

Delitos funcionarios contra la propiedad y el patrimonio estatal o en poder del Estado

Entre los delitos contra la propiedad:

Art. A. Si en el caso del inciso del artículo XX [apropiación indebida con recepción previa] la conducta recae sobre una cosa de propiedad del Estado o de propiedad privada pero que se encuentra en poder y bajo la responsabilidad del Estado y el sujeto es quien se encuentra a cargo de ella, la pena será de... [pena íntegramente sobre el marco del delito base] e inhabilitación...

Entre los delitos contra el patrimonio:

Art. B. Si en el caso del artículo XX [administración desleal] la conducta recae sobre intereses patrimoniales del Estado, la pena será de... [pena íntegramente sobre el marco del delito base] e inhabilitación...

Para estos efectos, se entenderá que tienen a su cargo los intereses patrimoniales del Estado todos los empleados públicos que deben intervenir en razón de su cargo en la formación de la decisión de realizar o no una disposición sobre esos intereses.

Art. C. El empleado público que arbitrariamente y con daño o entorpecimiento del servicio u objeto en que debía emplearse dé a los caudales o efectos públicos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieran destinados será castigado con...

Art. D. El empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con Esta disposición es aplicable a los árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes e intereses patrimoniales en cuya adjudicación, partición o administración intervienen, a los peritos respecto de los bienes o cosas que deban tasar, a los guardadores y albaceas respecto del patrimonio de sus pupilos y testamentarías a su cargo, y a los administradores del patrimonio de personas ausentes o impedidas de controlar los actos del administrador.

Para los efectos de los dos incisos anteriores se entiende que se toma interés indirecto en el negocio u operación cuando se dé o se deje tomar interés al cónyuge, a algún ascendiente o descendiente por consanguinidad o afinidad, a parientes colaterales, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, o a personas con las que se tiene vínculo por adopción. Asimismo, se entiende que se toma interés indirecto cuando en el negocio u operación se da o se deja tomar interés a personas jurídicas de las que se es socio, a terceros de los que se es socio o que lo son del cónyuge o de los parientes indicados precedentemente, a personas jurídicas en las que dichos terceros, el cónyuge o esos parientes tengan interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquiera forma.

Lo dispuesto en el inciso primero es aplicable también a los directores y gerentes de sociedades anónimas que se interesen en cualquier clase de negocio u operación de la sociedad sin que se haya dado cumplimiento previamente a las exigencias que para ello establece la ley. Para determinar si el director o gerente tiene interés en el negocio u

operación se estará a lo dispuesto por la ley comercial, incluyendo las disposiciones sobre operaciones con partes relacionadas, cuando la calificación como operación con parte relacionada dice relación con el director o gerente.

Art. E. El que con ánimo de lucro propio o ajeno y mediante engaño obtenga del Estado una prestación económica a título total o parcialmente gratuito, será castigado con

Igual pena se impondrá al que, habiendo obtenido del Estado una prestación económica a título total o parcialmente gratuito para la realización de una actividad determinada, no la realice íntegramente o la realice con incumplimiento de las condiciones establecidas, frustrando con ello los fines perseguidos con el otorgamiento de la prestación.

Podrá prescindirse de pena si el que ha incurrido en las conductas previstas en los incisos anteriores da aviso a la autoridad y reintegra las cantidades recibidas, debidamente reajustadas y con intereses, antes de iniciarse de que haya denuncia o querrela en su contra. En todo caso lo favorecerá una atenuante muy calificada.

Fundamentación

En lo fundamental se propone integrar la protección de la propiedad y del patrimonio estatal en la protección general de esos bienes jurídicos, con los ajustes mínimos indispensables, en particular previendo una calificación vigorosa cuando el delito se comete con infracción de deberes propios del cargo, que es lo que ocurre paradigmáticamente con los empleados públicos (aunque no sólo con ellos, como luego se verá). En otras palabras, en general se reemplazan los delitos especiales (delitos funcionarios) una calificación personal que afecta a los empleados públicos y a otras personas que asumen deberes equivalentes. En lo demás, sólo se consideran delitos especiales que parecen indispensables, algunos de ellos con una extensión mayor que la actual.

Una razón para este proceder es no duplicar la formulación de la protección diferenciada de la propiedad y el patrimonio, máxime cuando se tiene la convicción de que, aunque se insistiera en contar con delitos funcionarios en este ámbito, éstos deberían simplificarse drásticamente.

