEVA LEY N° 21.121 QUE ‘MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y OTRAS NORMAS LEGALES PARA LA PREVENCIÓN, DETECCIÓN Y PERSECUCIÓN DE LA CORRUPCIÓN’

Ya en el año 2004, con ocasión de las “Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales” celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el profesor Héctor Hernández presentó una ponencia referida a la administración desleal en el derecho chileno. Al igual que él, han sido varios los académicos que han dedicado parte de sus estudios a comprender el delito de administración desleal, enfatizando las particularidades de legislaciones comparadas y el vacío de punibilidad existente en Chile al respecto.

Hasta el año 2018 el Código Penal chileno no contuvo ninguna disposición general de administración desleal, entendida como aquella “figura penal que reprime *per se* la administración desleal, y no sólo mediatamente, en cuanto aparición concomitante de otra conducta típica”.<sup>19</sup>

En efecto, por un lado, las figuras delictivas contenidas en artículo 469 n°3 y 4 contemplan conductas típicas que podían estimarse casos de administración desleal, sin perjuicio de que son figuras delictivas especiales respecto de la estafa. En este sentido, dichas conductas no se castigan en virtud de la deslealtad, sino más bien, por el hecho de defraudar mediante el engaño.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> HERNÁNDEZ, Ob. Cit., p. 203.

<sup>20</sup> Ibid. El artículo 469 n°3 y 4 dispone que “Se impondrá las penas al máximo de las penas señaladas en el artículo 467 (...) 3°. A los comisionistas que cometieren defraudación alterando en sus cuentas los precios o las condiciones de los contratos, suponiendo gastos p exagerando los que hubieren hecho. 4°. A los capitanes de buques que defrauden suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho, o cometiendo cualquier otro fraude en sus cuentas.”

Y por otro lado, la figura dispuesta en el artículo 470 n°2 del C.P.,<sup>21</sup>-a diferencia de las figuras de los n°3 y 4 del artículo 4699- contempla una especie de administración desleal, ya que la ley no requiere para su sanción de ningún elemento adicional fuera de la violación de deberes que le corresponden al sujeto activo (el capitán de un buque) y, lo que es más importante, tampoco se requeriría engaño de ninguna especie.<sup>22</sup> Sin embargo, la especificidad del tipo hace imposible su utilización como uno de tipo general para punir la administración desleal de patrimonios ajenos.

Ante la falta de figuras específicas aplicables para punir la esfera de conductas subsumibles bajo el delito de administración desleal, la doctrina -y la práctica judicial en general- había intentado utilizar figuras generales contenidas en nuestra legislación.

Al respecto, Hernández destaca la utilización de los delitos de estafa, insolvencia punible, apropiación indebida y ciertos delitos funcionarios, concluyendo en cada caso su inaplicabilidad. Sobre el delito de estafa se ha dicho reiteradamente en nuestra doctrina, que la conducta típica supone necesariamente un engaño que produce un error en virtud del cual se realiza una disposición patrimonial perjudicial, en tanto que en el delito de administración desleal no concurre dicho engaño “por la sencilla razón de que es el agente mismo, y no un posible tercero engañado, el que efectúa dicha disposición”.<sup>23</sup>

Sostenía el autor por su parte, la amplia -pero condicional y tardía- aplicabilidad de los tipos de insolvencia punible. De este modo, tanto las hipótesis que contemplaba el anterior artículo 466 del CP como aquellas de la antigua Ley N°18.175 de Quiebras<sup>24</sup>, representaban casos paradigmáticos de administración desleal pero que, por su propia naturaleza

---

<sup>21</sup> “Las penas privativas de libertad del artículo 467 se aplicarán también: (...) 2°. A los capitanes de buques que, fuera de los casos y sin las solemnidades prevenidas por la ley, vendieren dichos buques, tomaren dinero a la gruesa sobre su casco y quilla, giraren letras a cargo del naviero, enajenaren mercaderías o vituallas o tomaren provisiones pertenecientes a los pasajeros.”

<sup>22</sup> HERNÁNDEZ, Ob. Cit., p. 204.

<sup>23</sup> Ibid., p. 207.

<sup>24</sup> Tanto el artículo referido como la Ley de Quiebras han sido modificados y derogados, respectivamente, por la Ley N°20.720 (D.O. 09 de enero de 2014).

condicionada al “acto formal de declaratoria de quiebra”, no estaban en condiciones de dar adecuada protección ante actos de administración desleal en general.<sup>25</sup> La nueva Ley de Reorganización y Liquidación de empresas y personas (Ley N°20.720, de 2014) modificó el Código Penal agregando el párrafo VII del Título Noveno, “de los delitos concursales y de las defraudaciones”, de cuyos artículos se pueden desprender las mismas conclusiones antedichas, a saber, la comisión de estos delitos está condicionada a la existencia de un procedimiento concursal de liquidación ya sea de empresa deudora o de persona deudora.

Por otra parte, los delitos funcionarios contenidos en los artículos 239 y 240 del C.P. constituyen buenos ejemplos de administración desleal del patrimonio estatal. En efecto, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia “no ha tenido dificultades en subsumir bajo los rótulos ‘abuso de confianza’ o ‘infracción de deberes funcionarios’, hipótesis de administración desleal del patrimonio estatal”.<sup>26</sup> Sin embargo, se aprecia claramente que este tipo de delitos sólo tienen aplicación cuando el sujeto activo es un funcionario y el patrimonio afectado es el del Estado, lo que excluye cualquier hipótesis de administración desleal en las relaciones económico patrimoniales privadas.

Sin embargo, es el delito de apropiación indebida el que más uso generalizado había tenido para cubrir las hipótesis de hecho subsumibles bajo el actual delito de administración desleal chileno. Y es que, en ciertas circunstancias específicas, determinadas conductas de administración desleal pueden tomar la apariencia de apropiación indebida siendo punibles bajo esa figura. Pensamos, por ejemplo, en aquellas situaciones en que el administrador, además de incumplir sus deberes de salvaguarda emanados de su posición de garante, logra la distracción de dinero o la apropiación de cualquier cosa mueble. Sin embargo, la aplicación del tipo de apropiación indebida para castigar conductas punibles bajo el delito de administración desleal, presenta serias limitaciones. En efecto, el delito de apropiación indebida tiene, al igual que el hurto, como objeto material, cosas corporales muebles, excluyendo, por lo tanto, bienes incorporeales, como el dinero giral. Asimismo, es atípica toda

---

<sup>25</sup> HERNÁNDEZ. Ob. Cit., p. 209.

<sup>26</sup> Ibid., p. 239.

administración desleal de bienes inmuebles. Por último, no son punibles las conductas que afectan el patrimonio administrado, aumentando el pasivo.<sup>27</sup>

Ante la inexistencia de una tipificación que sea suficiente para punir los casos de administración desleal y la aplicación simplemente parcial de los tipos usualmente utilizados desde hace ya varios años se hizo evidente la necesidad de incluir en nuestra legislación un delito de administración desleal, tal como ya había ocurrido en legislaciones comparadas. En efecto, Hernández sostenía que:

“No se aprecian razones para que los ataques “desde adentro” al patrimonio ajeno, esto es, precisamente cuando las posibilidades de defensa del perjudicado se ven más limitadas, queden substraídas de la acción del derecho punitivo. Más aun, en un contexto de desarrollo económico caracterizado por la formación de grandes capitales y la creciente separación entre administración y titularidad del patrimonio, particularmente –pero no sólo– a través del desarrollo societario, puede afirmarse que la importancia de los medios de la administración desleal como medios defraudatorios ha aumentado exponencialmente, al punto que su adecuada represión parezca indispensable para la configuración de una economía moderna. (...) Todo indica entonces que es necesaria la intervención legislativa para superar este insatisfactorio estado de cosas.”<sup>28</sup>

Pues bien, en el año 2016, con motivo de la promulgación en Chile de las normas de la Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción (Decreto N°375, D.O. 30 de enero de 2007)<sup>29</sup>, un grupo de parlamentarios presentó la moción que iniciaba el Proyecto de Ley

---

<sup>27</sup> HERNÁNDEZ, Ob. Cit., p. 231 y ss.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Su artículo 22 dispone lo siguiente: “Malversación o peculado de bienes en el sector privado: Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.”

que modificaba “el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, tipifica los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal; y la ley N°20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica”. En dicho proyecto se señala que “con la finalidad de dar cumplimiento a estos estándares internacionales se propone la incorporación de dos delitos al Código Penal, uno que castigue el soborno entre particulares y otro, que castigue la administración desleal”.

De esta manera, el nuevo delito introducido por la Ley N°21.121, además de salvar un vacío de punibilidad respecto de las conductas comprendidas dentro de las hipótesis de administración desleal, responde a las exigencias de orden económico internacional, reflejo evidente de una expansión del derecho penal producto de una serie de nuevas condiciones que confluyen lo que en doctrina ha sido denominado “sociedad del riesgo”<sup>30</sup>. En efecto, los fenómenos delictuales económicos modernos asociados a la nueva forma de hacer negocios hacen imperiosa la existencia de un tipo como aquel que es objeto de nuestro estudio.

Luego del proceso legislativo<sup>31</sup>, finalmente el texto del delito de administración desleal ha quedado de la siguiente manera en el actual artículo 470 del Código Penal chileno:

“Las penas privativas de libertad del artículo 467 se aplicarán también: (...)”

---

<sup>30</sup> Ulrich Beck. De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo, en; *Revista de occidente* (150), 1993, pp. 19 y ss. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho Penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2da edición. Madrid, España: Editorial Civitas, 2008, p. 27. Entre las muchas causas que Jesús María desarrolla para explicar el surgimiento de este tipo de sociedades, destacan aquellos factores externos del sistema penal que motivan su uso desmedido en desmedro de otras formas de control social.

<sup>31</sup> Originalmente, el delito de administración desleal había sido dispuesto en un nuevo artículo 287 ter ubicado en el párrafo 7° del título VI del libro II del Código Penal de los "crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas". Sin embargo, por razones sistémicas se concluyó que el lugar más idóneo para incluir el delito lo constituía el párrafo 8° del título IX del Libro II del Código Penal, donde se regulan, entre otros ilícitos, los fraudes por abuso de confianza, siendo el delito de administración desleal una especie de este género. Vid. Historia de la Ley N°21.121 ..., Ob. Cit., primer Informe de la Comisión de Constitución del senado.

11. Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado.

Si el hecho recayere sobre el patrimonio de una persona en relación con la cual el sujeto fuere guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad, se impondrá, según sea el caso, el máximo o el grado máximo de las penas señaladas en el artículo 467.

En caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial, el administrador que realizare alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral, irrogando perjuicio al patrimonio social, será sancionado con las penas señaladas en el artículo 467 aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero.”

Como se puede apreciar, la figura base del delito está compuesta por dos hipótesis de comisión del ilícito denominadas por la doctrina como tipo de abuso (*ejercer abusivamente facultades para disponer por cuenta del administrado u obligarlo*) y de infidelidad (*ejecutar u omitir cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado*). Tal como analizaremos a continuación, dicha clasificación deriva de la doctrina y jurisprudencia alemana que se ha producido a partir del tenor del §266 del Código Penal alemán (StGB).

## I. 2. MODELO ALEMÁN DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL §266 STGB COMO REFERENTE DE NUESTRA LEGISLACIÓN

No cabe duda de que, si el legislador no tomó exclusivamente como modelo el tipo de administración desleal alemán para la redacción de la norma chilena, al menos lo tuvo en consideración en aquellos aspectos más relevantes del tipo. Una observación breve de ambos tipos nos mostrará evidentes similitudes lo que hace extensible en nuestro ordenamiento jurídico, muchas de las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que con motivo del tipo alemán se han dado.

En efecto, más allá del estudio del tipo penal alemán que sirve de antecedente directo a nuestro modelo, para efectos de esta investigación nos parece crucial exponer las discusiones doctrinarias y jurisprudencias que ha motivado el delito de administración desleal alemán para determinar si ellas son o no trasladables también a nuestro propio tipo penal.

El delito de administración desleal surge en Alemania a principios del siglo XIX, como resultado del proceso histórico de separación entre los delitos de apropiación contra la propiedad y delitos contra el patrimonio, los cuales se encontraban entrelazados o confundidos en el antiguo derecho común.<sup>32</sup> De acuerdo con Vera, este precepto podía interpretarse ya desde ese entonces a partir de tres teorías: (i) aquella que entendía el delito como un tipo de abuso de los poderes de disposición sobre el patrimonio ajeno en la calidad de administrador; (ii) aquella que lo concebía como la infracción de un deber jurídico de cuidado del patrimonio ajeno, y; (iii) aquella que los consideraba como la lesión de una relación de confianza con base jurídica o no.<sup>33</sup> La casuística del tipo penal contenido en el Código Penal del Reich de 1871 respecto de la enumeración detallada de todos los casos de sujetos activos del delito, ofrecían, sin embargo, muchos vacíos de punibilidad.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, H. Ob. Cit., p. 241; VERA RIVERA, M. Ob. Cit., p. 174.

<sup>33</sup> VERA RIVERA, M. Ob. Cit., p. 175.

<sup>34</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Lima, Perú: Grijley, 2014, p. 899.

La actual configuración del §266 del Código Penal alemán (StGB) fue introducida en la Ley modificatoria de 26 de mayo de 1933, a partir de la cual se separa el delito materialmente en dos tipos: el de infidelidad y el de abuso. Con esta modificación se buscaba superar la antigua disputa entre las teorías del “abuso” del “quebrantamiento de fidelidad” reconociendo ambos tipos como dos alternativas separadas de comisión del delito.<sup>35</sup>

Una traducción de dicho tipo penal en estudio puede ser la siguiente:

§266 del Código Penal alemán (StGB): Quien abuse de la facultad de disponer sobre el patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha otorgado por ley, mandato de la autoridad o negocio jurídico, o lesione el deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos que le incumbe en virtud de la ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o relación de fidelidad y, de ese modo, cause un perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales tenía que custodiar, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa.<sup>36</sup>

Como se puede apreciar, la norma actual contiene dos tipos penales los cuales han sido objeto de estudio particularizado de la doctrina, a saber; el tipo de abuso (“*Missbrauchtatbestand*”) contenido en la primera parte del primer inciso (*quien abuse de la facultad de disponer sobre el patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha otorgado por ley, mandato de la autoridad o negocio jurídico*), y; el tipo de infidelidad (“*Treubruchtatbestand*”) contenido en la segunda parte del mismo (*lesione el deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos que le incumbe en virtud de la ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o relación de fidelidad*).<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Ibid., p. 900; VERA RIVERA, M. Ob. Cit., p. 176.

<sup>36</sup> Traducción de PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 52. Otras traducciones del tipo penal alemán se pueden encontrar en ROJAS, L. Ob. Cit., p.139; HERNÁNDEZ BASUALTO, H. Ob. Cit., p. 242.

<sup>37</sup> VERA RIVERA, M. Ob. Cit., p. 177.; MARTÍNEZ-PÉREZ BUJÁN, Carlos. El Delito de Administración Desleal de Patrimonio Ajeno. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p. 65.

De esta manera, suele afirmarse que el tipo de abuso protege al titular del patrimonio administrado en las relaciones jurídicas obligacionales creadas por el administrador respecto de dicho patrimonio en uso de los poderes conferidos,<sup>38</sup> en tanto; el tipo de infidelidad “protege al titular del patrimonio administrado respecto de los daños patrimoniales que se deriven de la lesión de los deberes del administrador o apoderado relativos a la percepción de intereses patrimoniales del representado”.<sup>39</sup> El primero, abarcaría infracción de deberes específicos convenidos en tanto, en el segundo, las infracciones derivarían de un deber general de tutelar intereses patrimoniales ajenos.

Otros autores precisan que la diferencia entre una y otra modalidad típica reside en el hecho de que en el tipo de abuso es necesario que el autor tenga facultades para obligar o disponer del patrimonio administrado, de modo que aquél abusa llevando a cabo un negocio jurídico eficaz frente a terceros”, en tanto que para el tipo de infidelidad “es suficiente con que el administrador asuma de facto un deber de custodia patrimonial, con total independencia de la manera en que lleve a cabo la lesión del patrimonio que ha sido conferido para su custodia”.

40

En el mismo sentido, de acuerdo con Martínez-Buján, “el tipo del abuso tutela el patrimonio frente a los ataques que se derivan del otorgamiento de facultades de disposición en la esfera externa de la relación intersubjetiva, puesto que en él se castiga el abuso de la facultad de disponer de patrimonio ajeno o de contraer obligaciones en nombre de otro; por su parte, el tipo de la deslealtad preserva el patrimonio ante las agresiones que se producen en la esfera interna, habida cuenta de que en él se sanciona a quien lesione el deber que le incumbe de custodiar intereses patrimoniales ajenos”.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> VERA RIVERA, M. Ob. Cit., p. 177.

<sup>39</sup> Ibid., p. 178.

<sup>40</sup> Así lo resumen PASTOR; COCA. El delito... Ob. Cit., p. 54.

<sup>41</sup> MARTÍNEZ-PÉREZ BUJÁN, C. El Delito de Administración Desleal... Ob. Cit., p. 65.

La doctrina alemana no disputa la existencia de estas dos modalidades diferenciadas, sin embargo, tal distinción no ha estado ajena a controversias. En particular, se ha discutido la relación sistémica existente entre ambas modalidades comisivas existiendo al respecto dos grandes teorías.

En primer lugar, las teorías monistas -mayoritarias actualmente -sostienen la presencia de un único injusto de administración desleal de modo que ambas modalidades típicas serían solo alternativas en apariencia, dado que materialmente el tipo del abuso se configuraría como una mera hipótesis específica del genérico tipo de infidelidad.<sup>42</sup> Lo interesante de esta explicación a efectos de nuestra investigación, es que a partir de esta teoría se desprende que, por ser el tipo de abuso una especie del tipo de infidelidad, se le exigiría también la infracción de un deber de tutela patrimonial, es decir, el tipo del abuso presupone en la persona del autor el mismo deber de cuidado del patrimonio que existe en la modalidad de la infidelidad.

Las teorías dualistas, minoritarias en la doctrina alemana, sostienen por su parte que el delito de administración desleal abarcaría dos tipos distintos con un injusto parcialmente disímil, de modo que cada uno de ellos debería ser interpretado de forma separada. Siguiendo esta idea, para la doctrina dualista, el deber de tutela patrimonial no sería extensivo al subtipo de abuso, por lo que, a diferencia del subtipo de infidelidad, no exigiría la infracción de dicho deber.<sup>43</sup>

En la actualidad se encuentra más o menos asentada la doctrina dominante respecto a la existencia de dos formas típicas de comisión del delito de administración desleal a partir de un único deber de tutela patrimonial. Dicho deber serviría tanto para determinar al autor idóneo del delito como para identificar la conducta típica.<sup>44</sup> Conforme al objeto de nuestra investigación esto tiene especial relevancia en la determinación de los deberes particulares que

---

<sup>25</sup> Ver *infra* §II.2. b.

<sup>43</sup> Sobre las particularidades de la discusión en Alemania Vid. MARTÍNEZ-PÉREZ BUJÁN, C. El Delito de Administración Desleal... Ob. Cit., p. 63 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, M. Ob. Cit., p. 897 y ss.; PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 51 y ss.; VERA RIVERA, M. Ob. Cit., p. 170 y ss.; ROJAS, E. Ob. Cit., p. 144 y ss.

<sup>44</sup> PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 56.

deben ser infringidos para estar ante la conducta típica punible bajo el tipo de administración desleal chileno, sin embargo, cabe preguntarse ¿es trasladable la discusión doctrinaria antes enunciada al ordenamiento jurídico nacional?

Puede observarse que el legislador chileno tomó los elementos más relevantes del modelo alemán teniendo especial cuidado de no trasladar a nuestro tipo las innumerables discusiones y controversias que se han dado en su ordenamiento de origen. De este modo, la norma chilena inicia dando cuenta de la existencia de deberes de tutela patrimonial (deberes de salvaguardia o gestión del patrimonio de otra persona) y sus fuentes (ley, orden de la autoridad o de un acto o contrato), antes de manifestar las formas o modalidades de infracción de la norma (tipo de abuso y tipo de infidelidad), ahora sí, como alternativas. La consecuencia inmediata de la decisión legislativa es la subsunción semántica de ambas formas comisivas a los requisitos previos establecidos en la norma, de modo que no cabe duda que el ordenamiento chileno ha decidido seguir la teoría monista o unitaria. Es decir, ya sea que el delito se cometa en abuso de facultades adquiridas con anterioridad, o ejecutando u omitiendo acciones de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado, en ambos casos lo que se produce es una infracción del deber de salvaguardar el patrimonio ajeno; un deber de tutela patrimonial.<sup>45</sup>

Más adelante en nuestra investigación (II.3), analizaremos cómo la incorporación de la teoría unitaria en nuestra legislación nos es de utilidad al momento de acotar la amplitud del tipo, estableciendo criterios específicos que debe cumplir la infracción de un deber del administrador para constituirse en infracciones de tutela patrimonial relevantes típicamente.

---

<sup>45</sup> Otra discusión habrá de darse si, aun con la clara redacción de la norma, se potencie en Chile una interpretación dualista, aplicando para el tipo de abuso una interpretación extensiva que genere contenidos paralelos disímiles en ambas formas de comisión.

### I.3. MODELO ESPAÑOL DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL. EVOLUCIÓN DESDE UN TIPO SOCIETARIO HACIA UN NUEVO MODELO

Resulta pertinente estudiar el panorama español, ya que, por un lado, el ambiente antes de la introducción del delito de administración fraudulenta con el Código penal de 1995 era muy similar al nuestro, y, por otro lado, la discusión llevada a cabo por la doctrina y la acuciosa labor legislativa llega a puerto con el nuevo delito de administración desleal del año 2015, inspirado en el §266 StGB alemán. A partir del tipo consagrado el año 2015, surge una discusión e interpretación útil para nuestro trabajo.

A diferencia de lo ocurrido en la legislación alemana, en España el delito de administración desleal no se contempla sino hasta el Código Penal de 1995, el que tipificaba dicho delito en los siguientes términos:

“Artículo 295. 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.”

Al igual que en el caso chileno, antes de la existencia de este delito, la jurisprudencia cubría algunos supuestos de administración desleal aplicando el delito de estafa y el de apropiación indebida los cuales no daban cuenta de un amplio conjunto de conductas de administración desleal.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 346-355; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial. Quinta edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 520; NAVARRO FARÍAS, I. Ob. Cit., p. 177-178; LUZÓN, ROSO. Ob. Cit., p. 5.; PASTOR, COCA. El delito... Ob. cit., p. 39-41. La forma en que antes del código de 1995 se castigaba la administración desleal en el derecho español era a través de la

La compleja e intrincada redacción del delito del artículo 295 del código penal español de 1995 conllevó a una inaplicabilidad de la figura. Al respecto se pueden identificar dos problemas principales que decantaron en su fracaso. Por un lado, el tipo en cuestión presentaba diversas problemáticas interpretativas<sup>47</sup> -de las que se señalarán las que son más importantes<sup>48</sup>- y, por otro lado, la polémica distinción entre este ilícito y el delito de apropiación indebida.<sup>49</sup>

La interpretación del delito de administración desleal fue fuente de distintas polémicas en sus distintos elementos típicos y al bien jurídico protegido. En este último punto la doctrina discutía acerca si el delito solamente protegía el patrimonio o si el bien jurídico además puede identificarse con la relación de fidelidad. La controversia fue zanjada concluyendo que el bien jurídico protegido era el patrimonio del sujeto pasivo, sin perjuicio que la infracción de deber jurídico sustentado en la relación interna también fundante el injusto<sup>50</sup>.

El sujeto pasivo del delito contemplado en la norma fue altamente criticado, toda vez que contenía un criterio mixto para su determinación. En efecto, la norma contemplaba un universo de sujetos pasivos cuyos intereses tutelados eran, ora internos ora externos, ejemplo de los primeros sería la sociedad administrada, y, respecto de los segundos, serían los socios de la sociedad administrada, los depositarios de la sociedad y cuentapartícipes. La discusión

---

modalidad de distracción de la apropiación indebida, al respecto Vid. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (dir.). Derecho penal económico. 1ra edición, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 195-198. El delito de estafa también permitía hasta la reforma de 1983 cubrir ampliamente supuestos de administración desleal.

<sup>47</sup> FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 359.

<sup>48</sup> Entre las controversias no nombradas Vid. PASTOR MUÑOZ, N. Ob. Cit., p. 44.; MARTÍNEZ-PÉREZ BUJÁN, Carlos. Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXV: 457-566, 2015, p. 550-553., a propósito de la concurrencia de un beneficio. Sobre el abuso de las facultades Vid. FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 373-376.; LUZÓN, ROSO. Ob. Cit., p. 21-22. Acerca del término fraudulentamente Vid. Ibid., p. 14.

<sup>49</sup> FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 387.

<sup>50</sup> Ibid., p. 276, 355-357.; NAVARRO FARÍAS, I. Ob. Cit., p. 183-194. Se plantea una discusión pormenorizada del bien jurídico protegido en LUZÓN, ROSO. Ob. Cit., p. 7-8. Al respecto, se dice que el bien jurídico protegido no es solo el patrimonio de los sujetos pasivos del delito, sino que también el correcto funcionamiento de las sociedades, del sistema societario, la fiabilidad de las sociedades, del sistema societario para la comunidad, como bien jurídico colectivo o supraindividual.

más importante giraba en torno a si la sociedad era sujeto pasivo del delito o no, pues el antiguo artículo 295 no mencionaba explícitamente a la sociedad dentro de los sujetos afectados por el delito.<sup>51</sup> En relación con esta discusión, gran parte de la doctrina afirmaba que la sociedad sí era un sujeto pasivo, mientras que otra parte de la doctrina indicaba que la sociedad no era un sujeto pasivo.<sup>52</sup>

La redacción del delito provocó discusión acerca del objeto de la acción. Se discutía acerca de si estaba comprendido solamente por los bienes sociales, excluyendo por lo tanto los de terceros, o bien también se incluían estos últimos. Una interpretación que salvaba esta problemática era entender que el objeto de la acción se identificaba con los bienes de la sociedad independientemente del título jurídico mediante el cual era poseído el bien<sup>53</sup>.

El problema más relevante a nivel interpretativo estaba dado por la acción típica. El verbo rector “disponer” presentaba diversas complicaciones al momento de delimitar su alcance respecto de la conducta típica del delito de apropiación indebida.<sup>54</sup> En el ámbito de este último delito se entendía que los verbos “apropiación”, “distracción” y “negar haber recibido”,<sup>55</sup> correspondían al término “disposición”, entendido de forma amplia, siempre que constituyeren un incumplimiento definitivo de una obligación de entregar o devolver. En cambio, en la administración fraudulenta significaba el aprovechamiento de bienes sociales que no implicaran una apropiación definitiva que fuera capaz de mermar el patrimonio del

---

<sup>51</sup> FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 359-360. Además de la discusión, existían discusiones a propósito al depositario y el cuentapartícipe.

