

APA:

Matus Acuña, J.P. (2019). Sobre la calificación jurídica de la apropiación de los frutos civiles de los bienes Hereditarios por sus administradores proindiviso y de hecho, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 33, 185-196.

## SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA APROPIACIÓN DE LOS FRUTOS CIVILES DE LOS BIENES HEREDITARIOS POR SUS ADMINISTRADORES PROINDIVISO Y DE HECHO

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA\*

### SUMARIO:

1. Introducción. 2. El nuevo delito de administración desleal. 3. Calificación de los hechos. 4. Conclusiones. Bibliografía

**Palabras Clave:** administración desleal, administrador proindiviso, administrador de hecho, derechos hereditarios.

### 1. INTRODUCCIÓN

Se me ha consultado si, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 470 N° 11 del Código penal, la conducta del administrador proindiviso de una comunidad que no rinde cuenta ni distribuye los ingresos constitutivos de frutos civiles de los bienes hereditarios que administra a nombre de la comunidad, constituye delito de administración desleal, a partir de la modificación introducida por la ley N° 21.121, de 20 de noviembre de 2018.

Los hechos sobre que se me ha pedido informar son los siguientes:

En un juicio de partición entre dos legitimarios que tienen el 80% de los derechos hereditarios y una sociedad comercial (en adelante, la *Sociedad Comercial*), adquirente del 20% de los derechos hereditarios restantes, se nom-

\* Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Chile.

bró judicialmente, en febrero de 2016, administradora proindiviso de los bienes hereditarios a una de las legitimarias, en adelante la *Administradora pro indiviso*. Dichos bienes consistían en dos propiedades inmuebles, cuyas rentas o frutos civiles equivalen a \$20.000.000.- mensuales en promedio, a título de cánones de arriendo y explotación comercial de los mismos como centros de eventos, estacionamientos y otras actividades lucrativas que en ellos se realizan, según se acreditó mediante tasación judicial e informes policiales. La administración de hecho de uno de los inmuebles recae, por disposición de la *Administradora proindiviso*, en el otro legitimario, en adelante, el *Administrador de hecho*. En consecuencia, desde el mes de febrero de 2016 solo la *Sociedad Comercial* se encuentra privada de acceder a los frutos civiles de los bienes hereditarios, tanto por resolución judicial como por la forma en que la *Administradora proindiviso* ha dispuesto su administración de hecho.

El marzo del año 2017, se ordenó por el juez partidador a la Administradora proindiviso rendir cuenta de su administración, lo que no realizó ni antes del 20 de noviembre de 2018, ni después, hasta la fecha. Por su parte, en abril de 2016, se ordenó al legitimario Administrador de hecho de uno de los bienes hereditarios hacer su entrega al juez partidador, lo que no realizó ni antes del 20 de noviembre de 2018, ni después, hasta la fecha (septiembre 2019).

En consecuencia, desde noviembre de 2018 a la fecha de este informe (septiembre de 2019), se han devengado en frutos civiles de los bienes bajo administración proindiviso \$180.000.000.-, que no han sido rendidos ni distribuidos entre los herederos, empleando la *Administradora proindiviso* y el *Administrador de hecho*, empleándolos presumiblemente para sus fines propios, privándole a la *Sociedad Comercial* de la parte que le corresponde, esto es, en la suma de al menos \$36.000.000 (más de 400 UTM)."

Como pasaré a demostrar, los hechos descritos constituyen el nuevo delito de administración desleal del Art. 470 N° 11 del Código Penal, cometido de manera continua por *Administradora proindiviso* y el *Administrador de hecho*, en perjuicio de la *Sociedad Comercial*, desde el 20 de noviembre de 2018 y hasta la fecha del presente informe, de una cuantía superior a 400 UTM. Para ello, analizaremos la nueva figura punible de administración desleal, pasando luego a su aplicación a los hechos de esta causa y, finalmente, a nuestras conclusiones.

## 2. EL NUEVO DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Como se expresará en la edición actualmente en preparación de nuestro Manual, la administración desleal, fraudulenta o infiel, entendida en términos empíricos como las conductas que, con abuso de facultades o contra el interés del

administrado, realiza el administrador de todo o parte de un patrimonio ajeno o universalidad jurídica “que vende los bienes de la misma a precios irrisorios, o bien otorga créditos sin garantías a deudores insolventes o asume enormes deudas o incurre en ingentes gastos para fines superfluos, todo esto con perjuicio económico” para el administrado<sup>1</sup>, se enfrentaba de antiguo con las incertidumbres de la regulación de la apropiación indebida, que, como se sostiene en la SCA Santiago 21.7.2014, parecía no abarcar el supuesto del mandatario que recibe en administración un patrimonio o parte de él como universalidad y en su administración perjudica al mandante ejerciendo las facultades conferidas.