En efecto, aun reconociendo que es posible asignarle a la dualidad existente entre el art. 233 CP y 235 CP un significado diferente al habitual, no puede desconocerse que la tesis dominante que ve en ellos tipos idénticos sólo diferenciados por el reintegro no sugiere ningún vacío, lo que es una buena razón para fundirlos en uno solo. Si a esto se suma las dudas sobre la justificación de la diferencia basada en el reintegro, bien puede plantearse la razonabilidad de prescindir de ella (desde luego se requeriría al menos una restricción temporal, por ejemplo en la línea del art. 433 CP español). En efecto, si se le considera una genuina apropiación, aunque con ánimo transitorio, no se justifica un tratamiento privilegiado en comparación con los particulares; si, por el contrario, se trata de un mero uso transitorio atípico conforme a los preceptos generales, que se hace típico exclusivamente en razón del cargo, entonces ese trato más severo respecto de los empleados públicos requiere una justificación que en este contexto específico no se alcanza a vislumbrar. En todo caso, si la Comisión estuviera por este tratamiento más severo, debería preferirse una formulación más explícita (para que en verdad opere en ese sentido, y no como hoy, en que claramente opera como una hiper-atenuación), por ejemplo, en la línea del art. 314 CP italiano (que parece más adecuada que la distinción sobre la base de existencia o no de ánimo de lucro como el actual derecho español), sin perjuicio de que ese modelo no distingue adecuadamente entre delito contra la propiedad y delito contra el patrimonio.

A partir de la estructura general que se le ha dado a los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio, la calificación debe darse tanto respecto de la apropiación indebida como respecto de la administración desleal.

Calificación de la apropiación indebida de cosas que se han recibido previamente

En el primer caso se debe agregar a las cosas de propiedad estatal (no parece necesaria una restricción del tipo de cosas ni zanjar exactamente el sentido de los términos “caudales” y “efectos”) aquéllas de *propiedad privada pero en poder y bajo la responsabilidad del*

Estado, con lo cual se incorpora en términos amplios la extensión prevista en el art. 233 CP (“o de particulares en depósito, consignación o secuestro”) y tal vez en el confuso inciso primero del art. 238 (“fondos, rentas o efectos... pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia”. Por otra parte, la referencia a la propiedad del “Estado” parece suficiente para entender incluidas sin duda la referencia a patrimonio municipal en el mismo art. 238. En lo que concierne a los *sujetos activos* se trata de los empleados públicos que tienen las cosas a su cargo, pero también los particulares que por cualquier título las tienen también a su cargo (en la línea del relativamente fallido inciso primero del art. 238 y del, mucho mejor, art. 435 del CP español). Ahora bien, siendo lo decisivo que unos y otros tienen las cosas a cargo, se ha dicho simplemente así, sin detallar más su condición. La distinción podría haber sido relevante para la pena de inhabilitación, pero considerando que en este caso los particulares infringen un deber de algún modo equiparado al de los funcionarios, ha parecido que esa pena es pertinente también a su respecto.

De este modo, se recoge el contenido de los arts. 233, 235 y 238 CP. Por el contrario, no parece indispensable mantener la incriminación de la figura negligente del art. 234 CP ni la hipótesis de negativa de pago del art. 237 CP.

Calificación de la administración desleal

Tratándose de intereses patrimoniales del Estado, sea que consista en dinero o no, tiene aplicación el tipo general de administración desleal, con una calificación. En este caso tampoco se menciona explícitamente la calidad de empleado público, aunque se subentiende. No es necesario decir que se trata de un empleado que tiene a su cargo los intereses patrimoniales en cuestión, porque ésa es una exigencia del tipo mismo.

La única constelación dudosa es la de los funcionarios que intervienen en razón de su cargo en una operación pero sin que deban tomar la decisión sobre una disposición patrimonial, de modo que es dudoso que tengan a su cargo los intereses patrimoniales, como exige el tipo. Esos casos están indudablemente cubiertos también por el art. 239 CP, pero en el nuevo escenario puede ser dudoso. Una alternativa sería establecer un tipo calificado de estafa, en la línea de la interpretación del art. 239 CP de un sector de la doctrina que entiende que el llamado “fraude al fisco” es (al menos también) una forma de estafa y que al menos tiene razón en cuanto a que estos casos se pueden reconducir a la estafa. La otra alternativa es aclarar que todos los aportes obligatorios (intervención por razón del cargo) al proceso de toma de decisiones del aparato estatal en materia patrimonial quedan cubiertos por la administración desleal (se entiende que todos quienes deben intervenir tienen a su cargo los intereses patrimoniales para estos efectos). Esta última es la solución que se propone aquí. De esta forma queda cubierto el contenido del art. 239 CP. No quedan cubiertas las hipótesis de estafa en los pocos casos en que el empleado público es contraparte del Estado (sin incurrir en negociaciones incompatibles), como ocurre en el ámbito laboral o en la rendición de cuentas para las cuales debería bastar el tipo común de estafa.