<sup>52</sup> Ibid., p. 361-362. FARALDO CABANA, Patricia. El consentimiento de la junta general de socios y administración desleal de sociedades. En: *Revista Derecho de Sociedades* (18): 203-213, 2002, p. 274-275. La autora es partidaria por incluir a la sociedad como sujeto pasivo. LUZÓN, ROSO. Ob. Cit., p. 19-21. Por un lado, la disposición fraudulenta puede afectar alternativamente o conjuntamente a los socios y terceros equiparados y a la sociedad, mientras que la asunción de obligaciones solo protegería de forma indirecta a los socios y terceros equiparables.

<sup>53</sup> FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 363-365

<sup>54</sup> Ibid., p. 365.

<sup>55</sup> El delito de apropiación indebida anterior a la modificación del año 2015 tenía la siguiente redacción: “Artículo 252. Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.”

sujeto pasivo<sup>56</sup>. Ahora bien, tratándose de la acción típica de “contracción de obligaciones” en el delito de administración fraudulenta, se entendía que constituía cualquier acto de gravamen<sup>57</sup>, sin embargo, se discutía por un lado si esta modalidad se calificaba únicamente con el elemento corrector del abuso o si además con el adverbio “fraudulentamente”<sup>58</sup>; y, por otro lado, no había consenso acerca si era plausible causar el perjuicio patrimonial mediante omisión<sup>59</sup>.

La discusión también giraba en torno al perjuicio. En efecto, el tipo exigía que el perjuicio fuera evaluable económicamente y hubiera sido causado directamente. En cuanto a esto último, algunos planteaban que solo era predicable del perjuicio causado al patrimonio de la sociedad, mientras que otros negaban esta restricción.<sup>60</sup>

El sujeto activo del delito también presentaba problemas para la doctrina. La norma en comento incluía dentro del círculo de potenciales autores a los administradores de hecho, de derecho y a los socios<sup>61</sup>. En cuanto a estos últimos, cabía la duda de en qué casos los socios podrían ser autores de administración desleal. Las principales hipótesis en las cuales los socios

---

<sup>56</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial. Ob. Cit. p. 521; FARALDO CABANA, Ob. Cit., p. 366.; LUZÓN, ROSO. Ob. Cit., p. 7. Este último plantea que las actuaciones de apropiación o distracción de bienes sociales que, siendo de carácter dominical y teniendo una apariencia de legitimidad y regularidad, implican un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, son apropiaciones indebidas, pero también simultáneamente administraciones desleales societarias.

<sup>57</sup> FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 371; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial. Ob. Cit. P. 522.

<sup>58</sup> FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 372.

<sup>59</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial. Ob. Cit. p. 522. El autor indica que el delito admitía la comisión por omisión. LUZÓN, ROSO. Ob. Cit., p. 15-18. También acepta la comisión por omisión. En el mismo sentido Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión. En: *Nuevo Foro Penal* (83): 15-38, 2014, p. 29-31

<sup>60</sup> Ejemplo de la primera postura BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La problemática de la administración desleal en el derecho penal español (Consideraciones comparativas entre el Derecho alemán y el español)», en *Estudios Jurídicos: Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann en la UAM del 14-17 de octubre de 1992*, BOE, Madrid, 2005, p. 399. Criticándolo FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 377. LUZÓN, ROSO. Ob. Cit., p. 13, indica que solo es posible predicar un perjuicio patrimonial directo respecto de la segunda conducta típica, no así de la primera.

<sup>61</sup> Acerca de distintas interpretaciones del administrador de hecho Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. Ob. Cit., p. 24-25.

podrían ser autores eran: la situación de una sociedad de capital en etapa de formación, donde los socios fundadores normalmente de gestionan y administran; y en los casos en que los socios eran al mismo tiempo administradores de la sociedad, como ocurriría con las sociedades personalistas.<sup>62</sup>

Un segundo problema presentado por la incorporación del delito de administración fraudulenta era la dificultad de diferenciar su ámbito de aplicabilidad con el de la apropiación indebida. Para partir, se indicaba que es de la esencia del delito de apropiación indebida tanto la “apropiación en sentido estricto”, esto es, temporal, como la “expropiación”, que es definitiva. Así, en los supuestos que no haya una atribución de dominio, pueden ser considerados como administración desleal.<sup>63</sup> En el fondo, lo que determina si el hecho es constitutivo de apropiación indebida es si el acto es idóneo para causar una lesión a la propiedad.<sup>64</sup>

Sin embargo, este panorama clarificador de los distintos ámbitos donde operaban ambas normas antes de la reforma del 2015 fue cuestionado por la jurisprudencia en el caso *Argentina Trust*<sup>65</sup>, que posteriormente sería la doctrina mayoritaria. Se predica en la decisión de este caso que el universo de situaciones que abarca cada delito se encuentra parcialmente superpuestos, a modo de círculos secantes. Este concurso de normas se resolvía a favor del

---

<sup>62</sup> FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 384-386. LUZÓN, ROSO. Ob. Cit., p. 10, agrega que podría considerarse a los socios que constituyen un órgano social, como las que serían en nuestro ordenamiento las juntas de accionistas. En la misma línea DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. Ob. Cit., p. 26.

<sup>63</sup> FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 387; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial. Ob. Cit. p. 521. Para este último autor, la distinción consiste en que la apropiación definitiva incumbe al ámbito de la apropiación indebida, mientras que una apropiación temporal forma parte del ámbito de la administración desleal. NAVARRO FARIAS, I. Ob. Cit., p. 205-206, se muestra reacia a la postura anterior e indica que lo realmente diferenciador es que el administrador actúe en su calidad de tal cometiendo un abuso intensivo o extensivo.

<sup>64</sup> FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 389.

<sup>65</sup> STS 1316/1998 del 26 de febrero de 1998. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/bad66b5bce634442/20040618>. [Última consulta: 03 de noviembre del 2019]

delito de apropiación indebida en aplicación del art 8.4 de código penal español.<sup>66</sup> Los criterios de especialidad, consunción y subsidiariedad no tendrían aplicación para resolver este concurso,<sup>67</sup> por lo que el concurso se resolvería según el criterio de alternatividad.

Para esclarecer los concursos entre ambas normas fue necesario analizar distintos supuestos que podían acaecer. En esta línea se identificaron dos grupos de casos. Un primer grupo consistía en que el administrador realizara distintas acciones donde unas consistieran en una apropiación de bienes mientras que otras fueran un perjuicio patrimonial sin ningún tipo de acto de apropiación<sup>68</sup>, mientras que un segundo grupo consistía en casos donde una misma conducta pudiera ser calificada como administración desleal y como apropiación indebida.

El primer grupo no presenta mayores problemas, se calificaba de concurso real ente el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal. Sin embargo, en el segundo grupo de casos podía plantearse el supuesto en que una conducta constituyere un acto de apropiación, y a la vez, causara un perjuicio directa y económicamente evaluable al patrimonio de un sujeto pasivo distinto a la sociedad. Para quienes sostenían que la sociedad no era sujeto pasivo del delito de administración desleal, existía, en estos casos, un concurso real.<sup>69</sup> En cambio, para quienes sostenían que la sociedad si es un sujeto pasivo del delito, existía un concurso ideal.<sup>70</sup> La jurisprudencia por su lado tampoco era conteste en el tema. Parte de la jurisprudencia planteaba que la modalidad de disposición de bienes fraudulenta en la administración desleal es una especie de apropiación indebida. Sin embargo, otra línea jurisprudencial delimitaba ambos delitos, de forma que no se superponían ni parcial -como

---

<sup>66</sup> El artículo reza así “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

4.<sup>a</sup> En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”

<sup>67</sup> Ibid., p. 391. NAVARRO FARÍAS, I. Ob. Cit., p. 179. También, a propósito del caso *Argentia Trust* y la distinción entre ambos delitos en BACIGALUPO ZAPATER. Derecho penal económico. Ob. Cit.

<sup>68</sup> FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 392.

<sup>69</sup> Ibid., p. 393.

<sup>70</sup> Ibid., p. 394.

círculos secantes- ni se relacionaban especialmente, sino que, trataban hipótesis distintas, por lo que en ningún caso una conducta podía constituir ambos tipos delictivos.<sup>71</sup>

Las diversas interpretaciones y la confusión entre el tipo de administración desleal y de apropiación indebida contemplados antes de la reforma del año 2015 causaron la inoperancia del artículo 295. Ante esta situación se realizaron variados proyectos de reforma<sup>72</sup>. A saber, el anteproyecto del 2006; el anteproyecto del 2008, que culmina con la reforma introducida por la LO 5/2010, y; el anteproyecto del 2012, el cual culmina con la LO 1/2015, suprimiendo el delito de administración desleal como delito societario para contemplar una redacción diametralmente distinta en el artículo 252 y modifica el delito de apropiación indebida actualmente en el artículo 253 y antiguamente contenido en el artículo 252. Los distintos anteproyectos tienen como motivo en común la necesidad de modificar el artículo 295, para que deje de ser un delito exclusivamente societario, y además la necesidad de clarificar con mayor detalle la diferencia entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal.

El diseño del antiguo delito de administración fraudulenta, decantó en su errática interpretación por parte de los tribunales y en su inaplicabilidad, por lo que el legislador español optó por su abrogación.<sup>73</sup>

El actual artículo 252 reza así:

“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan

---

<sup>71</sup> Ibid., p. 394-400.

<sup>72</sup> Mas detalladamente el *iter* legislativo en MARTÍNEZ-PÉREZ BUJÁN, C. Pasado, presente y futuro... Ob. Cit., p. 481-489 y FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 400-407.

<sup>73</sup> FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 407; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial. Ob. Cit. p. 525.

excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 500 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.

El nuevo delito de administración desleal se inspira directamente en el delito alemán ya revisado (§266 StGB)<sup>74</sup> y se aparta de una aplicación estrictamente societaria para abarcar un amplio espectro de situaciones, siendo un delito común contra el patrimonio no solo de una sociedad, sino de cualquier otra persona<sup>75</sup>. Como se puede apreciar de ambas normas, es decir, el antiguo artículo 295 y el nuevo artículo 252, este no incluye todos los supuestos que podrían tener cabida bajo aquel, a pesar de que una de las pretensiones de la reforma era incluir bajo el nuevo delito de administración desleal todas aquellas hipótesis contempladas en el delito anterior<sup>76</sup>. En primer lugar, el ámbito de sujetos pasivos se ve considerablemente reducido. En el actual delito de administración desleal el único sujeto pasivo es la sociedad administrada, excluyendo de esta manera a los depositarios, cuentapartícipes y los socios, excepto estos últimos cuando el socio aporte un bien a la sociedad reservándose la propiedad de este<sup>77</sup>. En segundo lugar, la redacción del nuevo delito de administración desleal deja la duda si cabe dentro de los sujetos activos el administrador de hecho<sup>78</sup>.

Actualmente parte de la doctrina reconoce el avance de la incorporación al código penal de un nuevo delito de administración desleal con carácter genérico. Sin embargo, indican que

---

<sup>74</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial. Ob. Cit. p. 517

<sup>75</sup> MARTÍNEZ-PÉREZ BUJÁN, C. El Delito de Administración Desleal... Ob. Cit., p. 44.; FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 407.

<sup>76</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial. Ob. Cit. p. 517.

<sup>77</sup> FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 408.

<sup>78</sup> Ibid., p. 409.

es necesario un tipo de administración desleal especial y más gravoso para el ámbito societario.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> MARTÍNEZ-PÉREZ BUJÁN, C. Pasado, presente y futuro... Ob. Cit., p. 558-561.; FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 410.

## CAPÍTULO II

### EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y EL DEBER DE TUTELA PATRIMONIAL

---

Para entender mejor el objeto de nuestra investigación, es necesario hacer un estudio sucinto sobre las características del delito de administración desleal tal como ha sido tipificado en nuestra legislación, pero incluyendo las discusiones que al respecto pueden ser aplicables desde la doctrina alemana y española (II.1). Con posterioridad, nos enfocaremos en algunos aspectos que nos parecen de relevancia a la hora de determinar los deberes del autor de este delito. De este modo, desarrollaremos las particularidades que presenta el deber de tutela patrimonial en los subtipos de abuso y de infidelidad, ahondando en las discusiones doctrinarias que existen a su respecto y evaluando si han de ser aplicables o no al tipo penal chileno (II.2). Finalmente, desarrollaremos un estudio de la naturaleza y contenido del deber de tutela patrimonial, delimitando la esfera de deberes a partir de las discusiones doctrinarias que en sistemas comparados se han dado (II.3).

#### II.1. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

El delito de administración desleal dispuesto en el numeral 11° del artículo 470 del C.P. puede ser caracterizado como un delito *estrictamente patrimonial, doloso, especial y de resultado*. Con el objeto de facilitar una exposición sintética de estos elementos es que se desarrolla brevemente cada uno de los presupuestos del hecho punible asociados al delito en estudio, aunque de modo meramente enunciativo, pues las discusiones doctrinarias particulares que cada presupuesto amerita no son objeto del presente trabajo.

##### **II.1.a. Bien jurídico protegido: el patrimonio y el quiebre de confianza**

En su momento, fue sostenido por la doctrina que lo relevante del delito de administración desleal era el perjuicio que se produce “desde dentro” en clara deslealtad y menoscabo de la confianza del titular del patrimonio, confianza que legítimamente se pudo

haber adquirido en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato.<sup>80</sup> De esta manera, el ataque realizado abusando de la confianza depositada por la víctima era más grave que la mera agresión desde fuera que se da en los casos de hurtos o estafas.<sup>81</sup>

En este mismo sentido la doctrina alemana sostenía que, en relación con el tipo original de administración desleal de 1871, el injusto no sólo abarcaba una lesión del patrimonio, sino también un menoscabo de la confianza del titular de los intereses patrimoniales lesionados, viendo el delito de administración desleal como un tipo paradigmático de traición, mermando la confianza en la honradez del tráfico jurídico y económico, de modo que el menoscabo patrimonial sólo podía ser considerado como el modo en que se materializaba el acto de deslealtad.<sup>82</sup>

Sin embargo, en coincidencia con lo que sostiene la doctrina alemana en la actualidad, del tenor del tipo de administración desleal chileno se desprende que nos encontramos ante un delito estrictamente patrimonial. En efecto, en la actualidad la doctrina alemana sostiene de forma prácticamente unánime que el bien jurídico protegido por el §266 es únicamente el patrimonio de quien confía su custodia a otro, siendo sólo controvertido las formas de definir dicho patrimonio.<sup>83</sup>

Más allá del tenor literal de nuestro artículo 470 N°11 -que ya hemos dicho, sigue de cerca la redacción del tipo penal alemán-, tal como lo fundamentan PASTOR y COCA, la configuración del bien jurídico protegido como estrictamente patrimonial responde a que en la administración desleal la relación de confianza y los deberes que de ella emanan se normativizan, pasando a ser deberes jurídico-penalmente relevantes, concretados en un deber

---

<sup>80</sup> PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito... Ob. Cit., p. 75 y 76. En España por su lado también hubo discusión sobre el bien jurídico protegido por el derogado artículo 295, como se indicó *supra* (§1.3.).

<sup>81</sup> PASTOR; COCA. El delito... Ob. Cit., p. 77

<sup>82</sup> Así lo explican PASTOR; COCA. El delito... Ob. Cit., p. 76.

<sup>83</sup> PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito... Ob. Cit., p. 77

general de lealtad del autor. Esta normativización que genera el derecho penal, no se crea para proteger la confianza de las personas, sino para proteger su patrimonio.<sup>84</sup>

Por lo demás, si revisamos la historia de la Ley N° 21.121, si bien inicialmente la moción parlamentaria ubicaba el delito de administración desleal en el párrafo 7° del título VI del libro II del Código Penal, de los "crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas", lo cierto es que tempranamente, en primer trámite constitucional de la Comisión de Constitución del Senado, se decide dejar de lado la vinculación del delito a la actividad empresarial pues "por razones sistemáticas el lugar más idóneo para incluir una prohibición penal de esta clase lo constituye el párrafo 8° del título IX del Libro II del Código Penal, donde se regulan, entre otros ilícitos, los fraudes por abuso de confianza, siendo el delito de administración desleal una especie de este género".<sup>85</sup> De este modo, al estar incluido dentro del párrafo "Estafas y otros engaños", nos permite tomar el delito de estafa como referente interpretativo respecto del bien jurídico protegido - estrictamente patrimonial, como ya hemos dicho- y, en particular, de la discusión relativa a la definición de patrimonio que con ocasión de dicho delito se suscita.<sup>86</sup>

En efecto, las discusiones acerca de la concepción patrimonial que se presentan a propósito del delito de estafa son predicables al delito de administración desleal. La toma de posición de cada una de las concepciones patrimonialistas que se han acuñado son consecuencia de una decisión valorativa, no de una realidad ontológica<sup>87</sup> y tienen consecuencias importantes respecto de cada delito, determinan lo que debe entenderse por

---

<sup>84</sup> PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito... Ob. Cit., p. 78. PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal... Ob. Cit., p. 3. También en ROJAS, L. Ob. Cit., p. 140.

<sup>85</sup> Vid. Historia de la Ley N°21.121 ..., Ob. Cit., Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado. Durante la sesión celebrada en la Comisión de Constitución del senado el 4 de julio de 2016, el Fiscal Nacional de la época Jorge Abbott y el profesor Héctor Hernández son quienes sugieren este cambio en la sistematización del nuevo delito.

<sup>86</sup> Sobre el particular Martínez-Buján sostiene respecto del delito de administración desleal español que el bien jurídico se identifica, prima facie, con el preservado en el delito de estafa y se diferencia, por tanto, del objeto jurídico tutelado en el delito de apropiación indebida, integrado por el derecho de propiedad o derecho de crédito. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. El Delito de Administración Desleal... Ob. Cit., p. 68.

<sup>87</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal... Ob. Cit., p. 5

perjuicio patrimonial y fijan el momento en que el delito se encuentra consumado<sup>88</sup>. Al respecto, se han esbozado como concepciones acerca del patrimonio la concepción jurídica, la concepción económica, la concepción mixta; y, por último, la concepción personal del patrimonio.<sup>89</sup> Sin embargo las diferencias estructurales de ambos delitos no permiten tomar sin más las conclusiones acerca de la concepción patrimonial respecto del delito de estafa y traspasarlas al delito de administración desleal.<sup>90</sup>

En este sentido es interesante la propuesta interpretativa que ofrecen PASTOR y COCA entendiendo que la concepción de patrimonio que se adecua mejor al delito de administración desleal es la concepción personal de patrimonio, como consecuencia de la posición de garantía que asume el autor. La concepción personal del patrimonio plantea la cuestión de si los fines personales que la víctima asigna a su patrimonio son relevantes para determinar el perjuicio. Esta forma de entender el patrimonio sería especialmente predicable tratándose del delito de administración desleal, dada la especial forma agresión o ataque al bien jurídico. En efecto, que el ataque se verifique “desde dentro” implica una asunción de una posición de garantía por parte del autor, quien debe administrar el patrimonio según los lineamientos y términos acordados con el titular. De esta manera, el titular del patrimonio incorpora sus propios fines a la relación interna entre él y el autor, adquiriendo dichos fines un carácter intersubjetivo. Así, se subsana la problemática planteada a la concepción personalista del patrimonio: la incorporación de los fines personales para determinar el perjuicio patrimonial, implicaría, dado el carácter subjetivo de los fines personales, que el propio titular del patrimonio podría decidir unilateralmente si existe o no dicho perjuicio.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Ibid, p. 3.

<sup>89</sup> ROJAS, L. Ob. Cit., p. 140-143.

<sup>90</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal... Ob. Cit., p.6-12.

<sup>91</sup> PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito... Ob. Cit., p. 87-93; PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal... Ob. Cit., p.13-15. Para estos autores, una construcción de definición de patrimonio debe tener a la vista dos dimensiones. La primera dimensión constituida por la relación entre el Derecho Penal y el Derecho Civil, donde la doctrina predominante es aquella que concibe al patrimonio como un conjunto de bienes y posiciones con valor económico y una apariencia jurídica (concepción mixta jurídico-económica). Sin embargo, el requisito de apariencia jurídica genera distorsiones valorativas, ya que, por un lado, se protege penalmente perjuicios donde el derecho civil priva de sanción, como sería en el caso de los negocios con causa ilícita en la estafa, y por otro, no se aprecia un perjuicio penalmente

## II.1.b. Tipicidad objetiva

### *i) Sujeto pasivo*

El sujeto pasivo del delito es quien ostente la titularidad del bien jurídico protegido. De acuerdo con nuestro tipo, la titularidad del bien jurídico protegido por delito de administración desleal está determinada por quien sea titular del patrimonio administrado.<sup>92</sup>

A diferencia del antiguo delito de administración desleal español, previo a la reforma de 2015, nuestro delito no incluye ninguna referencia a la naturaleza societaria del sujeto pasivo, sin perjuicio de que existe una figura calificante respecto de las sociedades anónimas abiertas y especiales.<sup>93</sup>

### *ii) Sujeto activo y conducta típica*

Tal como hemos expresado, sólo podrá ser autor del delito -en los términos del código- aquel que está obligado a salvaguardar o gestionar el patrimonio de otra persona.<sup>94</sup> Por un lado,

---

sancionado donde existe una pérdida de una pretensión jurídico-civil, como sería en los casos de pago de corrupción en la administración desleal. La segunda dimensión, trata sobre la relación entre el patrimonio y la libertad de su titular. El patrimonio se concibe como el poder del titular de configurar su esfera de libertad según sus fines. De esta manera se adoptaría la concepción personal del patrimonio.

<sup>92</sup> La doctrina española reciente ha puesto en evidencia respecto del nuevo delito de administración desleal, que el propietario del patrimonio sujeto a la administración del sujeto activo debe ser una persona privada, pues de lo contrario existen otros delitos que punen la defraudación del patrimonio público. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. El Delito de Administración Desleal... Ob. Cit., p.70 y ss. En Chile, el perjuicio patrimonial del Fisco, las municipalidades, establecimientos públicos de instrucción o beneficencia, quedarían sujetas al delito de malversación de fondos públicos del art. 239 del CP.

<sup>93</sup> Recordemos que el inciso tercero del n°11 del art. 470 del CP dispone lo siguiente “*En caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial, el administrador que realizare alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral, irrogando perjuicio al patrimonio social, será sancionado con las penas señaladas en el artículo 467 aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero*”.

<sup>94</sup> PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito... Ob. Cit., p. 56. También VERA RIVERA, Ob. Cit., p. 237; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis. *Protección penal...* Ob. Cit., p. 99-100.

su comisión implica el quebrantamiento de normas especiales derivadas de determinado estatus especial que detenta el autor, por lo que no puede ser cometido por la generalidad de las personas, de manera tal que sólo una persona cualificada (“*intrañeus*”) puede ser autor del delito en cuestión. Y, por otro lado, esta característica del delito es constitutiva del injusto y no confundante del injusto, de forma que el tipo de administración desleal no es una figura agravante o calificante de ningún otro delito. Por lo tanto, podemos caracterizar al delito de administración desleal como un delito especial propio.<sup>95</sup>

Adicionalmente, es relevante tener en consideración que, al igual que en la figura alemana, el legislador distinguió dos formas comisivas del delito.<sup>96</sup> De este modo, se puede cometer administración desleal ya sea (a) ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta del titular del patrimonio u obligarla; o, (b) ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado. A la primera de estas modalidades constituye el *tipo de abuso* en tanto que, al segundo, *tipo de infidelidad*.

Vimos que la diferencia sólo es de utilidad para establecer las modalidades comisivas pues, a diferencia de la legislación alemana, nuestro legislador tuvo cuidado en hacer extensible a ambas formas típicas la exigencia de una infracción de deber de “salvaguarda” o, como preferimos denominarlo, “deber de tutela patrimonial”.<sup>97</sup>

### *iii) Riesgo permitido*

---

<sup>95</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, “La estructura de la autoría mediata”, Revista de Derecho PUCV XXXIV, 2010, p. 385 y ss. CONDE MUÑOZ, Francisco. Derecho Penal Parte General. Décima edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 242 y ss. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. Décima edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016. p. 236 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Parte general. Cuarta edición. Barcelona: Editorial PPU, 1994, p. 283 y ss. GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte General. Tercera edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p.255 y ss.; 73 y ss.

<sup>96</sup> Ver *infra* §I.2.

<sup>97</sup> Ibid.

El riesgo jurídicamente desaprobado conforma un requisito esencial en la imputación objetiva de un resultado a un sujeto determinado, operando a nivel de tipicidad, es decir, para hablar de conducta típica, el sujeto debe haber desarrollado mediante ella un riesgo jurídicamente desaprobado.<sup>98</sup>

La concreción del riesgo permitido se determina mediante las normas jurídicas que regulan ámbitos vitales peligrosos (sistema formal) y por medio de la *lex artis* o sistemas de regulación técnicos (sistemas no formales).<sup>99</sup>

La evaluación de las conductas riesgosas es, por un lado, *ex ante*, pues no depende del resultado, sino de la forma de la acción; y por otro, objetiva, ya que la forma de la acción debe ser aceptada generalmente.<sup>100</sup> En este sentido, respecto del administrador, las conductas se enmarcan dentro del riesgo permitido cuando tienen un sentido económico.<sup>101</sup>

Para determinar la racionalidad económica de una conducta y, por tanto, determinar si se constituye o no como un riesgo permitido, PASTOR y COCA han propuesto algunos factores que pueden indicar cuándo una conducta tiene sentido económico, a saber: (a) el riesgo del negocio y el marco de actuación del administrador, reflejado en el objeto social, (b) las expectativas de corto y largo plazo; y, (c) el plan global del administrador.<sup>102</sup> Serán estos parámetros, según los autores indicados, los deben ser utilizados para la construcción de un espacio de riesgo permitido para el administrador, lo que resulta imprescindible para la actividad empresarial.

---

<sup>98</sup> JAKOBS, Günther. Derecho penal parte general fundamentos y teoría de la imputación. Segunda edición, corregida. España, Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., 1997, p. 245 y ss.; PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito... Ob. Cit., p. 129.

<sup>99</sup> JAKOBS, Günther. Derecho penal parte general... Ob. Cit., p. 248 y ss. La diferencia entre ambos sistemas radica en que el sistema formal es vinculante, mientras que el sistema no formal solo otorga indicios de aquello no permitido.