Ello explica en parte el origen del nuevo Art. 470 N° 11, incorporado al Código por la Ley 21121, junto a otras modificaciones a los delitos funcionarios y de corrupción privada. En efecto por una parte, como se lee en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados de la tramitación conjunta de los Boletines N°s 10155-07 y 9956-07, de 31.5.2106, donde se aprobó la indicación de las Diputada Turres y los diputados Ceroni, Coloma, Gutiérrez, Monckeberg, Rincón, Sabag, Saldívar, Soto, Squella, y Trisotti, que establecía el delito en términos muy similares, tras las observaciones del Profesor Medina sobre la falta de tipificación expresa de un delito para enfrentar el problema del perjuicio causado a las empresas por la actuación de los gerentes en su propio interés personal y la discusión que le siguió. Ese fundamento fue el que tuvo a la vista posteriormente el Ejecutivo para presentar, durante la tramitación del Boletín N° 10739-07 —que daría origen en definitiva a la Ley N° 21.121—, una indicación para introducir el delito de administración desleal en el derecho penal chileno dentro del título de las defraudaciones, “permitiendo resolver un grave déficit existente desde hace mucho tiempo”. La otra parte de la explicación se encuentra en la Moción parlamentaria que dio origen a dicho Boletín N° 10739-07, de 8.6.2016, de los Senadores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, dese se propuso un texto también muy similar al actual, pero con un fundamento y ubicación sistemática diferentes: el convencimiento de que este delito de administración desleal debía incorporarse para cumplir con la obligación de tipificación de esta especial forma de corrupción de particulares, comprendida en el Art. 22 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, como nuevo Art. 287 ter.

El texto aprobado en definitiva sanciona 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 contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla,

1 HERNÁNDEZ, Héctor, “La administración desleal el del Derecho Penal chileno”, *Rev. Derecho P.U.C. Valparaíso*, Vol. 26, N° 1 (2005), 202

sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado”. La pena se agrava si el encargo o gestión deriva de una relación de guarda o curatela o el titular fuere una persona incapaz o una sociedad anónima abierta o especial. En este último caso, la ley impone la pena adicional 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.

El sujeto activo del delito es quien tiene a su cargo la salvaguardia o la gestión de un patrimonio ajeno o parte de él. “Tener a cargo” es una expresión que el Código emplea también en el delito de malversación de caudales públicos del Art. 233 CP y allí se entiende que comprende tanto una obligación de custodia específica como un poder general de administración, aunque los bienes no estén bajo custodia física del encargado, como sucede típicamente con quienes tienen la facultad de disponer u ordenar disponer el uso de los recursos depositados en una cuenta corriente o en otros instrumentos financieros, excluyendo de la tipicidad la apropiación de bienes o fondos a que se tiene acceso con ocasión del ejercicio de su cargo o por mero accidente, como sería el caso de los trabajadores respecto de los bienes a su alcance, especialmente sancionados como autores del alguno de los hurtos agravados del Art. 447 CP<sup>2</sup>. Su carácter necesario se encuentra, en este caso, explicitado en el propio texto legal: ha de provenir de la ley, de una orden de la autoridad o de un contrato. Gestionar es, según la acepción aplicable del Diccionario, “ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo”, a lo que puede agregarse, a la luz del texto legal, la expresión “con amplias facultades, y especialmente las de disposición de los bienes parte del patrimonio y la de obligar a su titular”. Quien está “a cargo” de la “salvaguardia” del patrimonio ajeno o alguna parte de él es, según la Academia, la persona que, por ley, mandato de autoridad o contrato, debe “defenderlo, ampararlo o protegerlo” y, de nuevo, a la luz del texto legal, agregando, “sin que cuente necesariamente con facultades de disposición o para obligar a su titular”. En la discusión parlamentaria el representante del ejecutivo dijo que este supuesto se refiere a quien “tiene la obligación de adoptar providencias conservativas respecto de terceros que por una situación excepcional no están en condiciones de administrar lo propio” y mencionó como ejemplo a los padres sin patria potestad<sup>3</sup>. Sin embargo, aunque es cierto que el Código Civil ofrece interesantes ejemplos de esta clase de supuestos, como las limitaciones que se imponen al marido para la administración de los bienes de su cónyuge (Art. 1753) y

2 MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M.C., *Manual de Derecho Penal chileno. Parte especial*. 3ª ed., Valencia, 2019, p. 444s.