Aplicación pública diferente

Contra un sector de la doctrina se propone mantener el delito de aplicación pública diferente del art. 236 CP, como delito especial, aunque siempre con exigencia de daño o entorpecimiento de la causa pública, por considerar que dado ese requisito más la exigencia de arbitrariedad alude a casos realmente graves. Adicionalmente, para algunos tiene el efecto de excluir del ámbito del perjuicio patrimonial, por un razonamiento *a contrario sensu*, la simple frustración de fines. Por lo mismo puede discutirse si es ésta la mejor ubicación sistemática.

Negociaciones incompatibles

Como un delito de peligro abstracto en la antesala de la administración desleal se mantiene el delito de negociaciones incompatibles, actualmente en el art. 240 CP. Contra lo que sostiene un sector de la doctrina, que incluso ha abogado por su supresión, aquí se considera que el precepto capta un conflicto de intereses resuelto de modo inaceptable, que debe ser reprimido en cuanto tal, sin necesidad de que se verifique un perjuicio patrimonial. Con todo, la indicación de tratarse de un tipo de peligro de carácter patrimonial debería conducir a que en el caso de darse los requisitos de la administración desleal, se apreciara en la especie un concurso aparente de leyes que se resuelve en favor de este último tipo penal en virtud del principio de consunción.

La cuestión es ahora definir respecto de qué sujetos va a constituir delito ya la sola actuación en conflicto de interés, considerando que en el derecho chileno la autocontratación es por regla general lícita. Si no se quiere derogar esa regla en sede penal, se debe establecer necesariamente un *delito especial* (propio). Siguiendo el derecho vigente se entiende que son sujetos activos idóneos los empleados públicos que deben intervenir en operaciones del Estado en su calidad de tales, los árbitros, liquidadores y tasadores, que de algún modo ejercen una función pública, los curadores y albaceas respecto del patrimonio ajeno que administran, a los que se agregan, mediante una cláusula genérica, los administradores del patrimonio de personas ausentes o impedidas de controlar al administrador.

Pero la novedad más significativa es la inclusión de los directores y gerentes de *sociedades anónimas* que actúan con inobservancia de las disposiciones mercantiles sobre conflicto de intereses (arts. 44 y 146 ss. de la Ley N° 18.046, recientemente modificada mediante la Ley N° 20.382, de 20 de octubre de 2009)¹. Deben verse también las disposiciones de los arts.

¹ “Artículo 44. Una sociedad anónima cerrada sólo podrá celebrar actos o contratos que involucren montos relevantes en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas previamente por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, salvo que los estatutos autoricen la realización de tales operaciones sin sujeción a las mencionadas condiciones. // El directorio deberá pronunciarse con la abstención del director con interés. En el acta de la sesión de directorio correspondiente, deberá dejarse constancia de las deliberaciones para aprobar los términos y condiciones de los respectivos actos o contratos, y tales acuerdos serán informados en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación. // Se entiende que existe interés de un director en

toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir en cualquiera de las siguientes situaciones: (i) él mismo, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; (ii) las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital; (iii) las sociedades o empresas en las cuales alguna de las personas antes mencionadas sea director o dueño, directo o indirecto, del 10% o más de su capital, y (iv) el controlador de la sociedad o sus personas relacionadas, si el director no hubiera resultado electo sin los votos de aquél o aquéllos. // Para los efectos de este artículo, se entiende que es de monto relevante todo acto o contrato que supere el 1% del patrimonio social, siempre que dicho acto o contrato exceda el equivalente a 2.000 unidades de fomento y, en todo caso, cuando sea superior a 20.000 unidades de fomento. Se presume que constituyen una sola operación todas aquellas que se perfeccionen en un período de 12 meses consecutivos por medio de uno o más actos similares o complementarios, en los que exista identidad de partes, incluidas las personas relacionadas, u objeto. // La infracción a este artículo no afectará la validez de la operación y sin perjuicio de las sanciones que correspondan, otorgará a la sociedad, a los accionistas y a los terceros interesados, el derecho de exigir indemnización por los perjuicios ocasionados. En caso de demandarse los perjuicios ocasionados por la infracción de este artículo, corresponderá a la parte demandada probar que el acto o contrato se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de negociación reportaron beneficios a la sociedad que justifican su realización. // Con todo, no será aplicable lo establecido en el inciso primero si la operación ha sido aprobada o ratificada por la junta extraordinaria de accionistas con el quórum de 2/3 de los accionistas con derecho a voto. // En el caso de las sociedades anónimas abiertas, se aplicará lo dispuesto en el Título XVI".