<sup>100</sup> JAKOBS, Günther. Derecho penal parte general... Ob. Cit., p. 250 y ss.; PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito... Ob. Cit., p. 131

<sup>101</sup> PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito... Ob. Cit., p. 131

<sup>102</sup> PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito... Ob. Cit., p. 131 y ss.; PASTOR, COCA. El deber... Ob. Cit., p. 4

iv) *Infracción grave al deber de tutela patrimonial*

Como otro elemento de la conducta típica del autor se incluye la infracción grave al deber de tutela patrimonial, elemento que ha sido desarrollado mayormente por la jurisprudencia alemana. En dicho ordenamiento jurídico, fue de mucha relevancia el “caso *Mannesmann*”, el que consistió en asignaciones abultadas a los directores de una empresa que gozaba de buena situación patrimonial, luego de la absorción de esta compañía *Mannesmann* por la compañía inglesa *Vodafone* por un monto muy elevado. Los directivos fueron acusados por administración desleal, sin embargo, el *Landgericht* de *Düsseldorf* absolvió a los acusados arguyendo que se requería una infracción grave del deber de tutela patrimonial de conformidad con la *Aktiengesetz* la cual no podría predicarse en el caso concreto<sup>103</sup>. Posteriormente el Tribunal Supremo Federal alemán, conociendo el caso mediante un recurso interpuesto contra la sentencia del tribunal de *Düsseldorf*, anuló la sentencia resolviendo al margen del requisito de la gravedad de infracción de deber.<sup>104</sup>

Para SCHÜNEMANN, este requisito adicional supone una distorsión del tipo penal alemán de administración desleal en cuanto este no exige gravedad de infracción de deber y constituiría un tratamiento desigual respecto de otros delitos patrimoniales cuya forma de agresión al bien jurídico es externa, como la estafa o el hurto. De este modo, la exigencia establecida por el tribunal alemán en el caso *Mannesmann* sería, en definitiva, una remisión (un tanto incompleta) a las directrices de la imputación objetiva.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> LG Düsseldorf Urt. v. 22.04.2004 - XIV 5/03. Disponible en: [https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/duesseldorf/lg\\_duesseldorf/j2004/XIV\\_5\\_03urteil20040722.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/duesseldorf/lg_duesseldorf/j2004/XIV_5_03urteil20040722.html). [Última consulta: 11 de noviembre del 2019]

<sup>104</sup> BGHSt Urt. v. 21.12.2005 -3 StR 470/04. Disponible en: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=b2cfbe653efe0cd8338e01e5b49615b6&nr=73038&pos=0&anz=1>. [Última consulta: 11 de noviembre del 2019] Véase también PASTOR; COCA. El delito... Ob. Cit., p. 68-69; KOLLA, Peter. The Mannesmann Trial and the Role of the Courts. En: *German Law Journal*, Vol. 5 No. 7: 829-847, 2004; MAIER, Stefan. A Close Look at the Mannesmann Trial. En: *German Law Journal*, Vol. 7 No. 6: 603-610, 2006; ROLSHOVEN, Max Philipp. The Last Word? - The July 22, 2004 Acquittals in the Mannesmann Trial. En: *German Law Journal*, Vol. 5 No. 8: 935-940, 2004.

<sup>105</sup> JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos (coord). La administración desleal... Ob. Cit., p. 89-96

Sin embargo, nuestro artículo 470 n°11 del código penal sanciona “[a]l que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona (...) le irrogare perjuicio (...) sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo *manifiestamente contrario* al interés del titular del patrimonio afectado”. De lo anterior, se deduce *prima facie* que la infracción al deber de tutela patrimonial debe revestir cierta gravedad para que la conducta sea típica, sin embargo, esta discusión finalmente no será resuelta por este trabajo, correspondiendo a la labor doctrinal y jurisprudencial determinar si la infracción grave al deber de tutela es un requisito del delito.

v) *El perjuicio patrimonial como resultado del delito de administración desleal*

El delito de administración desleal chileno es un delito de resultado de modo que exige para su consumación un perjuicio patrimonial. Ya dijimos que a este respecto se hace extensible en la medida de lo posible toda la discusión nacional y comparada que ha ameritado la conceptualización del perjuicio a partir del delito de estafa,<sup>106</sup> cuya profundización no puede ser abordada en este trabajo.

### **II.1.c. Tipicidad subjetiva**

Al igual que en las figuras española y alemana, nos encontramos ante un delito doloso en que sería posible admitir el dolo eventual, de manera que, si el autor no busca un perjuicio patrimonial, pero lo advierte en el momento de actuar como una consecuencia probable de su conducta, actúa con dolo.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> Al respecto, sobre la discusión de la conceptualización de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal propiamente tal vid. ROJAS, L. Ob. Cit., p. 164 y ss. A propósito de la conceptualización del perjuicio patrimonial también véase PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito... Ob. Cit., p. 153 y ss.

<sup>107</sup> Sobre el tipo subjetivo en el delito de administración desleal en España y Alemania, ver MARTÍNEZ-BUJÁN, C. El Delito de Administración Desleal... Ob. Cit., p. 91; PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito... Ob. Cit., p. 187 y ss.

### II.1.d. Iter criminis

Tal como hemos dicho, al tratarse de un delito de resultado, el momento consumativo se situará en el instante en se causa el perjuicio patrimonial sin que se exijan más requisitos.<sup>108</sup> Ahora bien, al concepto de perjuicio patrimonial debe anclarse el concepto de “*peligro de perjuicio patrimonial*” -concepto de la doctrina alemana para hacer frente a la falta de punibilidad de la tentativa en el delito de administración desleal-, consistente en situaciones de peligro igual o equivalentes al perjuicio patrimonial. La importancia de este concepto radica en el momento de consumación del delito de administración desleal, el cual se presentaría prematuramente si se adopta por el peligro de perjuicio como un perjuicio efectivo.<sup>109</sup>

### II.1.e. Autoría y participación

Como bien hemos indicado, el delito de administración desleal en nuestro ordenamiento es un delito especial propio, por lo que en cuanto a autoría y participación se debe tener en cuenta la delimitación del círculo de autores posibles.<sup>110</sup> El *extraneus* en los delitos especiales propios no puede ser autor, ni por autoría mediata, ni por coautoría, sólo

---

<sup>108</sup> De igual manera ocurre con el delito español de administración desleal. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, C. El Delito de Administración Desleal... Ob. Cit., p. 95 y ss.

<sup>109</sup> PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito... Ob. Cit., p. 161 y ss. También en PASTOR, Nuria; COCA, Ivó. ¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?... Ob. Cit., p. 18 y ss.; PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal... Ob. Cit., p. 19 y ss. Consideran que los casos de peligro de perjuicio en realidad son un perjuicio efectivo en el patrimonio del deudor. Por ejemplo, un administrador que otorga un crédito sin garantías a 30 años plazo a un deudor insolvente, sería un crédito cuyo valor económico es nulo, de manera que el delito se encuentra consumado al momento de celebrar el contrato que otorga el crédito (peligro de perjuicio) y no al momento en que venza el plazo y el deudor insolvente se encuentre en mora. Sin embargo, es posible que luego del momento consumativo según el peligro de perjuicio, el autor subsane el perjuicio impidiendo su acaecimiento efectivo ocurriendo un desistimiento postconsumativo. De la opinión contraria es Martínez-Buján, para quien el delito de administración desleal español no incorpora los peligros de perjuicios, toda vez que el proyecto del año 2013 eliminó toda referencia de este concepto que anteriormente estaba incorporado en el anteproyecto del año 2012. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte especial. Ob. Cit., p. 530.

<sup>110</sup> Ver *infra* §II.1.b.

cabe ser partícipe del delito.<sup>111</sup> Por ende, quien no debe velar por el patrimonio ajeno, jamás podrá ser autor del delito de administración desleal, sino que solo podrá ser partícipe.

Al tratar esta temática, no ahondaremos copiosamente en todas las posiciones de las distintas teorías que se han esbozado respecto de la autoría y participación en los delitos especiales, pues aquello desborda con creces el tema concreto de este trabajo. Sin embargo, no podemos dejar de lado exponer al lector algunas directrices acerca de los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio por la relevancia dogmática que ha tenido la distinción en el ámbito de autoría y participación y también desde luego en el ámbito de determinación del injusto.

La distinción de los delitos de delitos de dominio y delitos de infracción de deber tiene su origen en el planteamiento de Roxin. La construcción dogmática de esta distinción radica principalmente en la necesidad de dar respuesta mediante un planteamiento coherente a los delitos de infracción de deber, los cuales habían sido hasta entonces un grupo que no había podido ser integrado por una extensión del concepto de autor presente en la teoría de dominio del hecho.<sup>112</sup>

En la idea de Roxin, los delitos de dominio del hecho son aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona, mientras que los delitos de infracción de deber, son aquellos en que el autor reúne determinadas cualidades consistentes en una posición especial donde pesa un deber extrapenal.<sup>113</sup> La distinción entre ambas clases de delitos es meramente formal: mientras en los delitos de dominio, el legislador caracteriza al autor de la forma general

---

<sup>111</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal... Ob. Cit., p. 397; 408; 415; CONDE MUÑOZ, Francisco. Derecho Penal... Ob. Cit., p. 426 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal... Ob. Cit., p. 470 y ss.

<sup>112</sup> ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho penal. Séptima edición. España, Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., 2000, p. 431.

<sup>113</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, tomo I. España, Madrid: Editorial Civitas, 1997, p.337-338.

“quien”; en los delitos de infracción de deber, el legislador utiliza elementos distintos como “funcionario” o “médico”.<sup>114</sup>

El planteamiento de los delitos de infracción de deber por parte de Roxin permite solucionar problemas al aplicar su teoría del dominio del hecho a determinados delitos. A nivel de coautoría, no es dable aplicar el criterio de división de trabajo que funciona en los delitos de dominio del hecho, sino que es fundamental que los coautores, para ser considerados como tales, hayan quebrantado el mismo deber que funda su autoría.<sup>115</sup>

Un problema distinto que soluciona Roxin a propósito de esta teoría es la participación. En los delitos de dominio, la participación presupone un autor que tenga dominio del hecho y que por lo tanto actúe dolosamente; en cambio, los delitos de infracción de deber presuponen la contravención de un deber extrapenal sin que sea necesario que se haya efectuado dolosamente. Por esto es totalmente plausible castigar como partícipe al *extraneus* que impulsa al *intraneus* a quebrantar su deber sin que medie dolo.<sup>116</sup> Ahora bien, la propuesta de Roxin no es aplicable a nuestro medio, ya que, el artículo 10 N° 13 de nuestro Código Penal,

---

<sup>114</sup> ROXIN. Autoría y Dominio del Hecho, p. 370 y 420. Para el catedrático, el autor es la figura central del suceso de la acción, tanto para los delitos de dominio como para los delitos de infracción de deber (ROXIN. Autoría y Dominio del Hecho, p. 367 y 431). Tratándose de los delitos de dominio un sujeto es autor si: (a) realiza la acción típica personalmente; (b) hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada; o (c) presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente (ROXIN. Autoría y Dominio del Hecho, p. 337). Tratándose de los delitos de infracción deber, la autoría está determinada por un deber específico extrapenal, de manera tal que solo puede ser autor quien deba cumplir con dicho deber, esto es, el intraneus, mientras que los extraneus solo pueden ser considerados como partícipes. (ROXIN. Autoría y Dominio del Hecho, p. 386-387). Para ROXIN, todos los delitos de omisión son delitos de infracción de deber, por lo que pueden ser cometidos tanto por omisión como por comisión. (ROXIN. Autoría y Dominio del Hecho, p. 497-550, 427-430 y 498-508).

<sup>115</sup> ROXIN. Autoría y Dominio del Hecho, p. 388-393. A propósito de la autoría mediata, no es aplicable la teoría del hecho en los casos que el intraneus dirige a un extraneus para cometer el delito, esto es, los casos de instrumento doloso no cualificado. Por ejemplo, un administrador de una sociedad le pide a un tercero que retire los fondos de la sociedad. El problema surge pues, el intraneus no tiene dominio del hecho, pero sin embargo sí posee una posición especial que funda su autoría; mientras que el extraneus tiene el dominio del hecho, pero no es posible que sea autor del delito de administración desleal por no ser el sujeto cualificado. Al no ser aplicable la teoría del dominio del hecho se debe fundamentar la autoría en el deber extrapenal del intraneus, que lo infringe toda vez que conmina al extraneus a cometer el delito (ROXIN. Autoría y Dominio del Hecho, p. 393-396).

<sup>116</sup> ROXIN. Autoría y Dominio del Hecho, p. 398-404.

impide sancionar penalmente a quien comete un delito culposamente, salvo en aquellos casos expresamente sancionados por la ley.

JAKOBS, siguiendo la distinción bipartita creada por Roxin, plantea que la diferencia entre ambas clases de delitos consiste en el fundamento del injusto que subyace a los delitos en virtud de la responsabilidad por organización (delitos de dominio) y a los delitos en virtud de responsabilidad institucional (delitos de infracción de deber). Los primeros estarían fundamentados en relación con un deber negativo, mientras que los segundos estarían sustentados en un deber positivo.<sup>117</sup>

Los deberes negativos son la esencia o institución básica de toda sociedad, pero no abarca todo aquello que implica una sociedad desarrollada. Junto al deber de no lesionar a otros, existe, para determinadas personas que ostentan una posición social concreta, es decir, una relación especial respecto de un bien jurídico, un deber positivo de solidaridad (relación positiva). Las instituciones que generan deberes positivos serán aquellas cuya relevancia es igual o superior al deber negativo.<sup>118</sup> La fundamentación de los delitos en virtud de responsabilidad por institucional radica en estos deberes positivos. Algunas instituciones de las cuales se desprenden deberes positivos son: la relación paternofamiliar, el matrimonio,

---

<sup>117</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General... Ob. Cit., p. 11 y 718. También en: JAKOBS, Günther. La privación de un derecho como delito patrimonial. En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2008, p. 4-5. Para el autor, las personas son individuos humanos portadores de expectativas normativas -a diferencia de las expectativas cognoscitivas que son propias los sucesos esperados por un individuo inteligente en su relación con la naturaleza- y titulares de deberes y derechos (JAKOBS, Günther. Sobre la normativización en la dogmática jurídico-penal. Primera edición. España, Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2003, p. 18-21).

Cada persona como titular de derechos y deberes excluye a cualquiera otra respecto del ejercicio de sus derechos, lo que rige de forma recíproca para los demás. Por lo tanto, cada persona es responsable de todo aquello que es de su exclusiva competencia de manera de no perturbar la esfera de incumbencia de las demás personas (relación negativa). En otras palabras, cada persona es responsable de la organización de aquella esfera donde excluye al resto, con la consecuente responsabilidad de no dañar a terceros en su ámbito de organización (JAKOBS. Derecho Penal Parte General, Ob. Cit., p. 718 y 730. También en: JAKOBS. Sobre la normativización en la dogmática jurídico-penal, p. 27-33). Este es el fundamento de los delitos en virtud de la responsabilidad por organización.

<sup>118</sup> JAKOBS. Derecho Penal Parte General, Ob. Cit., p. 266-267, 993-994 y 1027-1028. También en: JAKOBS. Sobre la normativización en la dogmática jurídico-penal, Ob. Cit., p. 61-66 y 123-124.

relaciones sustitutivas, las basadas en una confianza especial y los deberes genuinamente estatales.<sup>119</sup>

En la actualidad autores españoles como Sánchez-Vera, Feijoo y García Caveró han desarrollado sus propias interpretaciones sobre esta dualidad de delitos.<sup>120</sup> Ahora bien, de

---

<sup>119</sup> JAKOBS. Derecho Penal Parte General, Ob. Cit., p. 995-1009. La concepción de JAKOBS presenta algunas diferencias con ROXIN respecto de los delitos de infracción de deber. Para JAKOBS, la vinculación de una persona de forma especial con el bien jurídico (autor de un delito de responsabilidad institucional), es directa y, por lo tanto, cualquier comisión u omisión por incidental que fuera será subsumible bajo la autoría. Así, cualquier posible participación es mermada en virtud de una concepción más amplia de autoría (JAKOBS. Derecho Penal Parte General, p. 791). Sin embargo, JAKOBS al diferenciar ambas clases de delitos, restringe el concepto de delitos de infracción de deber respecto de la concepción de ROXIN. En efecto, ROXIN, identifica los delitos de infracción de deber con aquellos cuyo círculo de autores está restringido en la redacción del delito, mientras que, para JAKOBS, lo primordial es que el círculo de autores este delimitado por encontrarse insertos en una institución, distinguiendo así, entre delitos especiales en sentido amplio y delitos especiales en sentido estricto (JAKOBS. Derecho Penal Parte General, p. 830-832). El estatus para JAKOBS sólo se alcanza cuando se sanciona penalmente el deber sustentado en las relaciones institucionales aseguradas (JAKOBS. Derecho Penal Parte General, p. 11 y 878). Para JAKOBS los delitos de propia mano, a diferencia de ROXIN, no serían delitos de infracción de deber (JAKOBS. Derecho Penal Parte General, p. 428-430). Al igual que en ROXIN, para JAKOBS, tanto los delitos en virtud de la responsabilidad por organización y los delitos en virtud de responsabilidad institucional pueden ser realizados mediante comisión y omisión, pero este último, concibe la misma distinción en los delitos de omisión. Es decir, a diferencia de ROXIN, JAKOBS realiza la misma clasificación para delitos por comisión que para los de omisión. Por lo tanto, un delito de omisión no necesariamente será de infracción de deber, sino que es dable que sea de dominio del hecho, todo dependerá qué deber pese sobre garante, si uno institucional o bien de aseguramiento o salvamento por relación o injerencia. Estos últimos predicables al ámbito de organización del sujeto y por ende delito de dominio, mientras que el garante de deberes institucionales será autor de un delito de infracción de deber (JAKOBS. Derecho Penal Parte General, p. 267 y 972-1009).

<sup>120</sup> SÁNCHEZ-VERA, al igual que JAKOBS, indica que las expectativas normativas penales se dirigen a una persona que ocupa un rol dentro de la sociedad. Sin embargo, las expectativas no se encuentran vinculadas a la persona que ocupa un rol determinado, sino que se vincula al rol que dicha persona ocupa. De esta forma, se espera que una persona se comporte de tal manera que cumpla con las expectativas cuyo rol ocupa dentro de la sociedad. (SÁNCHEZ-VERA, Javier. Delito de infracción de deber y participación delictiva. Primera edición. España, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., 2002, p. 65-83).

Siguiendo esta línea, la clasificación bifronte de delitos de dominio y delitos de infracción de deber, depende de la expectativa normativa defraudada. En los delitos de dominio del hecho, la expectativa normativa defraudada está dada por la institución negativa de no dañar a los demás (*neminem laedere*); mientras que, en los delitos de infracción de deber, la expectativa normativa defraudada consiste en construir un mundo común, sustentado en un comportamiento solidario. Sin embargo, de que la institución negativa establezca una expectativa normativa negativa y que la institución positiva establezca una expectativa normativa positiva no se colige que dichas instituciones sean identificadas con prohibiciones y mandatos. En efecto, las prohibiciones, que determinan los delitos comisivos y los mandatos que se infringen mediante omisión, solo determinan la forma en que se puede defraudar la expectativa normativa, pero no la expectativa normativa en sí. De esta manera, se podría perfectamente defraudar la expectativa de no dañar a los demás, mediante omisión o mediante comisión.

Que la institución negativa no sea defraudada mediante comisión y la institución positiva mediante omisión esta dado porque ambas instituciones forman parte de los “tipos interpretativos”, que es el resultado de toda labor interpretativa; mientras que, las prohibiciones y mandatos forman parte de los “tipos codificados” que es la

---

literalidad o la expresión del tipo penal. La consecuencia de que las instituciones sean “tipos interpretativo; y que; por otro lado, las prohibiciones y mandatos sean “tipos codificados”, implica que estos últimos, al estar en una relación de opuestos contradictorios, tienen el mismo contenido y son lógicamente intercambiables mediante el principio *duplex negatio est affirmatio*, de manera que una prohibición se puede expresar como mandato y viceversa. En cambio, las instituciones no tienen el mismo contenido y no son intercambiables lógicamente, ya que no se encuentran en una relación de opuestos contradictorios, sino que, de contrariedad; sin perjuicio de que las instituciones positivas incluyan a las instituciones negativas. De lo dicho se colige que, tanto una institución negativa como una institución positiva pueden ser defraudadas infringiendo una prohibición o un mandato; y, por consiguiente, tanto los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber admiten que sean cometidos tanto por comisión como por omisión. (SÁNCHEZ- VERA. Delito de infracción de deber y participación delictiva, p. 108-128).

Para VERA y FEJOO, la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber es una cuestión de la fundamentación del injusto. Implica determinar la relación del autor con el bien jurídico, la cual puede ser negativa, tratándose de los delitos de dominio; o bien positiva, tratándose de los delitos de infracción de deber. Según como se fundamente el injusto, se siguen distintas reglas para determinar la autoría y participación. Sin embargo, esto no quiere decir que la clasificación entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber sea una clasificación a nivel de autoría y participación. (VERA, Ob. Cit., p. 247-249; FEJOO. Imputación objetivo... Ob. Cit., p. 16-17. También en: FEJOO. Cuestiones actuales... Ob. Cit., p. 229).

Para FEJOO, existen dos modelos para fundamentar el injusto de un delito e imputar un hecho a un sujeto determinado según el rol o posición jurídica que ostente el destinatario, de los cuales, a su vez, se derivan características en el ámbito de autoría y participación (FEJOO. Imputación objetivo... Ob. Cit., p. 16-17. También en: FEJOO. Cuestiones actuales... Ob. Cit., p. 229). Una primera forma de imputación y fundamentación del injusto penal radica en la administración adecuada de la esfera de organización de cada individuo. Así, quien tiene reconocida la competencia de configurar su ámbito de organización de forma autónoma y excluyendo a terceras personas, es competente, como contrapartida, de procurar que su ámbito de organización no acarree peligro para otros ámbitos de organización. Esta idea se traduce en el principio *neminem laedere*, es decir, deber negativo de no dañar a otro. Una segunda forma de imputación y fundamentación del injusto penal, se basa en la consideración de posiciones jurídicas que vincula ámbitos de organización de forma positiva, surgiendo deberes positivos. En este sentido, la naturaleza de los delitos de infracción de deber es la incorrecta configuración de ámbitos de organización que se encuentra vinculados positivamente con otros ámbitos de organización. Lo importante no es que el autor haya infringido sus deberes con la institución como estructura elemental de la sociedad, sino que, teniendo deberes especiales positivos no ha cumplido con sus deberes de preservar los bienes jurídicos ajenos. (FEJOO. Derecho Penal... Ob. Cit., p. 73-82).

FEJOO plantea un déficit de legitimidad material punitiva de los deberes fundamentados en instituciones positivas. No basta la mera referencia a una institución positiva o deberes extrapenales para fundamentar normativamente un deber jurídico-penal. En este sentido, no toda institución básica genera deberes relevantes penalmente. Por ejemplo, el deber que les incumbe a las instituciones penitenciarias de proteger a las personas privadas de libertad se vincula con la libertad organizativa, ya que estos se encuentran privados de la posibilidad de autoorganizarse. (FEJOO. Derecho Penal... Ob. Cit., p. 82-83).

GARCÍA CAVERO, también identifica dos modelos de imputación de un hecho y fundamentación del injusto. Por un lado, se encontraría la institución negativa que consiste en no lesionar a los demás mediante la organización de la propia esfera personal. Este deber le correspondería a cada ciudadano como obligación mínima en tanto miembro de la sociedad. Por otro lado, habría una vinculación positiva de una persona en función de las instituciones, a las esferas de organización de otras personas. La vinculación institucional se materializa mediante los delitos de infracción de deber. Ahora bien, la determinación de los contornos del deber que subyace a los delitos de infracción de deber se encontraría en la institución correspondiente al delito, de forma tal, que su interpretación se complementa con otras normas extrapenales que se insertan en esa misma institución; y se guían por una perspectiva fáctica en aquellos casos en que no existe una regulación extrapenal de la institución subyacente al delito. (GARCÍA CAVERO. La responsabilidad penal... Ob. Cit., p. 37).

todas maneras, no existe consenso en la doctrina española acerca de la naturaleza del delito de administración desleal, sino que existen diversas posturas divergentes.

GARCÍA CAVERO, partidario de una teoría dualista del delito de administración desleal, indica que el delito contenido en el §266 del StGb sería, por un lado, un delito de dominio, tratándose de la modalidad de abuso, mientras que el delito de infidelidad consistiría en un delito de infracción de deber.<sup>121</sup> Basado en esta premisa, el autor sostiene que el ya derogado delito del artículo 295 del código penal español era un delito de dominio pues recogía la modalidad de abuso del su homólogo alemán. Considera, además, la circunstancia que el delito de administración fraudulenta español protegía de forma indirecta a la sociedad. De esta manera negaba una vinculación especial del administrador con el patrimonio social que le obligara a velar por la integridad de este.<sup>122</sup>

Según MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, el delito de administración desleal contenido en el artículo 252 del código penal español es un delito mixto, esto es, un delito en parte de infracción de deber y en parte un delito de dominio. Estos delitos se caracterizan por llevar en su estructura la infracción de un deber, pero cuyo fundamento de injusto no se agota en esta infracción, sino que requiere la lesión o peligro de un bien jurídico cuya integridad les compete a todos los ciudadanos.<sup>123</sup> FEIJOO critica esta categoría de delitos mixtos ya que la necesidad de formularla radica en una concepción extremadamente formalista y es además inconcebible que un delito sea al mismo tiempo, un delito de dominio y de infracción de deber.<sup>124</sup>

Por su parte, VERA indica que, en consideración a la posición del administrador en el entramado económico y societario, el delito de administración desleal es un delito de

---

<sup>121</sup> GARCÍA CAVERO. La responsabilidad penal... Ob. Cit., p. 244.

<sup>122</sup> GARCÍA CAVERO. La responsabilidad penal... Ob. Cit., p. 244-245.

<sup>123</sup> MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ. El Delito de Administración Desleal... Ob. Cit., p. 96-97. También en: MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la empresa: parte general. Ob. Cit., p. 306.

<sup>124</sup> FEIJOO. Cuestiones actuales... Ob. Cit., p. 232. También en: FEIJOO. Imputación objetiva... Ob. Cit., p. 19-20.

infracción de deber, pues tanto en la modalidad de abuso como en la modalidad de infidelidad, subyace un deber especial que pesa sobre el administrador y cuya infracción es parte de la conducta típica.<sup>125</sup> Asimismo, para FARALDO, el delito de administración desleal es un delito de infracción de deber, aunque su análisis lo haga respecto del ya derogado artículo 295.<sup>126</sup>

Para PASTOR y COCA, el delito de administración desleal corresponde a un “delito de posición”,<sup>127</sup> esto es, un delito en el cual el sujeto activo exige cualidades especiales en razón a que se encuentra en una posición idónea para lesionar el bien jurídico.<sup>128</sup> La concepción de delito de infracción de deber no logra explicar a juicio de estos autores el deber jurídico-penal de tutela patrimonial, ya que al catalogar como delito de infracción de deber, todo quebrantamiento de un deber extrapenal sería incorporado dentro del haz que compone el deber de tutela patrimonial el cual no es sino configurado por la posición de garante asumida por el autor, cuyo carácter es organizacional y no institucional por regla general, exceptuando determinados casos como el que pesa por sobre los padres y tutores.<sup>129</sup>

## II. 2. DEBER DE TUTELA PATRIMONIAL EN EL SUBTIPO DE ABUSO Y EN EL SUBTIPO DE INFIDELIDAD

En el primer capítulo (I.2), al hablar del modelo alemán de administración desleal nombramos las diferentes teorías que surgen a partir de la inclusión de este delito en su legislación y, en particular, respecto del alcance del deber de tutela patrimonial.