3 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 21.121*, p. 193s.

a los padres para conservar el patrimonio de los hijos respecto de los bienes del hijo destinados a su educación y establecimiento (Art. 231 CC), cuando no existe acuerdo acerca de su disposición (Art. 243 CC) y en el goce de su derecho de usufructo legal (Art. 252 CC), la practicabilidad de estos supuestos se encuentra limitada por la disposición del Art. 489, que impide el ejercicio de la acción penal por los abusos que se cometan en este ámbito familiar entre padres e hijos. Esta misma limitación puede encontrarse en otros casos previstos en la legislación común de la falta de ejercicio de las facultades de conservación, como la que tienen los poseedores provisorios de los bienes del desaparecido cuya muerte presunta se tramita (Arts. 85 a 89 CC), en la medida que ellos tengan un vínculo parental con el desaparecido en los términos del Art. 489. No obstante, en otros supuestos parecidos la administración que se entrega también con carácter meramente conservativa contempla un mayor grado de responsabilidad y sin la limitación del Art. 489 CP, como la que tienen los tutores respecto de sus pupilos (Art. 391 CC) y los curadores de bienes de una persona ausente, de una herencia yacente o de los derechos eventuales del que está por nacer (Art. 487 CC). Aquí, el especial grado de responsabilidad establecido para explicar la agravación que se prevé precisamente para este caso en el inc. 2º del N° 11 del Art. 470. Respecto de partes determinadas del patrimonio, como los bienes inmuebles, recaen obligaciones de conservación sobre el tenedor fiduciario similares a las de los guardadores y curadores (Arts. 757y 758 CC), sobre el usufructuario (Art. 764 CC) y sobre quien tiene derecho de uso o habitación (Art. 819 CC). También están sujetos a especiales obligaciones de conservación los herederos con beneficio de inventario respecto de los bienes que se deben (Art. 1260 CC).

El objeto material del delito es el “patrimonio de otra persona” o “alguna parte de éste”. El patrimonio está formado por el conjunto de derechos, bienes y acciones que se poseen (Art. 85 CC), a lo que añadimos las obligaciones jurídicamente reconocidas. Se trata, por tanto, de una universalidad jurídica cuyo valor es determinable en cada momento según la suma de sus activos y pasivos. La incorporación de la expresión “alguna parte de éste”, permite comprender como objeto de protección los bienes singulares que componen el patrimonio, y especialmente los inmuebles, particularmente en los casos que, como los recién mencionados, existen precisas obligaciones conservativas sobre ellos. Pertenecen al patrimonio de otro los frutos de su propio patrimonio (Art. 648 CC) y las cuotas de los frutos que provengan de los bienes de las comunidades a que tenga derecho (Art. 2310 CC).

En cuanto a la conducta, el texto legal establece un delito de resultado causal (“irrogar perjuicio”), sin definir precisamente la conducta que lo causa, aunque sí dos modos de ejecución: a) “abusando de las facultades para disponer” de los bienes gestionados o para “obligar” al titular del patrimonio afectado; y b) “ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del administrado”, aunque carezca de facultades de disposición.

El actuar “abusando de las facultades para disponer” bienes ajenos o “para obligar” a otro, supone que existe autorización de la ley, la autoridad o el contrato para disponer u obligar. Lo que el Código ahora explicita es que tales facultades tienen como límite el “abuso” de las mismas, es decir, según el Diccionario, su “uso excesivo, injusto o indebido”. Según se expresa en el Informe de la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados sobre el Boletín 10155-07, un ejemplo de este ejercicio abusivo de facultades de disposición, proporcionado por el profesor Medina, sería “el caso de un gerente que adquiriría bienes a mayor precio a cambio de un beneficio personal”. Esta aproximación, que puede resumirse en la idea que lo abusivo sería hacer prevalecer el interés personal del gestor sobre el del administrado, se corresponde con la idea de la probidad administrativa, como se expresa en el Art. 52 Ley 18515 (“la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”) y la intención expresa del legislador de “tipificar como delito no solo las conductas de corrupción del sector público, sino también aquellas que ocurren en el sector privado”<sup>4</sup>. En los casos relevantes de mandatos generales de administración, el ejercicio de las facultades de disposición y para obligar al mandante conferidas a un gerente o administrador general puede ser “abusiva” y, por tanto, punible, cuando el interés del gestor se sobrepone al del mandante, como si autorizado para fijarse honorarios lo hiciese en cantidades muy superiores a la costumbre, comprase bienes del mandante en los límites de la lesión enorme o se los vendiese en similares condiciones a personas relacionadas, tomase sus valores sin interés o con intereses irrisorios frente al mercado o le prestase con intereses rayanos al límite máximo convencional, diere interés a terceros a través de comisiones injustificadas económicamente o sobre operaciones ruinosas, alterase las cuentas y documentación de respaldo o no las rindiese oportunamente, haciendo imposible la revisión de su gestión, etc.