TÍTULO XVI. DE LAS OPERACIONES CON PARTES RELACIONADAS EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS Y SUS FILIALES: "Artículo 146. Son operaciones con partes relacionadas de una sociedad anónima abierta toda negociación, acto, contrato u operación en que deba intervenir la sociedad y, además, alguna de las siguientes personas: 1) Una o más personas relacionadas a la sociedad, conforme al artículo 100 de la ley N° 18.045. 2) Un director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador de la 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. 3) Las sociedades o empresas en las que las personas indicadas en el número anterior sean dueños, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital, o directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales. 4) Aquellas que establezcan los estatutos de la sociedad o fundadamente identifique el comité de directores, en su caso, aun cuando se trate de aquellas indicadas en el inciso final del artículo 147. 5) Aquellas en las cuales haya realizado funciones de director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador, un director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador de la sociedad, dentro de los últimos dieciocho meses".

"Artículo 147. Una sociedad anónima abierta sólo podrá celebrar operaciones con partes relacionadas cuando tengan por objeto contribuir al interés social, se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación, y cumplan con los requisitos y procedimientos que se señalan a continuación: 1) Los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores que tengan interés o participen en negociaciones conducentes a la realización de una operación con partes relacionadas de la sociedad anónima, deberán informar inmediatamente de ello al directorio o a quien éste designe. Quienes incumplan esta obligación serán solidariamente responsables de los perjuicios que la operación ocasionare a la sociedad y sus accionistas. 2) Antes que la sociedad otorgue su consentimiento a una operación con parte relacionada, ésta deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros del directorio, con exclusión de los directores o liquidadores involucrados, quienes no obstante deberán hacer público su parecer respecto de la operación si son requeridos por el directorio, debiendo dejarse constancia en el acta de su opinión. Asimismo, deberá dejarse constancia de los fundamentos de la decisión y las razones por las cuales se excluyeron a tales directores. 3) Los acuerdos adoptados por el directorio para aprobar una operación con una parte relacionada serán dados a conocer en la próxima junta de accionistas, debiendo hacerse mención de los directores que la aprobaron. De esta materia se hará indicación expresa en la citación a la correspondiente junta de accionistas. 4) En caso que la mayoría absoluta de los miembros del directorio deba abstenerse en la votación destinada a resolver la operación, ésta sólo podrá llevarse a cabo si es aprobada por la unanimidad de los miembros del directorio no involucrados o, en su defecto, si es aprobada en junta extraordinaria de accionistas con el acuerdo de dos tercios de las acciones emitidas con derecho a voto. 5) Si se convocase a junta extraordinaria de accionistas para aprobar la operación, el directorio designará al menos un evaluador independiente para informar a los accionistas respecto de las condiciones de la operación, sus efectos y su potencial impacto para la sociedad. En su informe, los evaluadores independientes deberán

42 y 50 de la Ley de Sociedades Anónimas. Respecto de otro tipo de sociedades no ha parecido necesario un régimen específico.