Debemos recordar que una traducción del tipo penal alemán puede ser la siguiente:

---

<sup>125</sup> VERA. El delito de administración desleal... Ob. Cit., p. 252-253.

<sup>126</sup> FARALDO CABANA, P. Ob. Cit., p. 376.

<sup>127</sup> PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 171 y ss. También en: PASTOR, COCA. El deber... Ob. Cit., p. 7 y ss.

<sup>128</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo; RIGGI, Eduardo Javier. El extraño artículo 65.3 del Código Penal. En: *La Responsabilidad en los “Delitos Especiales”*. Buenos Aires, Argentina: Editorial BdeF, 2014, p. 70-71.

<sup>129</sup> PASTOR, COCA. El deber... Ob. Cit., p. 2.

§266 del Código Penal alemán (StGB): Quien abuse de la facultad de disponer sobre el patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha otorgado por ley, mandato de la autoridad o negocio jurídico, o lesione el deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos que le incumbe en virtud de la ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o relación de fidelidad y, de ese modo, cause un perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales debe tutelar, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa.<sup>130</sup>

Como bien hemos indicado, la traducción transcrita de la disposición normativa alemana contempla dos subtipos, el tipo de abuso y el tipo de infidelidad. Sin embargo, la relación entre ambos subtipos ha sido materia de discusión en la doctrina alemana. Esta discusión ha versado particularmente respecto de si el deber de tutela patrimonial es predicable a ambos subtipos o solamente al subtipo de infidelidad. Las distintas posturas en torno al tema han dado paso a las llamadas teorías monistas y dualistas.

Pues bien, la discusión existente entre la teoría unitaria o monista y la teoría dualista, nace precisamente de la redacción del §266 del StGB alemán, en tanto una de sus frases dice “...*cuyos intereses patrimoniales debe tutelar*...”. En efecto, para la teoría dualista esta frase solo puede ser atribuida al tipo de infidelidad, mientras que, para la teoría unitaria o monista, es atribuible a la redacción completa del tipo que precede a dicha frase, es decir, tanto al tipo de infidelidad como al tipo de abuso.<sup>131</sup> A continuación se revisara cada una de estas posturas doctrinarias.

## **II.2.a. Teoría dualista**

La teoría dualista, que tuvo gran adherencia desde 1933, escinde el §266 del StGB en dos modalidades distintas, la de abuso y la de infidelidad, las cuales se diferencian en tanto

---

<sup>130</sup> Otras traducciones del tipo penal alemán se pueden encontrar en ROJAS, L. Ob. Cit., p.139.; PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 52; HERNÁNDEZ BASUALTO, H. Ob. Cit., p. 242.

<sup>131</sup> ROJAS, L. Ob. Cit., p. 144.

que, para la modalidad de abuso, no se exige la infracción del deber de tutela patrimonial, mientras que sí lo exige para el tipo de infidelidad.<sup>132</sup>

Los que propugnan esta teoría, indican que no es atribuible la frase “...*cuyos intereses patrimoniales debe tutelar...*” de la última parte del §266 del StGB a la forma de abuso, sino solamente al tipo de infidelidad. Sin embargo, no hay claridad si esta oración puede tener repercusiones a la forma de abuso.<sup>133</sup>

Desde un punto de vista histórico y sistemático se indica que, por un lado, el Nr.2 del antiguo §266 del StGB, tuvo como antecedente el Nr.2 del §287 del StGB de Sajonia, el cual asimilaba la disposición del mandatario sobre créditos ajenos y otras posiciones del patrimonio a la apropiación indebida de cosas que se encuentran en posesión del autor. En este sentido, SCHÜNEMANN, dice que, la variante de abuso fue concebida de forma análoga a la relación de confianza subyacente a la figura agravada de apropiación indebida, de manera tal que se entendía como un deber de cuidar una cosa que se ha confiado y no como una verdadera gestión de un patrimonio ajeno.<sup>134</sup> Por otro lado, según SCHÜNEMANN, la intención del legislador contenida en el anteproyecto de 1909 y de 1911 que consagran el tipo de abuso y el tipo de infidelidad respectivamente se desprende una concepción dualista del actual §266 del StGB.<sup>135</sup>

Se sostiene que, la concepción monista lleva a la inevitable conclusión de que la modalidad de abuso es una especie de infidelidad. Sin embargo, la formulación como *leges specialis* es incorrecta ya que el legislador la utiliza para asignar una penalidad mayor o menor al tipo especial, lo que no ocurre con el delito de administración desleal.<sup>136</sup>

---

<sup>132</sup> PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 53.

<sup>133</sup> ROJAS, L. Ob. Cit., p. 149

<sup>134</sup> Ídem.

<sup>135</sup> SCHÜNEMANN en ROJAS, L. Ob. Cit., p.149-150. Schünemann también fundamenta la teoría dualista en necesidades político-criminales incluyendo aquellos casos de relaciones fiduciarias de beneficio propio.

<sup>136</sup> ROJAS, L. Ob. Cit., p. 149-150.

## II.2.b. Teoría unitaria o monista

Según la teoría unitaria o monista, el delito de administración desleal alemán comprendería tanto en su modalidad de abuso como en su modalidad de infidelidad la infracción de un deber de tutela patrimonial. En efecto, para esta teoría, la relación entre la víctima y el autor del delito de administración desleal supone la existencia de un deber que se caracteriza por componer un conjunto de deberes de una duración determinada, de tal manera que la persona sobre quien pese el deber de tutela patrimonial goce de autonomía en su gestión. Así también, se requiere que el contenido esencial de la obligación sea el patrimonio ajeno.<sup>137</sup>

A consecuencia de concebir al delito de administración desleal como un tipo unitario, se llega a la conclusión de que la modalidad de infidelidad y la modalidad de abuso se encuentran en una relación de género especie, respectivamente.<sup>138</sup>

Hay fundamentos sistemáticos para apoyar la teoría monista. El §266b del StGB, incorporando en 1986, castiga el abuso de una relación de confianza en beneficio propio y cuyo marco penal es menos gravoso que el del delito de administración desleal. En este sentido, el abuso de una relación de confianza en beneficio propio existe un disvalor menor a aquellas contempladas en el §266 del StGB. Así, sería un contrasentido asimilar las hipótesis del §266b a las §266, ambos del StGB, ya que aquel castiga el abuso de una relación de confianza en beneficio propio y este castiga el abuso de relación de confianza en beneficio ajeno, con un disvalor mayor. Si el §266 del StGB castiga conductas abusivas en una relación de confianza en beneficio ajeno, como se deduce del dato regulativo de una sanción penal más gravosa que aquel delito de abuso de relaciones de confianza en beneficio propio (§266b del StGB); entonces, tanto a la modalidad de infidelidad como a la modalidad de abuso, subyace una relación de confianza en beneficio ajeno o bien, un deber de tutela patrimonial.<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> ROJAS, L. Ob. Cit., p.145 PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 53-54.

<sup>138</sup> ROJAS, L. Ob. Cit., p.149-150.

<sup>139</sup> ROJAS, L. Ob. Cit., p.147; PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 111.

Por otro lado, la modalidad agravada del §246 párrafo segundo del StGB presenta el mismo marco penal que el §266 del StGB y exige una relación de confianza. De esta manera, una interpretación acorde a la constitución, según el principio de igualdad; llevaría a la conclusión que el §266 del StGB también exigiría una relación de confianza, tanto en su modalidad de infidelidad como de abuso.<sup>140</sup>

La teoría unitaria, como hemos dicho, describe que el deber de tutela patrimonial forma parte de la tipicidad del delito de administración desleal. Sin embargo, existe controversia si para la punibilidad en sus dos modalidades, el autor debe detentar cierta autonomía en su gestión. Desde este punto de vista se distingue la teoría unitaria estricta y la teoría unitaria limitada.<sup>141</sup>

#### *i) Teoría unitaria estricta*

La teoría unitaria estricta pregona que, para el castigo a título de administración desleal, tanto en el tipo de abuso como en el tipo de infidelidad, se requiere que el autor goce de autonomía en la gestión del patrimonio. Al extender el requisito de autonomía al delito completo, la modalidad de abuso es una real concreción de la modalidad más amplia de infidelidad.<sup>142</sup>

Para KINDHÄUSER, que el requisito de autonomía sea predicable para todo el delito, se justifica en que la libertad de actuación es condición necesaria para imputarle responsabilidad a un sujeto por las consecuencias de sus actos.<sup>143</sup> Sin embargo, PASTOR y COCA arguyen que dicha libertad se encuentra suficientemente acabada en el momento en que un sujeto, sin goce alguno de autonomía, puede escoger entre cumplir o incumplir una orden o un mandato. En

---

<sup>140</sup> ROJAS, L. Ob. Cit., p.147-148.

<sup>141</sup> PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 53.

<sup>142</sup> PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 55.

<sup>143</sup> KINDHÄUSER, Urs, § 266, en Kindhauser/Albrecht (eds.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4ª ed., Baden-Baden, 2013, Nm. 34, Nm. 47. En: PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 114 y ss.

vez de la justificación de KINDHÄUSER, los autores antedichos indican que una autonomía o libertad es contenido del deber de tutela patrimonial porque el autor del delito debe velar de un patrimonio ajeno en lugar del titular de este, pues él, se ha desentendido o retirado de su esfera patrimonial.<sup>144</sup>

## *ii) Teoría unitaria limitada*

La teoría unitaria limitada predica el requisito de autonomía en la gestión solamente del tipo de infidelidad, mientras que para el tipo de abuso no lo exige.

Un argumento para sostener esta tesis implica interpretar de manera distinta los verbos “cuidar” y “tutelar” del §266 del StGB, de manera que no serían aplicables los mismos criterios restrictivos del deber de tutela en el tipo de infidelidad que en el tipo de abuso, de forma que se encuentran en un contexto normativo distinto.<sup>145</sup>

Desde un punto de vista teleológico, el riesgo que corre el sujeto pasivo en el tipo de abuso se crea al otorgar al autor facultades que le permiten obligar de forma válida el patrimonio de la víctima, sin que se exija una gestión autónoma como en el tipo de infidelidad.<sup>146</sup>

### **II.2.3. Aplicación al modelo de administración desleal chileno**

En Chile, el tipo penal de administración desleal no permite una interpretación dualista ya que su redacción deja en evidencia que se hace aplicable a ambas modalidades comisivas la existencia de un deber de tutela patrimonial.

---

<sup>144</sup> Ídem.

<sup>145</sup> WEGENAST, Missbrauch und Treubruch, 1994, p. 138. En: ROJAS, L. Ob. Cit., p.151-152. El profesor Rojas se pregunta cómo es posible que tengan un mismo contenido, pero que contenga un significado diverso, si en definitiva el contenido es el significado.

<sup>146</sup> ROJAS, L. Ob. Cit., p. 152.

El artículo 470 número 11 del código penal señala: *“Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado.”*

Del tenor de la disposición podemos advertir que la redacción del tipo hace evidente que no se hacen distinciones respecto de los requisitos de la conducta típica para las dos modalidades comisivas. En efecto, el redactor tuvo especial cuidado en señalar que el tipo de abuso y el tipo de infidelidad son sólo dos formas de cometer el mismo delito, sujetos por igual a la exigencia de tener a su cargo la salvaguardia o gestión del patrimonio ajeno.

Sin perjuicio de esto, es totalmente plausible una discusión en torno a la teoría unitaria estricta y la teoría unitaria limitada, cuyo desarrollo excede los propósitos de este trabajo y que, sin duda alguna, será labor doctrinaria y jurisprudencial su determinación.<sup>147</sup>

Una interpretación unitaria, aplicable al delito de administración desleal chileno -tal como hemos concluido-, implica que los criterios necesarios para delimitar la esfera de deberes de tutela patrimonial serán aplicables para ambas modalidades.

### II.3. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DEBER DE TUTELA PATRIMONIAL

Una vez determinadas las características del delito de administración desleal y precisadas las discusiones doctrinarias surgidas en torno al deber de tutela patrimonial en los sistemas comparados, es momento de abordar la naturaleza y contenido del deber específico que surge para el autor de este delito.

---

<sup>147</sup> En nuestro entorno, el profesor Juan Pablo MAÑALICH aboga por una interpretación estricta del tipo penal chileno. MAÑALICH, Juan Pablo. L estructura típica de la administración desleal. Un enfoque contrastivo. En: *En letra: Derecho Penal*. Año IV, número 10: 2020, p.31-53.

La redacción del tipo da la primera impresión de un delito abierto e indeterminado que no precisa cabalmente cuáles serían los deberes específicos que debe seguir un administrador para evitar incurrir en el tipo. Una vez más, para resolver esta problemática debemos recurrir a la doctrina y jurisprudencia alemanas, a partir de las cuales han surgido elementos esenciales que deben reunir los deberes del administrador para estar ante deberes de tutela patrimonial de relevancia típica. De esta manera, en la presente sección abordaremos (a) el nacimiento del deber de tutela patrimonial y su relación con los deberes extrapenales; y, finalmente (b) las características del deber de tutela patrimonial.

### **II.3.a. El deber de tutela patrimonial y su relación con los deberes jurídico-privados o extrapenales**

#### *i) Fuentes del deber del autor del delito de administración desleal*

El §266 StGB alude principalmente a tres fuentes del deber del autor del delito de administración desleal comunes a ambas modalidades comisivas las que, conforme a la redacción del tipo, serían la *ley*, el *mandato de la autoridad* y el *negocio jurídico*. Adicionalmente, el delito alemán contempla una cuarta fuente que la doctrina ha considerado como especialmente aplicable para el tipo de infidelidad, a saber, la *relación de confianza*.<sup>148</sup>

De esta manera, en el sistema jurídico alemán, serían ejemplos de deberes de tutela patrimonial derivados de la ley los que detentan tutores, padres, agentes ejecutivos, liquidadores, ejecutores testamentarios, depositarios judiciales, etc. Derivados del mandato de autoridad podríamos situar aquellos deberes de tutela que ostentan todos a quienes se les confía la administración correspondiente a fondos presupuestarios (ministros, diputados,

---

<sup>148</sup> PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 59. En el mismo sentido, el artículo 252 del Código Penal Español, siguiendo a este respecto la redacción alemana, ha establecido como fuentes del deber del administrador la ley, orden de autoridad y el negocio jurídico. También en PASTOR, COCA. El deber... Ob. Cit., p. 2.

alcaldes, etc.). Del negocio jurídico por su parte, podríamos mencionar todos aquellos deberes de tutela patrimonial surgidos en virtud de la autonomía de la voluntad en contratos de trabajo, servicios, mandato, gestión de negocios o contratos societarios.<sup>149</sup>

El tipo de administración desleal chileno, siguiendo la redacción del tipo alemán, ha coincidido en gran parte con las fuentes establecidas en este.<sup>150</sup> De esta manera, son fuentes del deber de tutela patrimonial del delito de administración desleal chileno la *ley*, la *orden de autoridad* y el *acto o contrato*.

En este sentido, a *grosso modo*, podríamos establecer como deberes de tutela patrimonial aquellos que detentan los tutores y curadores (artículos 338 y siguientes del CC), los liquidadores concursales (artículos 35 y siguientes de la Ley N°20.720), los mandatarios (artículos 2.116 y siguientes del CC) y los directores de sociedades anónimas (artículos 31 y siguientes de la Ley N°18.046). Sin embargo, debemos preguntarnos: ¿basta la existencia de estos deberes jurídicos extrapenales positivizados por la ley, una orden de la autoridad o un acto o contrato, para configurar deberes de tutela patrimonial idóneos para que su infracción constituya una conducta típica de administración desleal? A continuación, abordaremos esta interrogante.

## *ii) Configuración de la posición de garantía mediante el acto de asunción*

El deber de tutela patrimonial que subyace al delito de administración desleal se colige de la posición de garante que ostenta el administrador. A saber, que la forma de ataque del delito sea “desde dentro” implica que el autor del delito ocupa, total o parcialmente, el lugar del titular del patrimonio en la administración de dicho patrimonio. Como contrapartida del desplazamiento en la administración del patrimonio, nace el deber de tutela patrimonial. Este

---

<sup>149</sup> PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 60.

<sup>150</sup> Cabe hacer la salvedad de que en el ordenamiento jurídico chileno no es aplicable la fuente doctrinaria “relación de confianza” construida en el sistema alemán.

deber, sin embargo, no puede surgir sin el correspondiente acto de asunción, mediante el cual el administrador asume la posición de garantía.<sup>151</sup>

Para parte de la doctrina la existencia de deberes jurídicos extrapenales no basta para configurar deberes de tutela patrimonial típicamente relevantes para el delito de administración desleal. En este sentido, PASTOR y COCA han sostenido que es necesario tener en consideración requisitos adicionales para que exista una posición de garantía del sujeto activo respecto del patrimonio administrado, indispensable para encontrarnos ante deberes de tutela patrimonial. Para estos autores, adicionalmente a las fuentes formales establecidas en el tipo, debe atenderse a un “acto de asunción material” en virtud del cual el administrador asume una posición de garantía respecto del patrimonio administrado. En virtud de este acto de asunción, que define la posición de garantía del administrador, se explicaría por qué no necesariamente todos los deberes jurídico-privados (civiles, comerciales, administrativos, etc.) propios de su posición integran tal posición de garantía.<sup>152</sup>

Para los autores señalados, esto es especialmente relevante si tenemos en consideración que la integración de este tipo de delitos en el ordenamiento jurídico no está prevista para punir las infracciones de deberes jurídico-privados, sino para sancionar al sujeto que infringe deberes propios de una posición de garantía jurídico-penal, cuyos bienes jurídicos protegidos fundamentan la existencia de una sanción penal.<sup>153</sup> En efecto, el sistema jurídico ya contempla múltiples formas de sancionar los incumplimientos civiles, comerciales o administrativos de modo de asegurar el tráfico jurídico y el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, contractuales, extracontractuales o ante entes regulatorios.

Ahora bien, perfectamente puede ocurrir que las partes decidan adecuar sus actos a la normativa que regula la materia, de modo que el acto de asunción coincide con todos los deberes que la legislación dispone, o que el acto de autoridad deje poco espacio para la

---

<sup>151</sup> PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito... Ob. Cit., p. 108.

<sup>152</sup> Ibid. p. 109.; PASTOR, COCA. El deber... Ob. Cit., p. 2

<sup>153</sup> Ídem. PASTOR, COCA. El deber... Ob. Cit., p. 3

adecuación de los deberes asumidos por el administrador. Sin embargo, es usual que, en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes decidan definir los deberes del administrador de manera distinta a la contemplada en la ley, en cuyo caso deberá considerarse que lo que define la posición de garantía es el compromiso material del autor y no lo que conste formalmente en el negocio celebrado.<sup>154</sup>

En suma, para estos autores, la infracción de deberes jurídico-privados solamente adquiere relevancia en la medida en que dichos deberes hayan sido incorporados a la posición de garantía jurídico-penal.

No obstante, lo anterior, la infracción de estos deberes del autor surgidos en virtud de la ley, acto de autoridad o negocio jurídico, incorporados a la posición de garantía jurídico-penal, adicionalmente deben ser idóneos para causar un perjuicio en el patrimonio administrado. De esta manera, no cualquier infracción de deberes del administrador será típica respecto del delito de administración desleal, excluyendo, por ejemplo, incumplimientos civiles como la infracción de deberes de información o de rendición de cuentas.<sup>155</sup>

### **II.3.b. Características del deber de tutela patrimonial**

Ya hemos dicho que, a partir de la necesidad político criminal y dogmática de restringir un tipo cuyo tenor literal era extremadamente amplio, los autores alemanes se han concentrado en la creación de teorías que permitan acotar el espectro de casos punibles bajo la figura de administración desleal.

Progresivamente a partir del año 1972 se fue consolidando la concepción unitaria de la administración desleal hasta convertirse en la tesis dominante en la doctrina y jurisprudencia

---

<sup>154</sup> Ídem. PASTOR, COCA. El deber... Ob. Cit., p. 3. JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos (coord). La administración desleal... Ob. Cit., p. 108-109.

<sup>155</sup> Ibid., p. 110.

alemanas.<sup>156</sup> Recordemos que según la teoría unitaria existe solo un injusto del delito de administración desleal dividido en dos modalidades comisivas, a partir de las cuales (ya fuere abusando de facultades -tipo de abuso-, o bien ejerciendo deslealmente la capacidad de decidir sobre el patrimonio ajeno -tipo de infidelidad-) se genera un perjuicio patrimonial como consecuencia de la infracción del deber de tutela patrimonial.<sup>157</sup>

Pues bien, superada que fuere la discusión doctrinaria en Alemania, el legislador chileno, recogiendo la tesis dominante, estableció un tipo de administración desleal que, sin lugar a duda, acoge una concepción unitaria del delito de administración desleal, por lo que toma suma importancia determinar cuál es el contenido específico de los deberes de tutela patrimonial.<sup>158</sup>

Al respecto, siguiendo nuevamente la discusión germana, se ha dicho que existen una serie de criterios que pueden ser útiles al momento de establecer la idoneidad del deber de tutela patrimonial para estar ante la comisión de un delito de administración desleal. En efecto, una vez determinada la fuente de la obligación que pesa sobre el administrador (ley, acto de autoridad, negocio jurídico), e incorporados dichos deberes a la relación que mantiene con el dueño del patrimonio administrado (acto de asunción, según la teoría de Pastor y Coca), es relevante determinar cuáles de todas esas obligaciones que pesan sobre él son idóneas para causar el perjuicio patrimonial.

Si bien estos criterios no se encuentran comprendidos exactamente en la descripción del tipo establecido por el legislador chileno, creemos que son perfectamente aplicables en la tanto la misma doctrina alemana ha establecido que, pese a no ser esenciales en la definición de los deberes de tutela patrimonial, constituyen graves indicios de la existencia de un poder

---

<sup>156</sup> En el año 1972 se dictó la conocida sentencia del Tribunal Federal Alemán (BGHSt 24, 386), en el famoso “caso de la tarjeta de crédito”, en la que el Tribunal abandonó la doctrina dualista anterior (que no exigía en el tipo de abuso la concurrencia del deber de velar por los intereses ajenos) y sostuvo, en cambio, que a toda administración desleal subyace la infracción de un deber de velar por los intereses patrimoniales de la víctima.

<sup>157</sup> Ver *supra* §II.2.

<sup>158</sup> Ídem.

real de disposición del patrimonio ajeno. En efecto, elementos como que (i) constituya la obligación principal de la relación jurídica en el autor y la víctima; (ii) que nazca en el contexto de una relación de gestión jurídico-negocial de un patrimonio ajeno; (iii) que este acompañado de un poder autónomo de administración sobre este; (iv) dentro de una relación jurídico negocial duradera entre el autor y la víctima; pueden ser claros indicios de que nos encontramos ante deberes de tutela patrimonial asumidos por el autor, idóneos para la comisión del delito de administración desleal en estudio.<sup>159</sup>

*i) Obligación principal*

Un primer elemento abordado por la doctrina pretende descartar las obligaciones accesorias como generadoras de deberes de tutela patrimonial. Es decir, se exige que el deber de tutelar el patrimonio administrado constituya la obligación principal de la relación jurídica y no meramente obligaciones accesorias a actos jurídicos conexos. De esta manera, por ejemplo, las obligaciones jurídico-civiles surgidas de las relaciones entre deudor y acreedor no serían deberes de tutela patrimonial idóneos para generar administración desleal. Tampoco lo serían los deberes accesorios surgidos de contratos conmutativos en general.<sup>160</sup>

*ii) Gestión jurídico-negocial sobre el patrimonio ajeno en interés de su titular*

Otro requisito entendido por la doctrina es que los deberes de tutela patrimonial, establecidos en virtud de deberes principales de la relación jurídica, deben generarse en torno a una gestión jurídico-negocial sobre el patrimonio del sujeto pasivo del delito.<sup>161</sup> De este modo, no cualquier obligación podrían ser calificada como un deber de gestionar idóneo para incurrir en el tipo. Así, por ejemplo, la obligación de cuidar una casa y regar las plantas mientras su dueño se halla en el extranjero no constituiría un deber de gestión jurídico

---

<sup>159</sup> PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 56-57

<sup>160</sup> PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 57. También en ROJAS, L. Ob. Cit., p. 145.

<sup>161</sup> PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 57-58.

negocial sobre el patrimonio del dueño del inmueble. Sí lo sería, por el contrario, la obligación de arrendar la casa y cobrar periódicamente las rentas de arrendamiento.

### *iii) Autonomía en la gestión*

Se ha sostenido que, además del deber de tutela sobre el patrimonio de la víctima, se requiere que el autor del delito de administración desleal goce de autonomía en la gestión.<sup>162</sup> Al respecto, nos remitimos al apartado anterior respecto de los fundamentos para exigir autonomía en la gestión al tratar la teoría unitaria limitada.

Sin perjuicio de ello, es importante destacar que la relevancia del requisito de autonomía radica en la mayor o menor amplitud del tipo penal. Es decir, mientras mayor sea el grado de autonomía en la gestión que se exija para estar ante un deber de tutela patrimonial típicamente relevante para el delito de administración desleal, más restringidos serán los casos subsumibles dentro del tipo. En efecto, la exigencia de autonomía excluye de la conducta típica a todos los autores que tan solo ejecutan y reciben órdenes precisas en relación con sus obligaciones, como sería el caso de un camarero o un cajero.<sup>163</sup>

### *iv) Relación duradera*

Por último, se ha indicado que es un indicio -no un requisito-, de la existencia del deber de tutela patrimonial, que la relación entre quien está a cargo del patrimonio y el titular de este sea permanente en el tiempo, quedando fuera encargos o mandatos concretos y aislados. Sin embargo, como se ha indicado, la relación duradera es un mero indicio por lo que puede concurrir o no en la configuración del deber de tutela patrimonial,<sup>164</sup> piénsese por ejemplo en los directores provisionales de una sociedad anónima sobre los cuales, pesa un deber de tutela

---

<sup>162</sup> PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 113 también en ROJAS, L. Ob. Cit., p.145.

<sup>163</sup> PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 114 también en GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos. Crisis financiera y retribución de directivos ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal? En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2009, p. 21.

<sup>164</sup> PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 59.

patrimonial pero que, sin embargo, su función como directores acaba con la primera junta de accionistas.

## CAPITULO III

### APLICACIÓN SOCIETARIA DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

---

Una vez analizadas las discusiones sobre las características del delito de administración desleal y, de forma más detallada, las diversas posturas y características relacionadas con el deber de tutela patrimonial, tanto en su variante de abuso como de infidelidad; nos toca abordar los deberes de los administradores de las sociedades anónimas cuya infracción, bajo la óptica del deber de tutela patrimonial, son relevantes para su punibilidad por la calificante del artículo 470 número 11 inciso tercero. En primer lugar, trazaremos algunas consideraciones en torno a la figura calificada del delito de administración desleal en relación a su injusto, las circunstancias en que rige la calificante y algunas reflexiones sobre las penas asociadas al delito. En segundo lugar, trataremos el órgano administrativo de las sociedades anónimas, los directores y el gerente, determinando si son sujetos activos del delito. En último lugar, analizaremos los distintos deberes que establece la ley respecto de los directores de las sociedades anónimas y los conjugaremos en función de las consideraciones doctrinarias del capítulo anterior sobre el deber de tutela patrimonial.

#### III.1. LA CALIFICANTE DEL ARTÍCULO 470 N°11 INCISO TERCERO

##### **III.1.a. El injusto perseguido por la figura calificada**

La figura calificada prevista por el legislador reza de la siguiente manera *“En caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial, el administrador que realizare alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral, irrogando perjuicio al patrimonio social, será sancionado con las penas señaladas en el artículo 467 aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero.”*

Originalmente, la moción parlamentaria que incorporaba el delito de administración desleal no contenía esta figura calificada, sino que fue redactada luego del primer informe de la comisión constitucional.<sup>165</sup>

La razón para la incorporación de este inciso obedece, según consta en la historia de la ley, a la protección de los patrimonios de los inversores de las sociedades anónimas que se mueven en el mercado de valores, en especial a los accionistas minoritarios y aquellos que cotizan de forma obligatoria como es el caso de las Administradoras de Fondos de Pensiones.<sup>166</sup>

Ahora bien, para aclarar el especial injusto que yace en la figura calificante, debemos entender por qué comprende solamente las sociedades anónimas abiertas y especiales. En nuestro ordenamiento, las sociedades pueden clasificarse en: abiertas, cerradas y especiales según lo indica el artículo 2 de la Ley 18.046. Las sociedades anónimas abiertas -parafraseando el artículo mencionado- son aquellas cuyas acciones deben inscribirse en el Registro de Valores;<sup>167</sup> las especiales, son, según el artículo 126 de la misma Ley “Las compañías aseguradoras y reaseguradoras, las sociedades anónimas administradoras de fondos mutuos, las bolsas de valores y otras sociedades que la ley expresamente someta a los trámites que a continuación se indican, se forman, existen y aprueban por escritura pública, obtención de una resolución de la Superintendencia que autorice su existencia e inscripción y publicación del certificado especial que otorgue dicha Superintendencia”, como por ejemplo

---

<sup>165</sup> Historia de la Ley N°21.121 ..., Ob. Cit., p. 108.

<sup>166</sup> Ibid., pp. 80; 82; 94; 114 y 117.

<sup>167</sup> Según el artículo 5 de la Ley 18.045 del Mercado de Valores publicada en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1981, indica que deben inscribirse en el Registro de Valores:

“a) Los emisores de valores de oferta pública;

b) Los valores que sean objeto de oferta pública;

c) Las acciones de las sociedades anónimas que tengan 500 o más accionistas o, a lo menos, el 10% de su capital suscrito pertenezca a un mínimo de 100 accionistas, excluidos los que individualmente o a través de otras personas naturales o jurídicas, excedan dicho porcentaje, y

d) Las acciones emitidas por sociedades anónimas que voluntariamente así lo soliciten o que por obligación legal deban registrarlas...”

serían, las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, reguladas en el Decreto Ley 3.500 de 1980 y los Sociedades que ejercen el giro bancario reguladas en el Decreto con Fuerza de Ley 252 de 1960; y, por último, las sociedades anónimas cerradas son aquellas que no son ni abiertas ni especiales, por lo que sería una figura residual.

Bajo esta óptica, tenemos que indicar en qué consiste el injusto referente a esta figura calificada en función de las diferencias entre las distintas clases de sociedades anónimas existentes en nuestro país. Respecto de las sociedades anónimas especiales, su protección está dada por el objeto o el giro de cada una de estas sociedades que, por su especial utilidad para los individuos, el legislador procuró una reglamentación más exigente. En cuanto a las sociedades anónimas abiertas, su principal diferencia respecto de las sociedades anónimas cerradas es que las primeras acuden al ahorro público para su financiamiento.<sup>168</sup> Debido a esta particularidad, existe una amalgama de diferencias normativas y fácticas entre las sociedades anónimas abiertas y cerradas pero que no constituyen la disparidad esencial entre ambas clases de sociedades, sino que son disimilitudes derivadas de acudir al ahorro público para su financiamiento.<sup>169</sup>

Como se podrá apreciar, en tanto la calificante es aplicable a sociedades anónimas especiales y abiertas, quedan fuera de su aplicación las sociedades anónimas cerradas, para las cuales, sin embargo, seguirá siéndoles aplicable el delito base de administración desleal. Al respecto deben realizarse algunas pequeñas precisiones para comprender cuándo nos encontramos ante una sociedad anónima cerrada, abierta o especial, y, por lo tanto, la figura delictual aplicable.

---

<sup>168</sup> PUGA, Ob. Cit., p.105 y SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial. Tomo I. Volumen 2. Séptima edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 104. PUELMA ACCORSI, Álvaro. Sociedades. Tomo II, Sociedad Anónima. 3ra. Edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 468 y ss.

<sup>169</sup> Acerca de la importancia de la clasificación entre sociedades anónimas abiertas y cerradas; y sus diferencias PUGA, Ob. Cit., pp. 104 y ss. TORRES ZAGAL, Óscar. Derecho de Sociedades. Tercera edición. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008, pp. 228 y ss. SANDOVAL LÓPEZ. Ob. Cit., p. 104 y ss. PUELMA ACCORSI, Álvaro. Ob. Cit., pp. 472 y ss.

### **III.1.b. Momento en la constitución de la sociedad desde el que es aplicable la calificante**

Para determinar con precisión el momento en la constitución de la sociedad desde el que es aplicable la calificante del delito de administración desleal, es menester evaluar la modificación y constitución de una sociedad anónima; a propósito de la transformación, fusión y división de las sociedades; además del tránsito de una sociedad abierta a una cerrada y viceversa. Respecto de estos temas lo importante es determinar el momento exacto en que ocurre un cambio relevante para la aplicación del delito base o de la figura calificada.

La constitución de una sociedad anónima abierta o cerrada<sup>170</sup> se realiza mediante escritura pública, cuyo extracto debe ser inscrito y publicado en el Diario Oficial en el plazo de 60 días contados desde la fecha en que se otorga la escritura pública.<sup>171</sup> Sin embargo, la sociedad existe desde que los estatutos han sido otorgados mediante escritura pública, instrumentos reducido a escritura pública o instrumento protocolizado, debiendo en estos dos últimos casos ser saneada la constitución de la sociedad, es decir, subsanar el vicio del que adolece.<sup>172</sup> Tratándose de sociedades anónimas especiales, éstas se constituyen mediante escritura pública y por medio de un certificado de existencia emitido por la autoridad administrativa, que deberá inscribirse y publicarse en el Diario Oficial dentro de los 60 días contados desde la fecha de la resolución de existencia<sup>173</sup> y existirá una vez se hayan cumplido todas las formalidades anteriores.<sup>174</sup> Sin embargo tratándose, de las Administradoras de Fondo de Pensiones y aquellas sociedades que explotan el giro bancario, su existencia será a partir de la resolución provisional.<sup>175</sup>

---

<sup>170</sup> PUELMA ACCORSI, Álvaro. Ob. Cit., pp. 467 y 468

<sup>171</sup> Artículo 3 y 5 de la Ley 18.046 Sobre Sociedades Anónimas publicada en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1981.

<sup>172</sup> Artículo 6 de la L.S.A.

<sup>173</sup> Artículo 126 de la L.S.A.

<sup>174</sup> Artículo 128 de la L.S.A.

<sup>175</sup> Artículo 27 Decreto con Fuerza de Ley 252 de 1960 y artículo 130 de la L.S.A.

La modificación de los estatutos de una sociedad anónima esencialmente se rige por las mismas normas que regulan su constitución,<sup>176</sup> por lo que la fecha de la modificación será aquella en que el acta de la junta de accionistas que aprueba la modificación se haya reducido a escritura pública o bien la fecha posterior cumplida mediante plazo o condición que haya estipulado la junta de accionistas, siempre y cuando el extracto de dicha escritura pública sea debidamente inscrita y publicada en el Diario Oficial.<sup>177</sup> En cambio, tratándose de sociedades anónimas especiales, la fecha de su modificación producirá efectos a partir de la fecha de la resolución de la autoridad administrativa que apruebe dicha modificación, siempre y cuando se verifiquen con posterioridad las mismas formalidades requeridas para su constitución.<sup>178</sup>

La transformación de sociedades es el cambio de especie o tipo social de una sociedad, efectuado por reforma de los estatutos, subsistiendo su personalidad jurídica.<sup>179</sup> Al ser esencialmente una reforma de los estatutos de la sociedad, se rige por las formalidades de la sociedad transformada.<sup>180</sup> Tratándose de cualquier sociedad o una Empresa de Individual de Responsabilidad Limitada que se transforma en una sociedad anónima general (abierta o cerrada) o especial, debe cumplir con las formalidades para la modificación estatutaria de la sociedad anónima general o especial,<sup>181</sup> por lo que los efectos de dicha transformación se evidenciarán conforme a las reglas de la modificación de estatutos. Ahora bien, la junta de accionistas puede fijar una fecha posterior mediante un plazo o una condición que, de acuerdo con PUGA, no puede ser posterior a la de publicación del extracto de la escritura pública.<sup>182</sup> Sin

---

<sup>176</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 113. artículo 3 de la L.S.A.

<sup>177</sup> Artículo 5 del Decreto 702 del Ministerio de Hacienda que Aprueba Nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas, publicado en el Diario Oficial el 6 de julio del 2012.

<sup>178</sup> Artículo 5 inciso 2 reglamento

<sup>179</sup> Artículo 96 de la L.S.A.

<sup>180</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 700; PUELMA ACCORSI, Álvaro. Ob. Cit., p. 689. TORRES ZAGAL. Ob. Cit., p. 480.

<sup>181</sup> Artículo 97 de la L.S.A. PUGA, Ob. Cit., p. 702. La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, además requiere que concurra más de una persona para que se otorgue la escritura pública.

<sup>182</sup> Artículo 154 del Reglamento. PUGA, Ob. Cit., p. 711.

embargo, los efectos de dicha transformación se retrotraen al momento en que ésta haya sido otorgada.<sup>183</sup>

Para la transformación de una sociedad anónima general o especial a cualquier sociedad o una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, deben cumplirse tanto los requisitos de modificación de los estatutos de la sociedad anónima como las formalidades del tipo social al que se habrá de transformar.<sup>184</sup> La transformación se evidenciará una vez que surtan efecto tanto las formalidades de la sociedad transformada como los nuevos estatutos.<sup>185</sup>

La fusión es la unión de dos patrimonios sociales bajo una misma personalidad jurídica.<sup>186</sup> Estrictamente hablando existen dos tipos de fusión, la fusión por absorción o incorporación y la fusión por creación.<sup>187</sup> La fusión por absorción consiste en aquella mediante la cual una o más sociedades se disuelven y son absorbidas por una sociedad ya existente, adquiriendo sus activos y pasivos.<sup>188</sup> Esta clase de fusión implica básicamente las reformas estatutarias de las sociedades que participarán en la fusión mediante una junta extraordinaria de accionistas,<sup>189</sup> por lo que su eficacia se evidenciará según las normas de las modificaciones

---

<sup>183</sup> artículo 3 ley 18046 artículo 5 reglamento

<sup>184</sup> Artículo 97 ley 18046. En el caso de la transformación a un Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, la concentración de las acciones de una sociedad anónima en una sola persona por el plazo interrumpido de 10 días es causal de disolución según el artículo 103 n° 2 de la ley 18046. Según el artículo 14 de la ley 19.857, una vez que una sola persona sea propietaria de las acciones de una sociedad anónima, puede transformarla a una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, extendiendo escritura pública donde conste los estatutos de la Empresa dentro de los 30 días desde que pertenecen todas las acciones al propietario y cumpliendo las formalidades para la creación de una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. En la opinión de PUGA, ambos plazos corren de forma paralela, de manera que es posible que una sociedad anónima se transforme en una Empresa de Responsabilidad Limitada incluso estando en proceso de disolución. PUGA, Ob. Cit., p. 704.

<sup>185</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 711

<sup>186</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 711 SANDOVAL LÓPEZ. Ob. Cit., p. 211. LYON PUELMA, Alberto. Teoría de la Personalidad: Personas Naturales, Personas Jurídicas. Primera edición. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993, p. 326. Para Lyon Puelma la fusión consiste en la disolución de las sociedades a fusionarse y el aporte a una sociedad distinta.

<sup>187</sup> SANDOVAL LÓPEZ. Ob. Cit., pp. 214 y ss. PUGA, Ob. Cit., p. 711 y ss. Existe también un tercer tipo de fusión, denominada fusión por absorción impropia, la cual consiste en la compraventa de los derechos o acciones de la sociedad absorbida. Esta clase de fusión no está contemplada dentro de las clases que otorga nuestro ordenamiento jurídico por lo que no es considerada como tal.

<sup>188</sup> Artículo 99 inciso 3

<sup>189</sup> PUGA, Ob. Cit., pp. 718 y ss. TORRES ZAGAL. Ob. Cit., pp. 500-501 SANDOVAL LÓPEZ. Ob. Cit., pp. 215 y ss.

estatutarias. Por otro lado, la fusión por creación es aquella mediante la cual, el patrimonio de dos o más sociedades se disuelve para constituir una nueva sociedad.<sup>190</sup> Básicamente las sociedades primigenias deben modificar sus estatutos y además debe constituirse la nueva sociedad según las reglas generales.<sup>191</sup> Ahora bien, la fusión tendrá lugar una vez que surta efecto la última aprobación de la modificación o de la creación, si es que no tienen eficacia todas en la misma fecha o bien, la fecha que se haya designado según algún plazo o condición.

La división de sociedades consiste en la distribución del patrimonio de una sociedad entre sí y una o más sociedades que se constituyen para tal efecto,<sup>192</sup> en consecuencia, se crea una sociedad a partir de otra, la cual se mantiene, de forma que el patrimonio de la sociedad primigenia se parte.<sup>193</sup> La división de la sociedad se realiza mediante una modificación de los estatutos de la sociedad primigenia y la constitución de la o las nuevas sociedades y tendrá vigencia una vez que se haya cumplido con las formalidades del último extracto que completa la división, sea el que crea alguna sociedad o el que modifica los estatutos de la sociedad primigenia,<sup>194</sup> o que se realiza mediante la modificación de los estatutos de la sociedad dividida y la constitución de aquellas sociedades con las cuales se distribuirá el patrimonio inicial. De este modo, la fecha de la división será la aquella en que surta efecto el último extracto que completa la división considerando la modificación de estatutaria de la sociedad que se divide y la constitución de las nuevas sociedades.<sup>195</sup>

Cabe mencionar que las particularidades anteriores tienen relevancia si el acto jurídico o el conjunto de actos jurídicos empleados para la transformación, fusión o división decanta en

---

<sup>190</sup> Artículo 99 inciso 2

<sup>191</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 720 y ss. PUELMA ACCORSI, Álvaro. Ob. Cit., pp. 689 y ss.

<sup>192</sup> Artículo 94 de la L.S.A.

<sup>193</sup> PUELMA ACCORSI, Álvaro. Ob. Cit., p. 691 y ss. PUGA, Ob. Cit., p. 735. LYON PUELMA. Teoría de la Personalidad... Ob. Cit., pp. 315 y ss. Para Lyon Puelma, la división no es una división de patrimonio, pues este, al ser un elemento esencial de la personalidad jurídica implicaría una división de esta, lo cual no puede ser posible, por lo que, la división lo que es en realidad una división de la administración

<sup>194</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 736 y ss. Artículo 148 y artículo 50 del Reglamento.

<sup>195</sup> Artículo 148 reglamento PUGA, Ob. Cit., p. 739 740. LYON PUELMA. Teoría de la Personalidad... Ob. Cit., pp. 319 y ss. Para Lyon la división de sociedades tendría efecto retroactivo a la fecha de aprobación del balance.

algún tipo social distinto, pues sólo desde esa perspectiva es importante determinar el momento exacto en que ocurre el cambio.<sup>196</sup>

Ahora bien, es posible, además, el paso de una sociedad anónima abierta a una sociedad anónima cerrada y viceversa, para lo cual es relevante identificar el momento en que adquieren dicha calidad. Hemos dicho que una sociedad anónima abierta es aquella que inscribe sus acciones en el Registro de Valores, lo cual puede ocurrir por dos razones, o bien inscriben sus acciones de forma voluntaria o bien lo inscriben porque surge el deber de inscribir las acciones. Tratándose del primer caso, la sociedad adquirirá el carácter de abierta una vez que haya inscrito sus acciones en el Registro de Valores<sup>197</sup>, mientras que, si debe inscribirlas por encontrarse en alguna de las hipótesis del artículo 5 de la Ley de Mercado de Valores, entonces su calidad de sociedad anónima abierta será a partir del momento en que se encuentra en la hipótesis respectiva, es decir, por el solo ministerio de la ley.<sup>198</sup>

Sin embargo, por el contrario, una sociedad anónima abierta no transita a cerrada simplemente por no encontrarse en alguna de las circunstancias enunciadas en el artículo 5 de la Ley de Mercado de Valores, sino que debe solicitar que las acciones dejen de estar inscritas en el registro y una vez cancelada la inscripción tendrá la calidad de sociedad anónima cerrada.<sup>199</sup>

---

<sup>196</sup> Respecto de la división de sociedades, se plantea la interrogante si las nuevas sociedades deben ser sociedades anónimas o bien pueden diferir según el tipo social. Para PUGA y LYON es totalmente posible que las nuevas sociedades difieran del tipo social respecto de la sociedad primigenia. PUGA, Ob. Cit., p. 315. LYON PUELMA. Teoría de la Personalidad... Ob. Cit., pp. 322. En cambio, para TORRES ZAGAL, esto no es admisible y por lo tanto una sociedad anónima que se divide, deberá originar nuevas sociedades anónimas. TORRES ZAGAL. Ob. Cit., p. 486.

<sup>197</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 102

<sup>198</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 102 artículo 2 último inciso de la L.S.A.

<sup>199</sup> Artículo 2 inciso 6° L.S.A.

### **III.1.c. Consideraciones respecto de la pena asignada al delito en aplicación de la calificante**

Otro aspecto relevante para comentar es la pena asignada al delito. El n° 11 del artículo 470 contempla dos penas copulativas: la pena privativa de libertad del artículo 467 aumentada en un grado y la inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero.

Respecto de la primera pena, el artículo 467 contiene un marco penal según el perjuicio patrimonial producido, las cuales aumentadas en un grado correspondería a lo siguiente: si el perjuicio patrimonial excede una unidad tributaria mensual y no excediere las cuatro, entonces la pena en abstracto es de presidio menor en su grado medio; si excede las cuatro unidades tributarias mensuales, pero no superare las cuarenta, la pena es de presidio menor en su grado medio; y, con pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo si el perjuicio excediere las cuarenta unidades tributarias mensuales.<sup>200</sup>

En cuanto a la segunda sanción resulta un tanto dudosa su redacción. Durante la discusión vertida en el congreso, se arguyó que esta sanción vendría a homogeneizar el marco penal respecto de los delitos contemplados en la Ley de Mercado de Valores.<sup>201</sup>

En efecto, la sanción en un inicio tenía una redacción semejante a la contemplada en el artículo 61 bis de la Ley de Mercado de Valores, distinguiéndose ambas sanciones por el tiempo de duración del castigo. En efecto, este artículo establece dos penas accesorias

---

<sup>200</sup> No existe normativa que indique la forma en que debe aumentarse las penas. Ante esto, la doctrina mayoritaria señala que el aumento de las penas debe realizarse en bloque. CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal Parte General 9a edición Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2009, p. 762. GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte General. Tercera edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003. Tomo I, p. 310. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno parte general. Segunda edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 499.

<sup>201</sup> Historia de la Ley N°21.121 ..., Ob. Cit., p. 80.

alternativas, cuya última sanción reza así “...*inhabilitación especial de cinco a diez años para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de la Superintendencia respectiva.*”.

En cambio, la sanción propuesta por la Comisión de Constitución expresaba la sanción como “...*penas de inhabilitación especial de tres a cinco años para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrados a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de la Superintendencia respectiva...*”.<sup>202</sup> Sin embargo, y sin razón aparente, la Comisión Mixta cambió su redacción por la siguiente “*pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero.*”,<sup>203</sup> la que sería definitiva.

Lo curioso es que tanto la pena contemplada en la Ley de Mercado de Valores como la redacción prístina de la sanción en la figura agravada se encuentran suficientemente detalladas para su aplicación, mientras que la segunda la redacción requiere de algún complemento que señale su duración. Generalmente, al incorporar penas de esta manera, el legislador procura modificar el artículo 21 del Código Penal para su concretización, asunto que no ocurrió con esta sanción, por lo que es posible que esta norma presente problemas para ser aplicada. En efecto, siguiendo a ETCHEVBERRY, en nuestro Derecho Penal, habría “leyes declarativas o explicativas”, las cuales complementan, definiendo el alcance y sentido, a aquellas leyes que establecen un supuesto de hecho, seguido de una sanción en caso de verificarse dicho supuesto.<sup>204</sup> Así, el artículo 21 del Código Penal, sería una norma explicativa en tanto establece el catálogo de penas según su gravedad en una escala penológica. De esta manera, la inclusión de la pena establecida en la figura agravada podría presentar problemas operativos al no precisar de manera suficiente su sentido y alcance a causa de una mala técnica legislativa.

---

<sup>202</sup> Historia de la Ley N°21.121 ..., Ob. Cit., p. 108.

<sup>203</sup> Historia de la Ley N°21.121 ..., Ob. Cit., pp. 224 y 239.

<sup>204</sup> ETCHEVBERRY, Alfredo. Derecho Penal: parte general. Tercera edición. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 92. La norma de artículo 21 podría ser clasificada como una norma declarativa o explicativa.

Por último, el último inciso del artículo 470 n°11 añade una sanción pecuniaria consistente en “...*multa de la mitad al tanto de la defraudación.*”. Originalmente esta pena se vinculaba solamente con el delito de administración desleal, pero tras la discusión en la comisión mixta se decidió que fuera una pena común a todos los delitos del artículo 470.<sup>205</sup>

## III.2. EL ADMINISTRADOR EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS Y ESPECIALES

### III.2.a. El directorio

La sociedad anónima se concibe de una manera muy particular en relación el resto de las sociedades colectivas, pues en aquellas, la propiedad puede estar atomizada en una gran cantidad de personas que no son conocidas entre sí, ni por terceros. Esto conduce a que, a diferencia de otras sociedades, la administración no es realizada directamente por los socios ni existe un involucramiento inmediato del dueño. Tanto es así que, dadas las particularidades de este tipo de sociedades, se debe producir una secuencia por medio de la cual el conjunto de accionistas elige a un directorio para que este, actuando orgánicamente, administre la sociedad y nombre a un gerente.<sup>206</sup>

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 31 y 40 de la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas (“L.S.A.”), la administración de la sociedad anónima la ejerce un directorio elegido por la junta de accionistas a quien le corresponde, también, la representación judicial y extrajudicial de la compañía.<sup>207</sup>

---

<sup>205</sup> Historia de la Ley N°21.121 ..., Ob. Cit., p. 224.

<sup>206</sup> GUERRERO V., Roberto; ZEGERS R-T., Matías. Manual sobre Derecho de Sociedades. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2014, p. 200 y ss.

<sup>207</sup> LYON PUELMA, Alberto. Personas jurídicas. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, p. 161.

El directorio puede ser definido como un “órgano colegiado y permanente de la sociedad anónima cuyos miembros se designan periódicamente por la junta de accionistas y cuya función es realizar todos los actos de administración ordinaria y extraordinaria, representado a la sociedad ante terceros y asumiendo responsabilidad solidaria por las infracciones a los deberes que le impone la ley, el reglamento y los estatutos”.<sup>208</sup>

Tal como se desprende de la definición antes transcrita, la doctrina lo ha caracterizado por su funcionamiento orgánico, colegiado y permanente, cuyos miembros asumen su responsabilidad solidaria por los perjuicios causados a los accionistas y a la sociedad por sus actos dolosos o culpables.<sup>209</sup> En las sociedades anónimas cerradas, el número mínimo de directores es de tres; en las abiertas es de cinco. Los directores son elegidos por un periodo máximo de tres años y pueden ser reelegidos indefinidamente.<sup>210</sup>

Respecto de su nombramiento y remoción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la L.S.A., la calidad de director se adquiere por aceptación expresa o tácita del cargo y en conformidad con el artículo 38, el directorio sólo puede ser revocado en su totalidad no procediendo en consecuencia su revocación individual.<sup>211</sup>

Adicionalmente, según lo dispone el artículo 20 de la L.S.A., el directorio de una sociedad anónima está investido de todas las facultades de administración y representación que la ley o el estatuto no establezca como privativas de la junta general de accionistas, por lo que sus facultades son, en principio, amplísimas. Además, señala PUELMA ACCORSI que la administración la impone la ley como una norma de orden público, sin perjuicio de que le directorio la ejerza directamente o por medio de sus ejecutivos, de acuerdo al organigrama de administración que el propio directorio apruebe o determine.<sup>212</sup>

---

<sup>208</sup> Ídem, p. 201.

<sup>209</sup> GUERRERO; ZEGERS. Ob. Cit., p 213.

<sup>210</sup> LYON PUELMA. Personas... Ob. Cit., p. 162.

<sup>211</sup> Ídem.

<sup>212</sup> PUELMA ACCORSI, Álvaro. Ob. Cit., p. 596.

### **III.2.b. Vínculo jurídico entre los directores y la sociedad**

Para entender la relación jurídica que une a cada director con la sociedad y, de este modo, analizar sus atribuciones y deberes, debemos hacer la distinción con la relación también existente entre el directorio y la sociedad.

La mayor parte de la doctrina es conteste en señalar que el directorio, en tanto órgano colegiado, mantiene una relación de tipo orgánica con la sociedad. En virtud de la aceptación dogmática de esta relación orgánica han sido varios los países que le han otorgado consagración legislativa,<sup>213</sup> nuestra L.S.A. entre ellas.

La noción del directorio como un órgano proviene de la “teoría del órgano” la cual, en su segunda fase de desarrollo vinculada al derecho administrativo, mira a la persona jurídica como un ente plenamente capaz de ejercicio que obra directamente a través de sus órganos. Esta visión se opone a la teoría de la representación, en virtud de la cual la persona jurídica es un ente incapaz de obrar que, al igual que los demás incapaces, no puede manifestar su voluntad con efectos vinculantes y, por lo mismo, debe tener un representante que supla esta falta de capacidad.<sup>214</sup>

A partir de esta distinción se desprenden como consecuencias prácticas el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en la teoría de la representación, en la teoría del órgano se produce una completa identidad entre la persona jurídica y el órgano, por lo que no se concibe ninguna acción de responsabilidad contra los administradores por los actos que entran en el ámbito de su función. La teoría organicista explicaría, además, el hecho de que la sociedad, obligada a designar sus administradores, no tenga las facultades que tiene todo mandante para

---

<sup>213</sup> CAREY BUSTAMANTE, Guillermo. De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de sus directores. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1992, p. 94.