también pronunciarse acerca de los puntos que el comité de directores, en su caso, haya solicitado expresamente que sean evaluados. El comité de directores de la sociedad o, si la sociedad no contare con éste, los directores no involucrados, podrán designar un evaluador independiente adicional, en caso que no estuvieren de acuerdo con la selección efectuada por el directorio. // Los informes de los evaluadores independientes serán puestos por el directorio a disposición de los accionistas al día hábil siguiente de recibidos por la sociedad, en las oficinas sociales y en el sitio en Internet de la sociedad, de contar la sociedad con tales medios, por un plazo mínimo de 15 días hábiles contado desde la fecha en que se recibió el último de esos informes, debiendo comunicar la sociedad tal situación a los accionistas mediante hecho esencial. // Los directores deberán pronunciarse respecto de la conveniencia de la operación para el interés social, dentro de los 5 días hábiles siguientes desde la fecha en que se recibió el último de los informes de los evaluadores. 6) Cuando los directores de la sociedad deban pronunciarse respecto de operaciones de este Título, deberán explicitar la relación que tuvieren con la contraparte de la operación o el interés que en ella tengan. Deberán también hacerse cargo de la conveniencia de la operación para el interés social, de los reparos u objeciones que hubiese expresado el comité de directores, en su caso, así como de las conclusiones de los informes de los evaluadores o peritos. Estas opiniones de los directores deberán ser puestas a disposición de los accionistas al día siguiente de recibidos por la sociedad, en las oficinas sociales así como en el sitio en Internet de las sociedades que cuenten con tales medios, y dicha situación deberá ser informada por la sociedad mediante hecho esencial. 7) Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, la infracción a este artículo no afectará la validez de la operación, pero otorgará a la sociedad o a los accionistas el derecho de demandar, de la persona relacionada infractora, el reembolso en beneficio de la sociedad de una suma equivalente a los beneficios que la operación hubiera reportado a la contraparte relacionada, además de la indemnización de los daños correspondientes. En este caso, corresponderá a la parte demandada probar que la operación se ajustó a lo señalado en este artículo. // No obstante lo dispuesto en los números anteriores, las siguientes operaciones con partes relacionadas podrán ejecutarse sin los requisitos y procedimientos establecidos en los números anteriores, previa autorización del directorio: a) Aquellas operaciones que no sean de monto relevante. Para estos efectos, se entiende que es de monto relevante todo acto o contrato que supere el 1% del patrimonio social, siempre que dicho acto o contrato exceda el equivalente a 2.000 unidades de fomento y, en todo caso, cuando sea superior a 20.000 unidades de fomento. Se presume que constituyen una sola operación todas aquellas que se perfeccionen en un periodo de 12 meses consecutivos por medio de uno o más actos similares o complementarios, en los que exista identidad de partes, incluidas las personas relacionadas, u objeto. b) Aquellas operaciones que, conforme a políticas generales de habitualidad, determinadas por el directorio de la sociedad, sean ordinarias en consideración al giro social. En este último caso, el acuerdo que establezca dichas políticas o su modificación será informado como hecho esencial y puesto a disposición de los accionistas en las oficinas sociales y en el sitio en Internet de las sociedades que cuenten con tales medios, sin perjuicio de informar las operaciones como hecho esencial cuando corresponda. c) Aquellas operaciones entre personas jurídicas en las cuales la sociedad posea, directa o indirectamente, al menos un 95% de la propiedad de la contraparte”.

“Artículo 148. 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. // Los accionistas podrán utilizar para sí tales oportunidades comerciales cuando el directorio de la sociedad las haya previamente desechado, o si hubiere transcurrido un año desde la adopción del acuerdo de postergar o aceptar la oportunidad comercial, sin que se hubiese iniciado su desarrollo. // Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, la infracción a este artículo no afectará la validez de la operación y dará derecho a la sociedad o a los accionistas a pedir el reembolso, a favor de la sociedad, de una suma equivalente a los beneficios que la operación hubiere reportado al infractor y los demás perjuicios que se acrediten”.

“Artículo 149. Las disposiciones de este título serán aplicables tanto a las sociedades anónimas abiertas como a todas sus filiales, sin importar la naturaleza jurídica de éstas”.

Fraude de prestaciones a título gratuito por parte del Estado

Si bien no tiene ninguna vinculación con los delitos funcionarios y sólo la tiene con la protección del patrimonio estatal, se propone un delito de fraude de prestaciones a título gratuito de parte del Estado. En la actualidad existe una hipótesis en el art. 470 N° 8 CP, como variante de la estafa, pues, sin duda, exige engaño y perjuicio.

En principio esto no debería generar dificultades, pero existen ciertas dudas cuando hay una contraprestación económica, no obstante lo cual la prestación estatal está motivada por unos fines más allá de la contraprestación. En tales casos puede ser dudoso que las prestaciones recíprocas no se salden, en tanto que no se quiere que la frustración de esos fines pueda contar como perjuicio. De ahí la conveniencia de una figura de peligro que no exija perjuicio (como el § 264 del Código alemán, aunque éste ni siquiera requiere que el engaño haya tenido éxito). Las dudas jurisprudenciales en los llamados casos del Capítulo XIX muestran la conveniencia de abordar el asunto.

La subsunción bajo el tipo de estafa también es compleja cuando no ha habido engaño en la obtención del beneficio y simplemente se dejan de cumplir luego los fines para los cuales se concedió. Esta hipótesis se recoge expresamente, con una regla de arrepentimiento que puede llevar a la prescindencia de pena, en la línea del art. 308.2 y 308.3 del CP español.