<sup>214</sup> LYON PUELMA. Personas... Ob. Cit., p. 122. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores de las Sociedades Anónimas. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013, p. 39.

fijar sus atribuciones, sino que, es la ley y los estatutos los que otorgan al directorio un grado de autonomía tal que, por ejemplo, les permite oponerse a la voluntad de la junta de accionista si estiman que esta es contraria a la ley, los estatutos o el mejor interés de la sociedad.<sup>215</sup>

La L.S.A. en sus artículos 1, 31 y 39 incisos 3° y 4°, establece que el directorio tiene el carácter de órgano administrativo y representativo de la sociedad,<sup>216</sup> adoptando decididamente la tesis organicista y desechando la teoría de la representación. En efecto, con anterioridad a la promulgación de la L.S.A. el Código de Comercio establecía en su antiguo artículo 424, hoy derogado, que la sociedad anónima era administrada por “mandatarios revocables”, siendo responsables solo de la ejecución del mandato que recibieron.<sup>217</sup>

Muy distinta es, en cambio, la discusión que se genera a partir del problema de determinar la naturaleza del vínculo que une a la sociedad con los directores individualmente considerados. En este plano, gran parte de la doctrina ha considerado que se trata de una naturaleza contractual en el que cada director se obliga con la sociedad para el desempeño de sus funciones. Así, por ejemplo, CAREY es de la idea de que se trata de un contrato innominado que comienza a existir sólo desde aquel momento en que el director acepta el cargo de conformidad a lo dispuesto en el art. 37 de la L.S.A., siendo responsable de este modo conforme a las reglas de la responsabilidad civil contractual.<sup>218</sup> PUGA por su parte señala que se trataría de una especie de mandato sin representación ante terceros, pues el vínculo surge en virtud un encargo de confianza de naturaleza económica, pero sin representación en tanto individuo, lo que conformaría un mandato en los términos en que la doctrina ha interpretado dicho contrato.<sup>219</sup>

---

<sup>215</sup> CAREY BUSTAMANTE, Ob. Cit., p. 95.

<sup>216</sup> PUELMA ACCORSI, Ob. Cit., p. 601.

<sup>217</sup> CAREY BUSTAMANTE, Ob. Cit., p. 91.

<sup>218</sup> Ídem, Ob. Cit.

<sup>219</sup> PUGA VIAL, Juan Esteban. La Sociedad Anónima. 2da. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2013, Tomo II, p. 353.

A nivel doctrinario, esta discusión ha sido muy relevante a efectos de determinar el régimen de responsabilidad civil de los directores, de modo que, de existir un vínculo contractual que una a cada director individualmente considerado con la sociedad operaría el estatuto de responsabilidad civil contractual. Por el contrario, si se afirma -como lo hace la doctrina mayoritaria reciente-, que la relación entre director y sociedad deriva de una relación orgánica entre el directorio y la misma, cuyo origen se encuentra directamente en la ley, será aplicable el estatuto de responsabilidad civil extracontractual.<sup>220</sup>

En nuestra materia, la discusión nos parece interesante pues, dependiendo del vínculo jurídico que se acepte doctrinaria y jurisprudencialmente, se desprenderán importantes consecuencias para la determinación de los deberes de tutela patrimonial que pesan sobre el director de la sociedad anónima en tanto administrador de esta. En efecto, una naturaleza jurídica de tipo contractual obligaría al juez penal a indagar en el contrato civil que une al administrador y la empresa con objeto de determinar los deberes específicos que pesaban sobre él. En cambio, si se acepta una naturaleza jurídica orgánica, bastará con que el juez examine los deberes y facultades que poseen los directores directamente desde la Ley que regula su ejercicio.

### **III.2.c. El gerente de la sociedad anónima y la delegación de facultades por parte del directorio**

El gerente general de una sociedad anónima es aquella persona a cargo de la administración inmediata de la sociedad en su giro ordinario y de designación obligatoria por parte del directorio.<sup>221</sup> Tal como hemos dicho, a diferencia de otras sociedades, la sociedad anónima es administrada por un órgano y no directamente por el gerente, por lo que a su

---

<sup>220</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 42. Entre los autores que sostienen esta tesis podemos nombrar a Enrique BARROS y Álvaro PUELMA. BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 825-826. Para este autor, la relación podría catalogarse como extracontractual, pero su estructura, atendida a la naturaleza fiduciaria de la relación adquiere caracteres contractuales. PUELMA ACCORSI, Álvaro. Ob. Cit., p. 629.

<sup>221</sup> PUELMA ACCORSI, Álvaro. Ob. Cit., p. 641. PUGA. Ob. Cit., p. 374.

respecto no es aplicable la definición dispuesta en el artículo 237 inciso primero del Código de Comercio.<sup>222</sup>

En virtud de lo prescrito en el artículo 49 de la L.S.A., el directorio está obligado a nombrar al menos un gerente general encargado de la administración inmediata de la sociedad, sin perjuicio de los otros gerentes o subgerentes que se designen, señalando expresamente sus atribuciones. Además de ejercer la administración de manera prudente, el gerente está siempre obligado a ajustarse a las instrucciones del directorio, sin perjuicio del derecho de oposición que le asiste tratándose de instrucciones ilegales.<sup>223</sup>

Sobre la delegación de facultades necesaria para que el gerente general u otros mandatarios puedan ejercer tareas de administración, puede darse una aparente contrariedad entre lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la L.S.A. que regulan la materia. En efecto, si bien el artículo 39 dispone que “las funciones del director no son delegables y se ejercen colectivamente, en sala legalmente constituida”, el artículo 40 dispone que “el directorio podrá delegar parte de sus facultades en los ejecutivos principales, gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o en una comisión de directores y, para objetos especialmente determinados, en otras personas”. Sin embargo, ambas normas se refieren a cuestiones diferentes; la primera norma transcrita implica una prohibición al director individualmente considerado de designar a un mandatario para que lo reemplace u obre a su nombre en las sesiones de directorio, en tanto, la segunda, no se refiere a la función del director, sino que a las facultades del directorio como órgano.<sup>224</sup> Es decir, la calidad de director y la función general de administrar no es delegable, sin embargo, dado que el directorio es un órgano y no una persona física, él debe operar por medio de mandatarios que cumplan funciones de gestión o representación.<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> Artículo 237, inciso primero, del Código de Comercio: “Factor es el gerente de un negocio o de un establecimiento comercial o fabril, o parte de él, que lo dirige o administra según su prudencia por cuenta de su mandante.”

<sup>223</sup> Ídem.

<sup>224</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 444. En un sentido semejante Lyon Puelma. LYON PUELMA. Personas... Ob. Cit., p. 163.

<sup>225</sup> Ídem, p. 445.

Ahora bien, sin perjuicio de que el artículo 50 de la L.S.A. establece que a los gerentes les serán aplicables las disposiciones de dicha ley referidas a los directores en lo que fueran compatibles con las responsabilidades de su cargo o función, los gerentes de las L.S.A. no serán automáticamente sujetos activos del delito de administración desleal.

De acuerdo con la doctrina, para exista una delegación de facultades capaz de generar una reconfiguración de las esferas de responsabilidad entre el delegante y el delegado, de relevancia para la imputación del delito de administración desleal, se deben cumplir ciertos requisitos, a saber: (i) que el delegante disponga de la competencia para hacerlo, (ii) que el delegado sea una persona idónea para ejercer las competencias transferidas; y, (iii) que el delegante ceda al delegado un ámbito de autonomía para el ejercicio de las competencias transferidas.<sup>226</sup>

El requisito de asignación al delegado de un ámbito de autonomía en la administración “implica que el delegante no puede determinar por completo la gestión del delegado y que éste ha de recibir los medios y la información necesaria para poder ejercer sus nuevas competencias”,<sup>227</sup> es decir, si el gerente está obligado a ajustarse a las instrucciones del directorio, aun siendo estas generales, no hay traspaso de la competencia al delegado, pues solo se trata del encargo de la ejecución de una función, sin autonomía en la gestión.<sup>228</sup> Entendiendo que la obligación principal del gerente es la “administración inmediata de los negocios del giro de la sociedad, siguiendo las directrices que le dé el directorio, debiendo emplear el celo y diligencia que emplean normalmente los hombres en sus propios

---

<sup>226</sup> PASTOR; COCA. El delito de administración desleal... Ob. Cit., p. 173.

<sup>227</sup> Ídem.

<sup>228</sup> Al respecto, la doctrina ha debatido acerca de la naturaleza jurídica del contrato entre la sociedad y el gerente. Así, PUELMA ACCORSI postula que la habría un contrato de trabajo -por ende, existiría subordinación- o prestación de servicio y en subsidio el vínculo del mandato o poder mercantil PUELMA ACCORSI, Álvaro. Ob. Cit., p. 642. Para PUGA, el gerente es una especie de mandato comercial, según las normas de los artículos 234 y 237 del Código de Comercio. Sin perjuicio que pueda haber además un contrato de trabajo PUGA, Ob. Cit., pp. 619-621. En un sentido semejante sostiene TORRES ZAGAL al aludir que la relación concurre una doble naturaleza jurídica, tanto la del mandato comercial como la del contrato individual de trabajo TORRES ZAGAL. Ob. Cit., p. 420.

negocios”,<sup>229</sup> no podemos dar por establecido de manera abstracta que exista la autonomía suficiente para hacerle extensible la autoría del delito.

A partir de lo anterior, es posible concluir que, para que sea posible imputar al gerente general o a cualquier otro mandatario de la sociedad la calidad de sujeto activo en la comisión del delito de administración desleal, es necesario que conste expresamente que existe autonomía en la gestión de la labor de administración encomendada. De esta manera, si aquel elemento falta o es dudoso, deberá entenderse que el mandatario no tiene la autonomía necesaria para indicar que tiene un deber de tutela patrimonial sobre la sociedad.

### III.3. DEBERES FIDUCIARIOS DEL DIRECTORIO SUSCEPTIBLES DE SER CALIFICADOS COMO DEBERES DE TUTELA PATRIMONIAL

#### III.3.a. Los deberes fiduciarios

Buena parte de la doctrina nacional en derecho comercial utiliza la noción de “*relación fiduciaria*” para representar el esquema que regula las relaciones entre los accionistas y los administradores de una empresa.<sup>230</sup> Asimismo, bajo la denominación “*deberes fiduciarios*” suele agruparse los deberes de cuidado y lealtad que la ley impone a los administradores de una sociedad.<sup>231</sup>

En efecto, la noción de deberes fiduciarios (*fiduciary duties*) proviene del desarrollo dogmático generado en los sistemas legales del *common law*, de cuyas normas, nuestra L.S.A ha recibido sustanciales aportes y lineamientos. En su acepción aplicable a la materia en estudio, la palabra “fiduciario” se utiliza para designar entes que administran bienes en mérito

---

<sup>229</sup> PUELMA ACCORSI, Ob. Cit., p. 642. En un sentido semejante BARROS BOURIE. Ob. Cit., p. 836. SANDOVAL LÓPEZ. Ob. Cit., pp. 163 y ss.

<sup>230</sup> PARDOW LORENZO, Diego. Potestades de administración y deberes fiduciarios: Una aproximación analítica a los deberes asociados a la administración. En: *Estudios De Derecho Civil II*. LexisNexis, Santiago, 2006, p. 89.

<sup>231</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ. Enrique, La Sociedad Anónima: autonomía privada, interés social y conflictos de interés. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 100.

de una relación fiduciaria aplicable.<sup>232</sup> Sin embargo, su origen se remonta en la antigua institución romana de la *mancipatio fiduciae causa*, un tipo de transferencia en la cual el aceptante no debía tener o guardar para sí el patrimonio o la cosa que adquiriría.<sup>233</sup> Con todo, tanto para la jurisprudencia anglosajona como en el derecho romano, las reglas particulares que le dan origen no se encuentran en una disposición legal específica, sino en los usos y costumbres paulatinamente reconocidos por el juez.<sup>234</sup>

Dentro de los sistemas legales del *common law*, el desarrollo consuetudinario de la institución dio origen a la existencia de dos tipos de deberes distintos, a saber: los *deberes de diligencia y cuidado*, que obligan a una forma de administrar sujeta a ciertos criterios de prudencia; y, los *deberes de lealtad*, que exigen que la finalidad de satisfacer el interés del dueño del patrimonio gobierne en todo momento la toma de decisiones.<sup>235</sup>

Tal como revisaremos a continuación, la importancia de estos deberes radica en su aptitud para solucionar diversos problemas que nacen a partir de la estructura organizacional de las sociedades anónimas.

#### *i) El problema de agencia y los deberes fiduciarios*

La estructura de una sociedad anónima implica una fuerte separación entre propiedad y gestión o administración. Es una de las características esenciales de la sociedad anónima.<sup>236</sup> Este tipo de relación genera el problema de agencia, que surge de la interacción entre “el

---

<sup>232</sup> CAREY, Ob. Cit., p. 137.

<sup>233</sup> PARDOW, Diego. Potestades de administración y deberes fiduciarios... ob. cit., p. 90.

<sup>234</sup> Ídem, p. 94.

<sup>235</sup> Ídem, p. 95. Al respecto, PARDOW sostiene la tesis de que, en el derecho chileno, la noción de relación fiduciaria es bastante semejante a la que propone la doctrina de los derechos subjetivos para las potestades de administración. En efecto, sostiene este autor que existe una categoría denominada derechos-función, cuyos límites a su ejercicio derivan precisamente del hecho de que no están establecidos en beneficio del titular, sino de otra persona. Lo característico de estos derechos radica en ser potestativos y funcionales ya que confieren competencias para intervenir en la esfera de interés de una persona distinta del titular, cuyo ámbito legítimo de ejercicio está limitado materialmente por el destino asignado al patrimonio.

<sup>236</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 94.

principal” y el “agente”. Mientras al primero es quien tiene la propiedad sobre los bienes administrados, el segundo es quien los administra.<sup>237</sup>

La interacción entre ambos presenta una serie de conflictos. Por un lado, ya que el agente no sufre las consecuencias de las pérdidas sobre su gestión, sino que estas perjudican exclusivamente al titular de la propiedad, no existe un incentivo económico para una gestión diligente. Por otro lado, surge la posibilidad de utilizar la posición de privilegiada del agente para su propio provecho.<sup>238</sup>

Además, existe una asimetría de información de quienes interactúan. El principal debe escoger el sujeto más apto para la administración de sus bienes, careciendo la mayoría de las veces de la información necesaria para proceder con la gestión por sí mismo. Además, una vez realizada la elección, el principal carece de los datos relevantes sobre la gestión del agente, asimetría que acentúa los posibles abusos en la administración.<sup>239</sup>

En las sociedades anónimas, el problema de agencia se ve acentuado pues tanto el principal como el agente son órganos colegiados, presentando costes de transacción en la toma de decisiones que vuelven más complejo este problema. Bajo esta óptica, los deberes fiduciarios, se erigen como un muy buen remedio.<sup>240</sup>

En el Derecho privado, los deberes fiduciarios se han erigido como mecanismo adecuado para paliar el problema de agencia.<sup>241</sup> Por un lado, el deber de diligencia corrige la

---

<sup>237</sup> PARDOW LORENZO, Diego. La desgracia de lo ajeno: un ensayo sobre el problema de agencia en las relaciones fiduciarias. En: Estudios de Derecho Civil. Vol. 4: 2011. Cita Online: CL/DOC/845/2011, p. 1.

<sup>238</sup> Ídem.

<sup>239</sup> Ídem. Sin embargo, la estructura que implica la separación entre propiedad y administración también conlleva ventajas. Este esquema permite la especialización de la función del agente, ya que no presenta una aversión tan fuerte al riesgo, pues no es quien soporta las consecuencias de la concretización de dicho riesgo; y, además, permite diversificar el riesgo del principal, al poder realizar actividades bajo diversas administraciones, limitando así las consecuencias de los infortunios. PARDOW LORENZO, Diego. La desgracia... Ob. Cit., p. 2.

<sup>240</sup> PARDOW LORENZO, Diego. La desgracia... Ob. Cit., p. 5.

<sup>241</sup> PARDOW LORENZO, Diego. La desgracia... Ob. Cit., p. 2.

falta de incentivos económicos para una recta gestión y el deber de lealtad corrige el aprovechamiento de la posición privilegiada del gestor para su beneficio propio.<sup>242</sup>

En la doctrina nacional los deberes fiduciarios son abordados a través de clasificaciones y sistematizaciones muy diversas. A nuestro parecer, conforme a las necesidades que nuestra exposición requiere, utilizaremos el esquema tradicional que distingue entre deberes de diligencia o cuidado y los deberes de lealtad, incluyendo, sin embargo, una mención especial relativa al interés y objeto social en la determinación de los deberes fiduciarios de los directores, de conformidad a la doctrina chilena más reciente en la materia. Sin perjuicio de lo anterior, también abordaremos sucintamente los deberes de información, reserva y la prohibición de utilizar información privilegiada.

*ii) Interés y objeto social: fundamento del deber primordial de los directores*

El deber fundamental o al cual se pueden reconducir todos los deberes que tiene cada director con la sociedad se puede resumir en el de velar por el interés social.<sup>243</sup> Este deber esencial deriva de la posición en que se encuentra el director, que, como cualquier administrador de un patrimonio ajeno, debe velar por el interés del patrimonio tutelado.<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup> Ídem.

<sup>243</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 480; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., pp. 53-54. LYON PUELMA. Personas... Ob. Cit., p. 144. PARDOW, Diego. Potestades de administración y deberes fiduciarios... Ob. Cit., p.106. PUELMA ACCORSI, Ob. Cit., p. 617. Puelma señala que este deber emana de los artículo 39 y 42 de la L.S.A.

<sup>244</sup> Como fue explicado en el capítulo anterior (*supra* §II.3. b.), esta escisión entre patrimonio-administración es la razón principal que arguyen PASTOR y COCA para indicar que el contenido del deber de tutela patrimonial es precisamente velar por el interés ajeno, en este caso, el de la sociedad anónima PASTOR, COCA. El delito... Ob. Cit., p. 108; 115-116. También en PASTOR, COCA. El deber... Ob. Cit., p. 4. Este deber se puede inferir, siguiendo a la teoría objetiva o finalista del patrimonio, según la relación que exista entre el sujeto de goce y el sujeto de administración. El sujeto de goce es en torno al cual se constituye el patrimonio, es decir, un centro de interés; mientras que el sujeto de administración es quien administra y manifiesta la voluntad del sujeto de goce. El poder del que goza el administrador se ve limitado especialmente por el interés del del sujeto de goce cuando este, y el administrador sean personas distintas. FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. El Patrimonio. Tercera edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 51 y ss.; 176 y ss. El administrador debe tutelar los intereses de la persona jurídica LYON PUELMA. Personas... Ob. Cit., p. 144..

Sin embargo, el interés social no es solo un concepto al cual se pueden dirigir todos los deberes que impone los estatutos y la legislación a los directores, sino que, además, cumple una función de cláusula general integradora de los deberes fiduciarios que surge de la relación entre estos y la sociedad anónima, llenando lagunas inevitables que puedan surgir en el devenir de la relación.<sup>245</sup> Es crucial, por tanto, identificar en que consiste dicho interés social.

En torno a una sociedad anónima confluyen diversos intereses, de los trabajadores, los socios, la sociedad civil, etc. Para encontrar una respuesta al contenido del interés social, se han postulado dos teorías que articulan de forma distinta los intereses que confluyen en una sociedad anónima.<sup>246</sup> Por un lado, la teoría institucionalista propugna que la sociedad anónima es un medio para el desarrollo económico, científico y social.<sup>247</sup> Esta teoría acentúa carácter público de la sociedad anónima, subordinando el interés particular a un fin público, colocando el interés social como uno supraindividual y ajeno al interés particular de los socios.<sup>248</sup> Por otro lado, la teoría contractualista excluye la concepción de interés social como diversa a la de los socios, sino que la identifica como un interés común a todos los socios por el cual han formado la sociedad.<sup>249</sup>

La noción de interés social en nuestro ordenamiento jurídico se condice con la teoría contractualista, siendo el objetivo común realizar una actividad para repartir los beneficios pecuniarios. Así, la noción de interés social es de carácter objetivo independiente al interés personal de cada socio y que se traduce en el lucro o utilidad.<sup>250</sup> Este significado del interés

---

<sup>245</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., pp. 73 y ss.

<sup>246</sup> Ídem. p. 55

<sup>247</sup> ídem. p. 56

<sup>248</sup> Idem. p. 56

<sup>249</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., pp. 56-57. PUELMA ACCORSI, Ob. Cit., pp. 614 y ss. Puelma indica la existencia de cuatro doctrinas respecto del interés social. La transpersonalista o amplia; la doctrina que vincula el interés social con el interés de la empresa, englobando trabajadores, dirigentes y la empresa; doctrinas que vinculan el interés social con el del público inversor los acreedores y los accionistas no participantes y la doctrina contractual.

<sup>250</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 58-59. PUGA, Ob. Cit., p. 480 y ss. En Chile, indica PUGA, la visión de la sociedad anónima apunta a satisfacer mayormente los intereses de los shareholders o inversionistas y no la de los stakeholders (denominación de la doctrina anglosajona que

social como incremento de ganancia o lucro para la sociedad significa una exigencia mayor para el administrador, ya que su deber no abarca solamente conservar el patrimonio, sino que acrecentarlo, asunto que no ocurre con la posición de otros administradores, como lo sería un guardador.<sup>251</sup>

El interés social, así entendido, es distinto al concepto de objeto social, el cual consiste en el medio o instrumento para alcanzar el interés social, es decir, la actividad que los socios han estipulado realizar para obtener lucro.<sup>252</sup>

### *iii) Deberes de diligencia o cuidado*

El deber de diligencia o cuidado es aquel que se contempla en el artículo 41 de la L.S.A. indicando que *“Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables.”*<sup>253</sup>

Respecto de este deber, hay que precisar algunas características de especial importancia. La primera de ellas es que el deber de diligencia es una obligación de medios y no de resultados, es decir, que el deber a que se sujeta el obligado no se infringe por no lograr un determinado objetivo o resultado, sino que consiste en actuar de una manera diligente y prudente para alcanzar el resultado esperado.<sup>254</sup> Así, un director no se hace responsable de los

---

aglutina intereses diversos). PUELMA ACCORSI, Álvaro. Ob. Cit., p. 617 y ss. Dicha conclusión se sustenta a nivel normativo en el carácter orgánico del directorio, el inciso final del artículo 39 y la referencia al interés social en el artículo 42 de la L.S.A.

<sup>251</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 119. PARDOW, potestades..., p. 109.

<sup>252</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 59 y ss.

<sup>253</sup> CAREY, Ob. Cit., p.141, PUGA, Ob. Cit., p. 486. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 144

<sup>254</sup> CAREY, Ob. Cit., p.143 y ss. PUGA, Ob. Cit., p. 486. BARROS BOURIE. Ob. Cit., p. 832. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p.124. ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. Sexta edición. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2014, Tomo I, pp. 209 y ss.; Tomo II p.

perjuicios ocasionados por una decisión que ha sido tomada empleando la diligencia exigible.<sup>255</sup> Ahora bien, no todas las actividades de los administradores se pueden clasificar como obligaciones de medios, sino que solo aquellas que se encuentran dentro de su ámbito de discrecionalidad, mas no aquellas referentes al procedimiento de toma de decisiones.<sup>256</sup> Por ejemplo, no sería correcto indicar que es deber de un director realizar solamente los esfuerzos razonables para asistir a una sesión del directorio o de informarse de sus negocios.

En segundo lugar, el estándar exigible respecto del deber de cuidado o de diligencia corresponde a la culpa leve.<sup>257</sup> Sin embargo, como mencionamos en el capítulo anterior, en el ámbito penal, es necesario que la infracción del deber sea de una gravedad mayor.

Por último, es necesario mencionar que el deber de diligencia se refiere, sobre todo, al procedimiento o la manera en que se han tomado las decisiones y no al mérito de estas.<sup>258</sup>

Los actos que constituyen infracción al deber de cuidado incluyen desde luego aquellos ilegales, entendiéndose por ilegal cualquier acto que viole alguna norma legal o de rango inferior. También debe considerarse como actos que infringen el deber de cuidado aquellos que atentan contra las normas estatutarias, como lo sería no ceñirse en sus actuaciones, por el objeto social;<sup>259</sup> y también aquellos incumplimientos a la ejecución de los acuerdos de la junta

---

918. El autor indica que esta responsabilidad es propia de la labor profesional, la que se evidencia en cierta medida en la norma del artículo 2158 del código civil a propósito del mandato.

<sup>255</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 124

<sup>256</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 124

<sup>257</sup> BARROS BOURIE. Ob. Cit., p. 829. LYON PUELMA. Personas... Ob. Cit., p. 154. Pérez. El deber de diligencia de los administradores de sociedades, 2000, p. 275 y ss. En; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p.138. La diligencia es un término con muchas acepciones, como fuente normativa, como elemento integrador de obligaciones y como medida al cuidado exigible. Aquí se hace referencia a la última acepción. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 119. La valoración de la culpa de un director se realiza en abstracto, conforme al criterio del *buen padre de familia*.

<sup>258</sup> BARROS BOURIE. Ob. Cit., p. 831.

<sup>259</sup> CAREY, Ob. Cit., p.157 y ss.

de accionistas.<sup>260</sup> En relación al cumplimiento de las exigencias legales, el artículo 106 de la L.S.A. establece una presunción de culpabilidad en materia de responsabilidad civil respecto de los directores y el gerente si la sociedad ha sido disuelta por sentencia judicial ejecutoriada o, si ha sido revocada mediante resolución fundada la autorización de existencia -tratándose de sociedades anónimas especiales-.

Ahora bien, la concretización del deber de cuidado viene dada legalmente por el artículo 78 del Reglamento de la L.S.A. que en define o determina la gestión de los negocios y de la sociedad.<sup>261</sup> Dicha norma dispone que:

*“El deber de cuidado y diligencia de los directores incluye, pero no está limitado a, efectuar con el esfuerzo y atención que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, las \_ para seguir de forma regular y pronunciarse respecto de las cuestiones que plantea la administración de la sociedad, recabando la información suficiente para ello, con la colaboración o asistencia que consideren conveniente. Salvo que no fuere posible atendido que el directorio hubiere sesionado de urgencia, cada director deberá ser informado plena y documentadamente de la marcha de la sociedad por parte del gerente general o el que haga sus veces. Dicho derecho a ser informado puede ser ejercido en cualquier tiempo y, en especial, en forma previa a la sesión de directorio respecto de la información y antecedentes necesarios para deliberar y adoptar los acuerdos sometidos a su pronunciamiento en la sesión respectiva. El ejercicio del derecho de ser informado por parte del director es indelegable.*

*El deber de cuidado y diligencia de los directores los obliga a participar activamente en el directorio y comités, en su caso, asistiendo a las sesiones, instando que el directorio se reúna cuando lo estime pertinente, exigiendo*

---

<sup>260</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p.142. PUGA, Ob. Cit., p. 487 LYON PUELMA. Personas... Ob. Cit., p. 151. El directorio debe cumplir y hacer cumplir los acuerdos de la junta de accionistas siempre y cuando estos no contravengan la ley o los estatutos sociales pues en tal evento el directorio debe oponerse a tal acuerdo, de no hacerlo acarrearía responsabilidad por infringir los estatutos o la ley.

<sup>261</sup> BARROS BOURIE. Ob. Cit., p. 833.

*que se incluya en la orden del día aquellas materias que considere convenientes, de acuerdo con la ley y los estatutos sociales, y a oponerse a los acuerdos ilegales o que no beneficien el interés de la sociedad de la cual es director.”*

En primer lugar, los directores deben concurrir a las sesiones del directorio.<sup>262</sup> Debemos recordar que según el artículo 81 del Reglamento de la L.S.A., el directorio debe sesionar al menos una vez al mes tratándose de sociedades anónimas abiertas; si la sociedad es cerrada, entonces se debe atenerse a lo que indique el estatuto y si nada dice, también deberán sesionar según la norma de las sociedades anónimas abiertas. Relacionado con la concurrencia a las sesiones del directorio, los directores de las sociedades anónimas tienen el deber de votar oponiéndose a los acuerdos ilegales o contrarios al beneficio de la sociedad.<sup>263</sup> Según el artículo 48 de la L.S.A. la constatación de la oposición de un director en el acta de la sesión lo libra de responsabilidad por la decisión adoptada en dicha sesión. Para un voto informado los directores además deben procurar recabar la información necesaria para adoptar una correcta decisión.<sup>264</sup> Este deber de informarse no se presenta solamente como concretización de una diligencia propia de un administrador, sino que como un derecho de todo director. El artículo 39 inciso 2° de la L.S.A. prescribe que *“Cada director tiene derecho a ser informado plena y documentadamente y en cualquier tiempo, por el gerente o el que haga sus veces, de todo lo relacionado con la marcha de la empresa. Este derecho debe ser ejercido de manera de no afectar la gestión social.”* Sin embargo, esto no implica que un director pueda excusarse de haber votado por una mala decisión arguyendo que no fue informado de la marcha de los negocios. La información no solo es aquella relevante para la fiscalización de esta, sino también aquella pertinente para una acertada política empresarial, como sería el devenir de los

---

<sup>262</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 145 y ss. BARROS BOURIE. Ob. Cit., p. 834

<sup>263</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 148

<sup>264</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 491.

mercados, nuevas oportunidades, desempeño de la competencia etc.<sup>265</sup> Este deber pesa también sobre los directores de una matriz en relación con la filial.<sup>266</sup>

En segundo lugar, los directores de las sociedades anónimas tienen deberes que se desprenden de la delegación de facultades.<sup>267</sup> el artículo 40 inciso segundo de la L.S.A. indica que “*El directorio podrá delegar parte de sus facultades en los ejecutivos principales, gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o en una comisión de directores y, para objetos especialmente determinados, en otras personas.*”, relacionado con lo anterior, el artículo 49 nos señala “*Las sociedades anónimas tendrán uno o más gerentes designados por el directorio, el que les fijará sus atribuciones y deberes, pudiendo sustituirlos a su arbitrio.*” Por su lado, el Reglamento de la L.S.A. en los artículos 88 y 89 dispone que el directorio no solo debe nombrar un gerente, sino que también personas que lo sustituyan en caso de que esté ausente. Por lo que el directorio debe delegar atribuciones a personas con funciones ejecutivas, siéndole atribuible reproche por *culpa in eligendo* o *culpa in diligendo*, lo que no es más que culpa por el hecho propio.<sup>268</sup>

En tercer lugar, según el artículo 7 de la L.S.A. los directores tienen la responsabilidad de que los libros se lleven fielmente y acorde a las normas legales,<sup>269</sup> estableciendo el artículo 45 número 2 una presunción de culpabilidad en materia civil. Los libros que debe llevar la sociedad son en primer lugar los libros contables según el artículo 25 del Código de Comercio, cuyos asientos, conforme al artículo 73 del Reglamento de la L.S.A. deben ser permanentemente registrado y llevados conforme a las normas legales y a los principios

---

<sup>265</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 492

<sup>266</sup> PUELMA ACCORSI, Ob. Cit., p. 605 y ss

<sup>267</sup> BARROS BOURIE. Ob. Cit., p. 834. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 148-149.

<sup>268</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Primera edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2003, pp. 231 y ss.

<sup>269</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., pp. 157 y ss. BARROS BOURIE. Ob. Cit., p. 833. PUGA, Ob. Cit., p. 554

contables generalmente aceptados.<sup>270</sup> Además, la sociedad lleva registros acerca de su propia actividad, como son el Libro de Actas de las sesiones del directorio (artículo 48 de la L.S.A.), el registro de actas de la junta de accionistas (artículo 72 L.S.A.), registro público indicando los presidentes, directores, gerentes, ejecutivos principales o liquidadores (artículo 135 L.S.A.) y el registro de accionistas (artículo 7 del Reglamento de la L.S.A.). Por último, la sociedad también debe llevar un libro de remuneraciones según el artículo 62 del Código del Trabajo.

Ahora bien, lo más complejo al evaluar el deber de diligencia es, sin duda la discrecionalidad sobre las decisiones de los negocios. Como hemos indicado, el directorio es el órgano administrativo superior de la sociedad anónima, encargándose de la política de negocios para dirigirla.

El lucro, como fin de la sociedad trae consigo un riesgo o de incertidumbre, factor a considerar al momento de realizar un juicio sobre su conducta.<sup>271</sup> Sin embargo, el directorio no puede negarse a cumplir sus funciones excusándose en el riesgo del negocio. Todo negocio implica un riesgo y no por ello se es más diligente cuando el negocio implica un bajo riesgo o menos diligente si existe un riesgo muy alto.<sup>272</sup>

El riesgo aceptable ha de medirse conforme a las pérdidas proyectadas, las ganancias esperadas, el patrimonio de la sociedad y su giro. Así, las pérdidas deben ser tales que no pueden comprometer la continuidad del negocio en el giro, y las ganancias esperables son inversamente proporcionales a la posibilidad de obtenerlas. Por lo demás, el giro social entre

---

<sup>270</sup> Una contabilidad no fidedigna puede deberse al ocultamiento de la apertura de *cajas b* con fines ilícitos. Al respecto PASTOR; COCA. El delito de administración desleal... Ob. Cit., pp.196 y ss.

<sup>271</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p.119

<sup>272</sup> LYON PUELMA. Personas... Ob. Cit., p. 154

más riesgoso sea, más posibilidades tiene el directorio de incurrir en ellos.<sup>273</sup> El riesgo inherente al giro social está implícitamente autorizado.<sup>274275</sup>

La complejidad de los negocios y la división entre patrimonio y administración conlleva a la profesionalización de la labor del director.<sup>276</sup> Por lo mismo, resulta dificultoso el juicio ex post que realizan los tribunales para definir si una decisión de negocios es o no razonable ya que carecen de los conocimientos y experiencia en la gestión de los negocios.<sup>277</sup> A raíz de esta circunstancia y del carácter abierto del estándar de diligencia o del deber de cuidado es que en el derecho estadounidense se ha desarrollado la teoría de *Business Judgment Rule*.<sup>278</sup>

La doctrina de *Business Judgment Rule* implica una suerte de presunción sobre las decisiones de los directores en el manejo de los negocios, de forma que dicha decisión es razonable; siempre que han seguido los procedimientos adecuados para la toma de dicha decisión, que se haya tomado informadamente, que el director no tenga intereses personales

---

<sup>273</sup> Ídem.

<sup>274</sup> PARDOW LORENZO, Diego. Responsabilidad Civil de los Directores de Sociedades Anónimas. Memoria de para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007, p. 51. Al respecto se revisó *supra* §II.1. b., como el objeto social configura el riesgo permitido.

<sup>275</sup> Según María Fernanda VÁSQUEZ “no existe una *lex artis* que sirva para integrar el modelo de conducta del empresario, la propia naturaleza de la actividad empresarial exige innovación y asunción de riesgos, no obstante ello, podrán imputarse a los administradores las consecuencias de haber cometido graves errores de los que pueda deducirse la infracción del deber de diligencia (por ej. La realización de operaciones alejadas de los precios del mercado, la enajenación de los activos para el desarrollo del objeto social, la inversión de fondos en operaciones sumamente arriesgadas o especulativas de alto riesgo, no reclamar créditos a favor de la sociedad, etc.)”. VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. Gobiernos corporativos y deberes de los administradores de las sociedades anónimas: cuestiones actuales (desde la ley N° 20.382) y reformas pendientes. Cuadernos de extensión jurídica (u. de los andes), N° 22, 2012, pp. 191.

<sup>276</sup> CLARK. Corporate law, 1986, p. 23. En: PUGA, Ob. Cit., p. 94. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., pp.123.

<sup>277</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 123. BARROS BOURIE. Ob. Cit., pp. 830-831.

<sup>278</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 125

sobre dicha decisión y que crea de forma racional que beneficia a la sociedad.<sup>279</sup> Así, la regla impide la revisión de la decisión por parte de los tribunales.<sup>280</sup>

Para la aplicación de esta regla se requiere que la decisión sea referente a los negocios, que no exista un interés personal en la decisión adoptada, que haya un esfuerzo razonable para informarse de forma oportuna y suficiente para una decisión adecuada, y que se tenga la convicción que de dicha decisión está conforme al mejor beneficio para la sociedad. Estos requisitos deben operar de forma conjunta.<sup>281</sup>

Se ha planteado que es posible desprender la regla que propone la doctrina de *Business Judgment Rule* de distintas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, en especial de aquella dispuesta en el artículo 41 de la ley de sociedades anónimas.<sup>282</sup>

#### *iv) Deber de lealtad y conflictos de interés*

El deber de lealtad de un director se trata de una obligación de amplio desarrollo doctrinario comparado, y que se encuentra implícito en muchas disposiciones de nuestra L.S.A.<sup>283</sup> Conforme con este deber, cada director debe conducirse en tales términos que “subordine sus intereses personales o de personas relacionadas a él a los intereses de la sociedad”.<sup>284</sup> En general, se ha entendido que este deber se traduce en una “escrupulosa observancia de la norma de proteger los intereses de la sociedad y de abstenerse de toda acción

---

<sup>279</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., pp. 127 y 132 NIETO MARTÍN, Adán y FOFFANI. Luigi. Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo. En: *Revista Penal*. (17): 2006, p. 128

<sup>280</sup> NIETO MARTÍN, Adán y FOFFANI. Luigi. Corporate Governance... Ob. Cit., p.128. Para el autor, esta regla tiene el mismo efecto que el requisito de gravedad en la infracción del deber, por lo que la concurrencia para ambos puede culminar en restricciones excesivas para determinar la responsabilidad penal.

<sup>281</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 133 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Crisis financiera y retribución de directivos ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal? En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2009, p. 25.

<sup>282</sup> CAREY, Ob. Cit., p. 143

<sup>283</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 446 y ss.

<sup>284</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 458.

que pueda perjudicarla”<sup>285</sup> y, en la práctica, se ha dicho que este deber se manifiesta “en aquellos casos en que contractualmente o de cualquier forma surja un conflicto entre los intereses personales y los societarios”, en cuyo supuesto “el administrador debe decidirse por los intereses de la sociedad a la que representa, anteponiéndolos a los propios”.<sup>286</sup>

El deber de lealtad en el ámbito de las relaciones fiduciarias cobra mayor importancia para nuestro objeto de estudio si tenemos en consideración que se trata de obligaciones impuestas al titular de la potestad de administración del patrimonio ajeno, por la gran esfera de atribuciones que tiene sobre este. En efecto, además de realizar su gestión de la manera más prudente posible rindiendo cuenta de ello, el administrador debe ejecutar su cargo con la finalidad de satisfacer el interés del dueño del patrimonio administrado.

Ante esto, la doctrina ha destacado que el elemento característico de las infracciones de deberes de lealtad consiste, precisamente, en la existencia de “desviación de fines”, lo cual se produce usualmente en casos de conflictos de interés.<sup>287</sup> Se señala a este respecto, que el contenido del deber de lealtad será primariamente evitar los conflictos, exigiéndose cierto sentido altruista en el desempeño del cargo en tanto precisa que, frente a intereses incompatibles, el administrador privilegie el interés del dueño del patrimonio, a costa del interés propio.<sup>288</sup>

En el ámbito societario, los conflictos de interés han sido definidos por la doctrina como aquellos “conflictos actuales y potenciales de intereses en que pueden surgir en transacciones que la sociedad anónima lleve a efecto con un director o con personas relacionadas con el director”.<sup>289</sup> Los conflictos de interés se caracterizan porque en ellos concurren tres elementos esenciales, a saber: supone la existencia de dos o más intereses

---

<sup>285</sup> CAREY, Ob. Cit., p. 145.

<sup>286</sup> ALCALDE, Ob. Cit., p. 161.

<sup>287</sup> Ídem.

<sup>288</sup> Ídem.

<sup>289</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 446; p. 539 y ss. El autor agrega que es necesario que el acto en cuestión sea de la competencia del directorio.

legítimos o susceptibles de protección jurídica y de naturaleza pecuniaria; que ambos intereses estén confrontados o en conflicto, lo que significa que la satisfacción de uno implica el menoscabo del otro; y, por último, supone la existencia de un perjuicio para el interés social.<sup>290</sup>

La regulación legal de esta materia se encuentra en los artículos 42 y 44 de la L.S.A. y en el Título XVI de la misma. El primero de estos artículos establece cánones de conducta a los directores respecto de sus actuaciones personales, en cambio, el artículo 44, establece los requisitos imperativos aplicables a la sociedad que los directores tienen la obligación de cautelar, en las actuaciones de la sociedad misma para el caso de las sociedades anónimas cerradas.<sup>291</sup> Por su parte, los artículos 146 a 149 de la L.S.A., contenidos en el Título XVI, establecen el régimen aplicable a los casos de conflicto de interés en sociedades anónimas abiertas y sus filiales.

Los conflictos de interés en las sociedades anónimas abiertas se producirán en aquellos casos en que ocurran operaciones con partes relacionadas en que deba intervenir la sociedad. Así, el artículo 146 de la L.S.A. establece las personas que deberán ser consideradas partes relacionadas a la sociedad destacando el “director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador de una sociedad, por sí o en representación de personas distintas de la sociedad, o sus respectivos cónyuges o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad inclusive”.<sup>292</sup> De este modo, si bien la presencia de intereses en conflicto es lícita e inherente a cualquier contrato, en estas hipótesis de autocontrato (el director en representación suya y de la sociedad),<sup>293</sup> los intereses en conflicto no se organizarán en atención a la finalidad

---

<sup>290</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, La Sociedad Anónima... Ob. Cit., pp. 106-107. y ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., pp. 165 y 166.

<sup>291</sup> Un desarrollo pormenorizado de estas normas lo encontramos en CAREY, Ob. Cit., p. 147 y ss. También en PUGA, Ob. Cit., p. 541 y ss.

<sup>292</sup> Artículo 146 n°2) de la L.S.A.

<sup>293</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., pp.168 y ss. LYON PUELMA. Personas... Ob. Cit., pp. 227 y ss. Acerca de la figura del autocontrato y su relación con los conflictos de interés se puede ver en FIGUEROA YAÑEZ... Ob. Cit., pp. 180 y ss.

económica perseguida por las partes, sino en atención a la sola voluntad del director.<sup>294</sup> En efecto, si se tienen en consideración que en todo contrato las ganancias se obtienen a costa de la contraparte, cuando el director organiza un autocontrato en función de su propio interés, deberá necesariamente sacrificar el patrimonio de la sociedad.<sup>295</sup> Es por esto que la ley presume que existe un interés incompatible en los actos que celebre la compañía con personas relacionadas, directores y gerentes.<sup>296</sup>

Sin embargo, en lugar de prohibirlos, la ley ha establecido un complejo procedimiento a partir del cual se asegura de que el interés de la sociedad está siendo debidamente tutelado. En efecto, el procedimiento incluye obligaciones de informar, la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros del directorio y, adicionalmente, que estas operaciones “tengan por objeto contribuir al interés social [y] se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellos que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación”.<sup>297</sup>

Además de la hipótesis de autocontrato como forma paradigmática de conflicto de interés, la doctrina expone otras situaciones que implican una recta conducta conforme al deber de lealtad. En concreto, estas hipótesis, en lo que nos interesa, son: los actos de enajenación o disposición por parte de los directores sobre las acciones de la sociedad que administran; el uso de bienes sociales para fines ajenos al interés social; el uso de información privilegiada; y el aprovechamiento de oportunidades de negocio.<sup>298</sup>

Sobre la primera hipótesis, esto es, la enajenación o adquisición por parte de los directores, de las acciones de las sociedades que ellos administran; no es una situación de

---

<sup>294</sup> PARDOW. La parábola... Ob. Cit., p. 570.

<sup>295</sup> Ídem.

<sup>296</sup> Ídem, p. 571.

<sup>297</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 541. También en PARDOW. La parábola... Ob. Cit., p. 572 y ss. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., pp. 173 y ss. BARROS BOURIE. Ob. Cit., pp. 834 y ss.

<sup>298</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., pp. 167 y ss.; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, La Sociedad Anónima... Ob. Cit., pp. 110 y ss. También BARROS BOURIE. Ob. Cit., pp. 849 y ss.

conflicto de interés sino cuando dicha operación se ha realizado utilizando información privilegiada.<sup>299</sup>

La hipótesis del uso de bienes sociales para fines ajenos al interés social se encuentra en el número 5 del artículo 42 de la L.S.A. que indica lo siguiente *“Los directores no podrán: 5) Tomar en préstamo dinero o bienes de la sociedad o usar en provecho propio, de sus parientes, representados o sociedades a que se refiere el inciso segundo del artículo 44, los bienes, servicios o créditos de la sociedad, sin previa autorización del directorio otorgada en conformidad a la ley.”* Esta disposición constituye un imperativo de realizar el procedimiento para aprobar operaciones con personas relacionadas siempre y cuando se materialice en un acto o contrato.<sup>300</sup>

Acerca del uso de información privilegiada, el artículo 165 de la ley de Mercado de Valores prescribe lo siguiente: *“Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación con el respectivo emisor de valores o con las personas señaladas en el artículo siguiente, posea información privilegiada, deberá guardar reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir o enajenar, para sí o para terceros, directamente o a través de otras personas los valores sobre los cuales posea información privilegiada.”* La represión del uso de la información privilegiada tiene como fin evitar el abuso por las asimetrías de información, con el objetivo de mantener el atractivo de inversión.<sup>301</sup>

La doctrina ha indicado que los sujetos obligados se identifican mediante un criterio subjetivo, en cuanto la ley exige un vínculo o relación con la sociedad emisora de los valores.<sup>302</sup> En este

---

<sup>299</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 168.

<sup>300</sup> PUGA, Ob. Cit., pp. 538 y 539.; BARROS BOURIE. Ob. Cit., p. 850.

<sup>301</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 511. En un sentido semejante lo expone Sandoval, aunque agregando que también se protegería el cumplimiento de los deberes fiduciarios y la buena fe. SANDOVAL LÓPEZ. Ob. Cit., p. 195.

<sup>302</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 194 y ss. Para el autor, dicho deber, no se extendería a terceros a los cuales llegase esta información ni tampoco a quienes generan la información. PUGA, Ob. Cit., p. 523. No comparte la opinión de que quien genera la información no está

sentido, -y para lo que interesa en este trabajo- los directores de las sociedades anónimas en vista de su relación fiduciaria con la emisora de valores se encontrarían en esta situación.<sup>303</sup>

Por información privilegiada debemos entender lo que nos indica el artículo 164 de la misma ley, el cual indica:

*“Para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley.*

*También se entenderá por información privilegiada, la que se posee sobre decisiones de adquisición, enajenación y aceptación o rechazo de ofertas específicas de un inversionista institucional en el mercado de valores.”.*

De la norma en cuestión se desprende que la información adquiere el carácter de privilegiada en virtud de tres factores, a saber: que la información sea interna de la emisora o de un inversionista institucional; que la información sea apta para afectar el valor de los títulos y; por último, que la información no haya sido divulgada al mercado.<sup>304</sup>

Tratándose del aprovechamiento de oportunidades de negocio, se indica que, “la información que posee un director en razón de su cargo no puede ser utilizada por él en

---

cubierto por la norma, pero reafirma el que terceros que han recibido la información no están sujetos a esta prohibición.

<sup>303</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 194. La regla del artículo 166 de la ley de Mercado de Valores, establece supuestos en los cuales se presume que una persona tiene acceso a información privilegiada. En todas las hipótesis se vislumbra o está presente una relación de fiduciaria o de confianza. Es más, el artículo 166 letra a) indica lo siguiente: *“Se presume que poseen información privilegiada las siguientes personas: a) Los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales y liquidadores del emisor o del inversionista institucional, en su caso.”.*

<sup>304</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 513 y ss. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 200 y ss. Alcalde indica que la excepción comprendida en el artículo 43 de la L.S.A. referente al deber de reserva sería aplicable respecto de la información privilegiada, en cuanto esta norma se referiría al deber de no divulgar información privilegiada. Por lo tanto, es deber divulgar información privilegiada cuando lesionara el interés social.

ventaja de sí mismo o de terceros relacionados y en perjuicio de la sociedad”<sup>305</sup> el artículo 42 número 6 y 7 de la L.S.A. que nos indica que “*Los directores no podrán: (...) 6) Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo, y 7) En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social...*” por otro lado, el artículo 148 de la L.S.A. prescribe “*Ningún director, gerente, administrador, ejecutivo principal, liquidador, controlador, ni sus personas relacionadas, podrá aprovechar para sí las oportunidades comerciales de la sociedad de que hubiese tenido conocimiento en su calidad de tal. Se entenderá por oportunidad comercial todo plan, proyecto, oportunidad u oferta exclusiva dirigida a la sociedad, para desarrollar una actividad lucrativa en el ámbito de su giro o uno complementario a él.*”.

Al respecto, la doctrina ha indicado que para que se configure un aprovechamiento de oportunidades de negocio, es necesaria la concurrencia de 3 condiciones, a saber: que la oportunidad de negocio esté dentro del giro u objeto social de la sociedad, que la oportunidad haya sido conocida por el director debido a su cargo como tal; y, por último, que el director haga uso de tal oportunidad causando perjuicio a la sociedad.<sup>306</sup>

#### *iv) Deberes de información*

El artículo 46 de la L.S.A. dispone “*El directorio deberá proporcionar a los accionistas y al público, las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley y, en su caso, la Superintendencia determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad.*” Por lo que la sociedad no debe otorgar más información de la que

---

<sup>305</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 505-506. En un sentido semejante ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 178.

<sup>306</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 183- 184. PUGA, Ob. Cit., p. 505 y ss. Para Puga, sin embargo, la prohibición no solo se extiende a negocios comprendidos dentro del giro social, sino que también cualquier negocio en que la sociedad pueda hacer y signifique un beneficio para ella. En un sentido semejante también lo expresa Barros. BARROS BOURIE. Ob. Cit., pp. 850 y ss.

esta explícitamente obligada por la ley o por la autoridad administrativa.<sup>307</sup> La mayoría de estos deberes de información -a diferencia con lo que ocurre con el deber de cada director de informarse de los negocios- es de todo el directorio y no de cada director en particular.

v) *Deber de guardar reserva.*

El deber de reserva recae en cada director en particular, mas no sobre el órgano<sup>308</sup> y se expresa en el artículo 43 de la L.S.A., que indica: *“Los directores están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso en razón de su cargo y que no haya sido divulgada oficialmente por la compañía. En el caso de las sociedades anónimas abiertas, se entenderá que se ha producido dicha divulgación cuando la información se haya dado a conocer mediante los sistemas de información al mercado previstos por la Superintendencia, de acuerdo al artículo 10 de la ley N° 18.045, o bajo otra modalidad compatible con lo dispuesto en el artículo 46.”* Agrega luego el artículo que *“No regirá esta obligación cuando la reserva lesione el interés social o se refiera a hechos u omisiones constitutivas de infracción de los estatutos sociales, de las leyes o de la normativa dictada por la Superintendencia en el ejercicio de sus atribuciones.”*

Además, según el artículo 46 de la L.S.A. le encarga al directorio adoptar las medidas necesarias para que la información que debe entregarse a los accionistas, a la autoridad administrativa y al público, no sea divulgada antes de que sea puesta a disposición a los destinatarios señalados.<sup>309</sup>

Entonces, para determinar la procedencia del deber de reserva hay que atender al interés social, es decir, si la divulgación genera un perjuicio para el interés social, existe un deber de reserva; pero, por el contrario, si la reserva lesiona de cualquier manera el interés

---

<sup>307</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 494.

<sup>308</sup> PUGA, Ob. Cit., p. 504.

<sup>309</sup> Sin perjuicio de que el artículo 80 del Reglamento de Sociedades Anónimas permite develar la información a terceros, para la correcta interpretación y análisis de la información y un cabal cumplimiento del deber de diligencia, siempre y cuando pese sobre estos terceros un deber legal o contractual de confidencialidad.

social (por la aplicación de sanciones administrativas, por ejemplo), se genera un deber de divulgación de dicha información.<sup>310</sup>

### **III.3.b Deberes de tutela patrimonial de los directores**

Tal como ya expresamos, la doctrina más reciente en materia comercial de nuestro país es conteste en describir la naturaleza de las obligaciones de un director para con la sociedad como una de tipo extracontractual.<sup>311</sup> Es decir, a menos que se establezcan normas especialísimas en la materia en virtud del principio de autonomía de la voluntad -y que estas no se encuentren prohibidas por las leyes-, los deberes que emanan de la relación societaria con cada director no provienen de un acto o contrato, simplemente porque no lo necesitan. La ley es sumamente precisa y certera al establecer los deberes y parámetros de diligencia de la actuación de los directores, tanto así, que eliminó la necesidad de escriturar extensos contratos en los que se positivizaran tales deberes fiduciarios. Más aun, vimos que aquella esfera no desarrollada particularmente (aunque sí de manera implícita) por la ley, es profusamente perfeccionada por la doctrina nacional, inspirada en la costumbre mercantil y el derecho comercial de sistemas jurídicos comparados.

De esta manera, enunciados ya los principales deberes fiduciarios que pesan sobre los directores de las sociedades anónimas, es momento de preguntarnos si, de acuerdo con los cánones doctrinarios comparados en materia penal, estos podrían ser susceptibles de ser calificados como deberes de tutela patrimonial relevantes típicamente para el delito de administración desleal.

#### *i) Deberes de los directores que constituyen deberes de tutela patrimonial*

---

<sup>310</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los directores... Ob. Cit., p. 196. PUGA, Ob. Cit., p. 505. Adicionalmente, el artículo 54 de la L.S.A., el artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores y el artículo 135 del reglamento permiten al directorio decidir, por sus tres cuartas partes, el carácter reservado de cierta información o ciertos documentos.

<sup>311</sup> Ver *supra* §III.2.

Como ya expusimos *supra* (§II.3.), no cualquier infracción de deber de un director será típica respecto del delito de administración desleal. Al respecto, mostramos los criterios doctrinarios contruidos como *graves indicios* de la existencia de un poder real de disposición autónoma del patrimonio ajeno, en virtud de una obligación principal y una relación duradera.

Conforme a los criterios antes descritos, la obligación del administrador debe constituirse como una obligación principal y duradera, nunca en una accesoría. Pues bien, la L.S.A. regula la actuación de los directores en su título IV, “De la administración de la Sociedad” poniendo en evidencia que, de conformidad a la conceptualización hecha por los autores, el directorio es un órgano cuya función es, primordialmente, realizar todos los actos de administración ordinaria y extraordinaria de la sociedad.<sup>312</sup> Lo anterior da certeza respecto de que la ley regula los deberes del director como obligaciones principales derivadas de su rol para con la sociedad, con la pretensión de que la relación que los vincula con ella sea duradera, para efectos de alcanzar los objetivos económicos de la compañía.

Adicionalmente, se ha indicado que es necesario que la gestión jurídico-negocial encomendada al administrador sea sobre el patrimonio ajeno, en interés de su titular. Esto se cumpliría a cabalidad en cada uno de los deberes antes expuestos, excluyendo solamente aquellas gestiones inidóneas para tutelar el patrimonio.

No obstante lo anterior, debemos hacer presente que la idoneidad de la gestión como una jurídico-negocial debe ser apreciada conforme a las características del caso concreto. Así, por ejemplo, no todos los deberes de información son parte del deber de tutela patrimonial, sino solo aquellos relacionados con el procedimiento de aprobación para operaciones con personas relacionadas. Por el contrario, los demás deberes de información -incluso aquellos relacionados con la rendición de cuentas por los directores-, si bien no constituyen parte del

---

<sup>312</sup> Ídem.

deber de tutela patrimonial, su infracción es relevante, pues de ella se pueden derivar sanciones que afecten a la sociedad y su patrimonio.<sup>313</sup>

Respecto del deber de lealtad, debemos hacer la advertencia de que, si bien constituye parte del deber de tutela patrimonial, no todas las hipótesis nombradas serán susceptibles de configurar la conducta típica del delito de administración desleal. En efecto, solo el conflicto de interés que se materialice como un acto o contrato, sea como autocontrato o una operación con una persona relacionada podrá ser castigado como administración desleal, mientras que las hipótesis de enajenación o adquisición de acciones, uso indebido de bienes sociales, desarrollo de negocios y el uso de información indebida, no pueden ser castigados bajo este delito porque su consecución es producto de un aprovechamiento factico de la posición privilegiada del director, mas no conductas que supongan un ejercicio sus facultades como administrador.<sup>314</sup>

Por último, debemos señalar que, tal como se ha planteado en diversas partes de este trabajo,<sup>315</sup> es esencial que el administrador posea la autonomía necesaria en el ejercicio de su gestión sobre el patrimonio ajeno. De este modo, no será un deber de tutela patrimonial aquel deber fiduciario que pese sobre gerentes o mandatarios del directorio, sin la explícita referencia a la autonomía en el desenvolvimiento de sus funciones. Lo mismo deberá analizarse de manera casuística respecto de aquellas actuaciones que los directores deben efectuar de consuno, de modo que ningún director pueda actuar de manera particular, sin la actuación del resto de los miembros del directorio.

A este respecto se ha planteado en la doctrina alemana si ha de ser un requisito para constituir un delito de administración desleal que la conducta no haya recaído sobre la

---

<sup>313</sup> PASTOR, Nuria; COCA, Ivó. ¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?... Ob. Cit., pp. 13 y ss. PASTOR; COCA. El delito de administración desleal... Ob. Cit., pp. 233 y ss.

<sup>314</sup> Al respecto ver PASTOR; COCA. El delito de administración desleal... Ob. Cit., pp.119 y ss.

<sup>315</sup> Ver *supra* §II.2., respecto de las teorías que surgen para definir el alcance de los deberes de tutela patrimonial en el subtipo de abuso y el subtipo de infidelidad. Ver también, *supra* §II.3. sobre las características del deber de tutela patrimonial.

celebración actos jurídicos nulos o anulables. De acuerdo con Pastor y Coca, la posibilidad de anular el acto o contrato que ha causado perjuicio a la sociedad no posibilita desconocer el injusto realizado. En efecto, dichos autores dicen que “aunque dicha conducta de terceros [anular el contrato], «beneficie» al titular del patrimonio, sus efectos positivos no pueden ser imputados al autor del delito de administración desleal y, por ello, tampoco sirven para «compensar» el perjuicio generado”.<sup>316</sup>

*ii) Deberes de los directores que -a priori-, no constituyen deberes de tutela patrimonial*

Sabemos que para que existan deberes de tutela patrimonial es necesario que ellos surjan de una obligación principal, dentro de la gestión jurídico comercial sobre el patrimonio ajeno en interés de su titular, que exista autonomía en la gestión y una relación duradera.

Todos los deberes antes revisados cumplen requisitos de autonomía y durabilidad de la relación que los vincula para con la sociedad. Sin embargo, distinta será la situación de deberes cuya accesoria les hace inaplicable el tipo de administración desleal o respecto de los cuales derechamente se cuestione el contenido patrimonial de la obligación.

Respecto de los deberes de diligencia podemos llegar a cuestionarnos si los deberes de información que recaen sobre los directores son susceptibles de calificarse como obligaciones principales o bien, surgen precisamente en virtud de un deber principal de administrar fielmente la sociedad. En efecto, deberes de custodia y publicidad (art. 7 LSA), el deber de proporcionar a los accionistas y al público las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley y, en su caso, la Superintendencia determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad (art. 46 LSA) o, el deber de hacerse informar por el gerente (art. 39 inc. 2º LSA), no son obligaciones principales de cuyo incumplimiento derive directamente un perjuicio patrimonial.

---

<sup>316</sup> PASTOR; COCA. El delito de administración desleal... Ob. Cit., p. 127.

En un delito doloso como el de administración desleal se requiere más que la sola conducta negligente del administrador que no hace lo suficiente para informarse (e informar a terceros) de las posibles consecuencias perjudiciales de sus actuaciones o la situación financiera de la sociedad. No basta el incumplimiento de este deber pues, aun en el hecho delictivo, tal acción u omisión está encaminada a generar un perjuicio económico que vulnera deberes principales de diligencia y cuidado y, por tanto, jamás podrá ser considerada autónomamente para configurar un deber de tutela patrimonial cuya infracción, por si sola, ocasiona un perjuicio patrimonial sancionable por el delito de administración desleal.

Por el contrario, con otros deberes -aun cuando no cuestionamos la accesoriedad de la obligación- parece problemático determinar un contenido patrimonial inmediato en la obligación. En efecto, deberes de diligencia como el de ejercer funciones, adoptar decisiones sin delegar y de acuerdo al procedimiento establecido, siendo imparcial, respetando la ley interna de la sociedad y en resguardo del interés social, son deberes esenciales de los directores. Pero ¿puede la delegación de facultades o el incumplimiento de procedimientos para la toma de decisiones afectar directamente el patrimonio de la sociedad?

Con este tipo de deberes resulta imposible determinar a priori si resulta o no susceptibles de ser calificados como deberes de tutela patrimonial. El examen particular de cada caso determinará de qué forma la delegación de facultades permitió distraer fondos de la sociedad o cómo la omisión de procedimientos legales establecidos para velar por principios de transparencia y equidad, permitió ocultar actos en perjuicio del patrimonio de los socios y la sociedad.

Este mismo criterio casuístico deberá ser aplicado para deberes de lealtad como el de no hacer primar sus intereses particulares por sobre los de la sociedad (Título XVI De las operaciones con partes relacionadas LSA), no explotar la posición de administrador (art. 42 de la LSA) o el deber general de guardar reserva (art. 43 LSA).



## CONCLUSIONES

---

1. El delito de administración desleal, creado en virtud de la Ley N° 21.121, vino a salvar un vacío de punibilidad respecto de conductas particulares respecto de las cuales no eran aplicables tipos penales existentes en nuestra legislación nacional, como los delitos de apropiación indebida y estafa.

Adicionalmente, el delito en estudio presta especial interés en materia societaria en atención a la calificante que vuelve más gravosas las penas para los administradores de sociedades anónimas abiertas y especiales.

2. Sin perjuicio de la utilidad que resulta la inserción del nuevo tipo de administración desleal en nuestra legislación, su aplicación presenta una serie de cuestiones prácticas que deben ser discutidas por la doctrina para tener una comprensión acabada de la figura delictual. Así, por ejemplo, la conducta típica requiere la infracción de un deber de salvaguarda cuyo contenido es incierto desde el punto de vista penal.

De este modo, resulta fundamental para el adecuado estudio del delito de administración desleal comprender sus referentes en el derecho alemán y español. En este sentido, un análisis de los tipos penales en ambas legislaciones arroja similitudes sustanciales que les hacen aplicables gran parte de sus discusiones doctrinarias y jurisprudenciales.

3. Establecido lo anterior, nos avocamos al estudio pormenorizado del delito de administración desleal chileno apreciando, cabe destacar, que su bien jurídico protegido es exclusivamente el patrimonio, el sujeto pasivo quien ostente la titularidad del patrimonio y el sujeto activo la persona que esté obligada a salvaguardar o gestionar el patrimonio de otro.

Asimismo, pudimos analizar las dos modalidades comisivas que surgen de la conducta típica, a saber, lo que se ha denominado tipo de abuso y tipo de infidelidad. Respecto de su tipicidad subjetiva, revisamos que se trata de un tipo. doloso que admite el dolo eventual.

4. Revisados ya todos los aspectos relevantes del delito de administración desleal, nos dispusimos a la tarea de analizar el deber de tutela patrimonial respecto del cual -ya habíamos adelantado- existían dudas respecto de su naturaleza y contenido específico. Para ello, revisamos la principal doctrina y jurisprudencia surgida en Alemania sobre la materia, distinguiendo de ese modo sus atributos esenciales.

A la luz de la redacción del tipo penal chileno de administración desleal, son fuentes del deber de tutela patrimonial la ley, la orden de autoridad y el acto o contrato. Al respecto, hemos concluido que, *grosso modo*, podríamos establecer como deberes de tutela patrimonial aquellos que detentan los tutores y curadores (artículos 338 y siguientes del CC), los liquidadores concursales (artículos 35 y siguientes de la Ley N°20.720), los mandatarios (artículos 2.116 y siguientes del CC) y los directores de sociedades anónimas (artículos 31 y siguientes de la Ley N°18.046). Sin perjuicio de la consagración legal, nos preguntamos: ¿basta la existencia de estos deberes jurídicos extrapenales positivizados por la ley, una orden de la autoridad o un acto o contrato, para configurar deberes de tutela patrimonial idóneos para que su infracción constituya una conducta típica de administración desleal?

Al respecto, nos hacemos parte de aquella posición doctrinaria en virtud de la cual el deber extrapenal no basta, sino que es necesario un acto de asunción mediante el cual el administrador asume una posición de garantía. Asimismo, consideramos que es necesario tener a la vista requisitos adicionales para que exista una posición de garantía del sujeto activo respecto del patrimonio administrado. Sólo en virtud de este acto de asunción podríamos explicar por qué no todos los deberes jurídico-privados (civiles, comerciales, administrativos, etc.) son parte del deber de tutela del patrimonio administrado.

5. El criterio antes mencionado, corresponde a una más de las formas que la doctrina ha sugerido para evitar una amplitud tal del tipo penal, que incluya dentro de él la prisión por deudas e incumplimiento de obligaciones en el derecho privado.

Adicionalmente, PASTOR y COCA sugieren la posibilidad de aplicar una serie de criterios para establecer la idoneidad del deber de tutela patrimonial cuya infracción constituya la comisión de un delito de administración desleal.

Si bien estos criterios no se encuentran comprendidos exactamente en la descripción del tipo establecido por el legislador chileno, concluimos que son perfectamente aplicables en la tanto la doctrina alemana ha establecido que, pese a no ser esenciales en la definición de los deberes de tutela patrimonial, constituyen graves indicios de la existencia de un poder real de disposición del patrimonio ajeno.

En efecto, elementos como que (i) constituya la obligación principal de la relación jurídica en el autor y la víctima; (ii) que nazca en el contexto de una relación de gestión jurídico-negocial de un patrimonio ajeno; (iii) que este acompañado de un poder autónomo de administración sobre este; (iv) dentro de una relación jurídico negocial duradera entre el autor y la víctima; pueden ser claros indicios de que nos encontramos ante deberes de tutela patrimonial asumidos por el autor, idóneos para la comisión del delito de administración desleal en estudio.

6. Una vez analizadas las discusiones sobre las características del delito de administración desleal y, de forma más detallada, las diversas posturas y características relacionadas con el deber de tutela patrimonial, tanto en su variante de abuso como de infidelidad; nos abocamos al estudio de los deberes de los administradores de las sociedades anónimas cuya infracción, bajo la óptica del deber de tutela patrimonial, son relevantes para su punibilidad por la calificante del artículo 470 número 11 inciso tercero.

Para ello, comenzamos enunciando algunas consideraciones en torno a la figura calificada del delito de administración desleal en relación a su injusto, las circunstancias en que rige la calificante y algunas reflexiones sobre las penas asociadas al delito. Luego, tratamos el órgano administrativo de las sociedades anónimas, los directores y el gerente, determinando si son sujetos activos del delito. En último lugar, analizamos los distintos deberes que establece la ley respecto de los directores de las sociedades anónimas, efectuando

las concordancias necesarias con las nociones y características del deber de tutela patrimonial abordadas por la doctrina.

7. La calificante establecida en el artículo 479 N°11 inciso tercero del Código Penal da cuenta de la importancia que atribuye el legislador respecto del injusto perseguido por la figura calificada. Tal como puede desprenderse de la historia de la ley, su incorporación obedece al interés de proteger los patrimonios de los inversores de las sociedades anónimas que se mueven en el mercado de valores, en particular respecto de los accionistas minoritarios y aquellos que cotizan de forma obligatoria como es el caso de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

El Código contempla para la calificante dos penas copulativas, a saber, la pena privativa de libertad del artículo 467 aumentada en un grado y la inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero.

Si bien la primera de las penas no presenta gran inconveniente para su aplicación, la segunda sanción resulta dudosa en su redacción. A diferencia de lo que ocurre con sanción similar en la Ley de Mercado de Valores y la redacción original antes de la publicación de la ley N° 21.121, el texto vigente requiere de algún complemento que señale su duración.

Generalmente, al incorporar penas de esta manera, el legislador procura modificar el artículo 21 del Código Penal para su concretización, asunto que no ocurrió con esta sanción, por lo que es posible que esta norma presente problemas para ser aplicada.

8. Analizados los rasgos de la calificante y sus penas, nos abocamos al estudio particular del sujeto activo de la acción en las sociedades anónimas como lo es el directorio y el gerente.

Al respecto, se enunciaron las principales posturas doctrinarias en torno a la naturaleza jurídica del vínculo que une al directorio con la sociedad. Aterrizado al tema que nos convoca, la discusión nos parece interesante pues, dependiendo del vínculo jurídico que se acepte doctrinaria y jurisprudencialmente, se desprenderán importantes consecuencias para la determinación de los deberes de tutela patrimonial que pesan sobre el director de la sociedad anónima en tanto administrador de esta. En efecto, una naturaleza jurídica de tipo contractual obligaría al juez penal a indagar en el contrato civil que une al administrador y la empresa con objeto de determinar los deberes específicos que pesaban sobre él. En cambio, si se acepta una naturaleza jurídica orgánica, bastará con que el juez examine los deberes y facultades que poseen los directores directamente desde la Ley que regula su ejercicio.

Respecto del gerente general, por su parte, concluimos que, para que sea posible imputar al gerente general o a cualquier otro mandatario de la sociedad la calidad de sujeto activo en la comisión del delito de administración desleal, es necesario que conste expresamente que existe autonomía en la gestión de la labor de administración encomendada. De esta manera, si aquel elemento falta o es dudoso, deberá entenderse que el mandatario no tiene la autonomía necesaria para indicar que tiene un deber de tutela patrimonial sobre la sociedad.

9. Por último, revisados los elementos constitutivos del delito de administración desleal, su calificante, y las características propias del sujeto activo del delito de administración desleal en las sociedades anónimas, nos aproximamos finalmente al estudio de los deberes fiduciarios que pesan sobre el directorio y el gerente.

Siguiendo la distinción proveniente del *common law*, revisamos los deberes de diligencia o cuidado junto con los deberes de lealtad que enmarcan de manera general el conjunto de deberes positivizados en profusa normativa civil, comercial y administrativa sobre la materia.

Ahora bien, realizado el contraste entre estos deberes generales de los directores y gerentes de las sociedades anónimas abiertas, con los cánones doctrinarios comparados sobre

los deberes de tutela patrimonial, nos centramos en determinar si estos podrían ser susceptibles de ser calificados como deberes de tutela patrimonial relevantes típicamente para el delito de administración desleal.

10. Sabemos que para que existan deberes de tutela patrimonial es necesario que ellos surjan de una obligación principal, dentro de la gestión jurídico negocial sobre el patrimonio ajeno en interés de su titular, que exista autonomía en la gestión y una relación duradera.

En un delito doloso como el de administración desleal no basta el incumplimiento de deberes de información, por ejemplo, pues, aun en el hecho delictivo, tal acción u omisión está encaminada a generar un perjuicio económico que vulnera deberes principales de diligencia y cuidado y, por tanto, jamás podrá ser considerada autónomamente para configurar un deber de tutela patrimonial cuya infracción, por si sola, ocasione un perjuicio patrimonial sancionable por el delito de administración desleal.

Por el contrario, con otros deberes -aun cuando no cuestionamos la accesoriedad de la obligación- parece problemático determinar un contenido patrimonial inmediato en la obligación. En efecto, este es el caso de deberes de diligencia como el de ejercer funciones, adoptar decisiones sin delegar y de acuerdo al procedimiento establecido, siendo imparcial, respetando la ley interna de la sociedad y en resguardo del interés social, son deberes esenciales de los directores.

Con este tipo de deberes resulta imposible determinar *a priori* si resulta o no susceptibles de ser calificados como deberes de tutela patrimonial. El examen particular de cada caso determinará de qué forma la delegación de facultades permitió distraer fondos de la sociedad o cómo la omisión de procedimientos legales establecidos para velar por principios de transparencia y equidad, permitió ocultar actos en perjuicio del patrimonio de los socios y la sociedad.

Este mismo criterio casuístico deberá ser aplicado para deberes de lealtad como el de no hacer primar sus intereses particulares por sobre los de la sociedad (Título XVI De las

operaciones con partes relacionadas LSA), no explotar la posición de administrador (art. 42 de la LSA) o el deber general de guardar reserva (art. 43 LSA).

## BIBLIOGRAFÍA

---

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Lima, Perú: Grijley, 2014.

ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. Sexta edición. Santiago de Chile: LegalPublishing, 2014, Tomos I y II.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, La Sociedad Anónima: autonomía privada, interés social y conflictos de interés. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La Responsabilidad de los Directores de las Sociedades Anónimas. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (dir.). Derecho penal económico. 1ra edición, Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. «Administración Desleal y Apropiación Indevida» en Derecho Penal Económico, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., 1º Ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 2004.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. «La problemática de la administración desleal en el derecho penal español (Consideraciones comparativas entre el Derecho alemán y el español)» en Estudios Jurídicos: Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDEMANN en la UAM del 14-17 de octubre de 1992, BOE, Madrid, 2005.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Compliance y Derecho penal. Editorial Cizur Menor Navarra: Aranzadi: Thomson Reuters: fide Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa, 2011.

BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Parte general. Cuarta edición. Barcelona: Editorial PPU, 1994.

CAREY BUSTAMANTE, Guillermo. De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de sus directores. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1992.

CONDE MUÑOZ, Francisco. Derecho Penal Parte General. Décima edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

CORRAL TALCIANI, Hernán. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Primera edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2003.

CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal Parte General 9a edición Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2009.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión. En: *Nuevo Foro Penal* (83): 15-38, 2014.

ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal: parte general. Tercera edición. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

FARALDO CABANA, Patricia. El consentimiento de la junta general de socios y administración desleal de sociedades. En: *Revista Derecho de Sociedades* (18): 203-213, 2002.

FARALDO CABANA, Patricia. Los delitos societarios. 2da edición. España: Tirant lo Blanch, 2016.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial. En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, (2): 2009.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Cuestiones actuales de derecho penal económico. Buenos Aires, Argentina: Editorial BdeF, 2009.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2017.

FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. El Patrimonio. Tercera edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

GARCÍA CAVERO, Percy. La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. Barcelona: Librería Bosch, 1999.

GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte General. Tercera edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003. Tomo I y II.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Cuestiones fundamentales del derecho penal económico: parte general y parte especial. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2012.

GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos. Crisis financiera y retribución de directivos ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal? En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2009.

GUERRERO VALENZUELA, Roberto. Responsabilidad de los directores en las sociedades anónimas y en particular del comité de directores. En: *La Semana Jurídica*, volumen 55, página 6 Cita Online: CL/DOC/828/2013.

GUERRERO V., Roberto; ZEGERS R-T., Matías. Manual sobre Derecho de Sociedades. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2014.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La administración desleal en el derecho penal chileno. En: *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXVI): 201-258, 2005.

JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos (coord). La administración desleal de los órganos societarios. Barcelona: Atelier, 2008.

JAKOBS, Günther. Derecho penal parte general fundamentos y teoría de la imputación. Segunda edición, corregida. España, Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., 1997.

JAKOBS, Günther. La privación de un derecho como delito patrimonial. En: Indret: *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2008.

JAKOBS, Günther. Sobre la normativización en la dogmática jurídico-penal. Primera edición. España, Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2003.

KOLLA, Peter. The Mannesmann Trial and the Role of the Courts. En: *German Law Journal*, Vol. 5 No. 7: 829-847, 2004

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos: parte general. Quinta edición. Santiago de Chile: LegalPublishing, 2010.

LUZÓN, Diego, ROSO, Raquel. Administración desleal societaria en el derecho penal español. En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (3): 2010.

LYON PUELMA, Alberto. Teoría de la Personalidad: Personas Naturales, Personas Jurídicas. Primera edición. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993.

LYON PUELMA, Alberto. *Personas jurídicas*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003.

MAIER, Stefan. A Close Look at the Mannesmann Trial. En: *German Law Journal*, Vol. 7 No. 6: 603-610, 2006.

MAÑALICH, Juan Pablo. La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. En: *Polít. Crim.*, Vol. 5 (14): 357-377, 2014.

MAÑALICH, Juan Pablo, “La estructura de la autoría mediata”, *Revista de Derecho PUCV* XXXIV, 2010.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico: Parte general*. Valencia: 1998.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa: parte general*. Quinta edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal Económico y de la empresa: parte especial*. Quinta edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

MARTÍNEZ-PÉREZ BUJÁN, Carlos. *El Delito de Administración Desleal de Patrimonio Ajeno*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

MARTÍNEZ-PÉREZ BUJÁN, Carlos. Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXV: 457-566, 2015.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Décima edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.

NAVARRO FARÍAS, Irene. Delito de administración desleal y discrecionalidad de los administradores sociales. En: *Cuadernos de política criminal* (109): 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. En: *Polít. Crim.* (5): 2008.

NIETO MARTÍN, ADÁN Y FOFFANI. LUIGI. CORPORATE GOVERNANCE Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL. CASOS Y PROBLEMAS DE DERECHO COMPARADO EUROPEO. EN: *REVISTA PENAL*. (17): 2006.

PARDOW LORENZO, Diego. Potestades de administración y deberes fiduciarios: Una aproximación analítica a los deberes asociados a la administración. En: *Estudios De Derecho Civil II*. LexisNexis, Santiago, 2006.

PARDOW LORENZO, Diego. La parábola del administrador infiel. Un estudio sobre los conflictos de intereses y el deber de lealtad. En: *Estudios de Derecho Civil III*. 2007.

PARDOW LORENZO, Diego. La desgracia de lo ajeno: un ensayo sobre el problema de agencia en las relaciones fiduciarias. En: *Estudios de Derecho Civil*. Vol. 4: 2011. Cita Online: CL/DOC/845/2011.

PARDOW LORENZO, Diego. Responsabilidad Civil de los Directores de Sociedades Anónimas. Memoria de para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007.

PASTOR, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2016.

PASTOR, Nuria, COCA, Ivó. El delito de administración desleal: Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal. Barcelona: Atelier, 2016.

PASTOR, Nuria; COCA, Ivó. ¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2015, pág. 17.

PASTOR, Nuria; COCA, Ivó. El deber de gestión leal como eje central del nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP: Una aproximación a su fundamento y límites. En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Procesal, Penal y Penitenciario* (128): 2017.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno parte general. Segunda edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

PUGA VIAL, Juan Esteban. La Sociedad Anónima. 2da. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2013, Tomos I y II.

ROBLES PLANAS, Ricardo (director); PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SÁNCHEZ-VERA, Javier; RUEDA MARTÍN, María Ángeles; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; RIGGI, Eduardo Javier. La Responsabilidad en los “Delitos Especiales”. Buenos Aires, Argentina: Editorial BdeF, 2014.

ROBLES PLANAS, Ricardo; RIGGI, Eduardo Javier. El extraño artículo 65.3 del Código Penal. En: *La Responsabilidad en los “Delitos Especiales”*. Buenos Aires, Argentina: Editorial BdeF, 2014.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. Secundariedad del Derecho Penal Económico. Madrid: Editorial Constitución y Leyes S.A., 2001.

ROJAS, Luis Emilio. El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán. En: *Revista Penal*, (23):138-171, 2009.

ROLSHOVEN, Max Philipp. The Last Word? - The July 22, 2004 Acquittals in the Manesmann Trial. En: *German Law Journal*, Vol. 5 No. 8: 935-940, 2004.

ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho penal. Séptima edición. España, Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., 2000.

ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I. España, Madrid: Editorial Civitas, 1997.

RUIZ RODRÍGUEZ, Luis. Protección penal del mercado de valores: Infidelidades en la gestión de patrimonio. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

SÁNCHEZ-VERA, Javier. Delito de infracción de deber y participación delictiva. Primera edición. España, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., 2002.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial. Tomo I. Volumen 2. Séptima edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. En: Obras tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La expansión del derecho Penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2da edición, Buenos Aires y Montevideo, 2008.

STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato civil. Quinta edición. Santiago de Chile; Editorial Jurídica, 2008.

TORRES ZAGAL, Óscar. Derecho de Sociedades. Tercera edición. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008.

VAZQUEZ PALMA, María Fernanda. Gobiernos corporativos y deberes de los administradores de las sociedades anónimas: cuestiones actuales (desde la ley N° 20.382) y reformas pendientes. Cuadernos de extensión jurídica (u. de los andes), N° 22, 2012, pp. 173-205.

VERA RIVERA, María del Carmen. El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva. Tesis (doctora en Derecho). Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 2017.