Sin embargo, aunque el criterio de la prevalencia del interés del gestor para afirmar la existencia de una administración desleal es objetivo y practicable, importa una preferencia por el modelo de regulación que el legislador ha declarado seguir, esto es, el del Art. 22 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, pero que no se incorporó expresamente al texto legal que puede emparentarse mejor con el §266 StGB, cuyo fraseo es similar. Por eso se ha sostenido que nuestra regulación, aparte de los casos más evidentes y mencionados como ejemplos en el párrafo anterior, contempla otros más problemáticos y de difícil delimitación<sup>5</sup>.

4 *Historia*, p. 5.

5 BASCUÑÁN, Antonio, “La administración desleal bien conocida”, *Revista Capital* 15.4.2019

En el siguiente grupo de casos, “ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del patrimonio afectado”, la objetivación del principio de probidad respecto de los particulares es más clara, aunque ello no importe toda la claridad que el texto requiere. A nuestro juicio, el primer grupo de casos relevante incorporado en esta modalidad sería el de quienes tienen a cargo la salvaguardia de patrimonios ajenos, sin contar con facultades de disposición, donde es fácil percibir que se incurriría precisamente en la conducta punible si se dispone de un bien o se obliga al afectado sin facultades para hacerlo. Un segundo grupo de casos es el de quienes omiten realizar actos de salvaguardia, teniendo o no facultades de administración: dejar transcurrir plazos que impiden el cobro de créditos en perjuicio del patrimonio gestionado (Art. 408 CC) o que hagan posible la creación de créditos inexistentes o abultados contra su titular (como sucede en el proceso de reclamación de cuentas de créditos y tarjetas bancarias). En ciertos casos, como el abandono de un procedimiento de cobro una vez iniciado que hace imposible su continuación (Art. 152 CPC), la misma omisión contraria a los deberes mínimos de administración podría gatillar la responsabilidad a este título de quien recibe valores en comisión de cobranza o, incluso, del procurador o abogado responsable de la omisión perjudicial, que por sus omisiones dejan prescribir los títulos que se traten, infracción grave en casos de guardas y curatelas (art. 409 CC). También, atendida la especial regulación de las facturas electrónicas, su aceptación tácita por parte del representante del obligado, omitiendo el reclamo dentro del plazo correspondiente (Art. 4 Ley 19983) podría hacer surgir este delito. En estos dos últimos casos, al afectarse bienes jurídicos diferentes (la correcta administración de justicia y la confianza en los medios de pago, respectivamente), lo que surgirá junto a la administración desleal será un concurso ideal con las figuras especiales de prevaricación del Art. 231 y falsedad en documentos mercantiles, del Art. 197 Inc. 2º. Pero el mero dejar pasar oportunidades de negocios que con el tiempo se revelan productoras de grandes ganancias (p. ej., el financiar ciertas *Startups*, adquirir valores nuevos en la bolsa o en el mercado secundario, etc.) no es delictivo, a menos que esa omisión sea coetánea con una decisión de invertir los bienes propios en tales negocios, recibiendo beneficios de los que se priva al patrimonio administrado, y dejando de practicar las mínimas diligencias para que el patrimonio gestionado obtenga siquiera el interés corriente de su depósito en una institución financiera (Art. 406 CC, donde indirectamente se recoge la parábola de los talentos como ejemplo de administración mala y negligente, según se explica en Mateo 25: 14-30).

El perjuicio irrogado al titular del patrimonio afectado es, en este caso, deducible mediante la simple operación matemática de comparar el valor patrimonial inicial con el del momento en que la gestión o salvaguarda desleal se descubre o por la constatación de la pérdida o deterioro del bien que debía salvaguardarse determinadamente, sin necesidad de la comprobación de un beneficio pecuniario

correlativo en el administrador o un tercero relacionado. Pero si los actos abusivos o contrarios al interés del titular del patrimonio afectado no le generan pérdidas o, aún generándolas en el caso particular, ellas no son capaces de afectar el patrimonio porque éste se ha mantenido o aumentado gracias a otros negocios beneficiosos realizados por el administrador, no se habrá producido el daño que la ley pretende evitar. Tampoco lo habrá si el resultado no es imputable objetivamente al administrador, como en el caso que sea resultado de la intervención directa en ellos del propio titular del patrimonio administrado, una orden o decisión de autoridad, o el engaño o violencia de terceros.

En cambio, la participación de terceros ignorantes del sentido económico de los actos, que actúan por orden o instigación del gestor, como los trabajadores de los departamentos jurídicos, de contabilidad y finanzas en las sociedades comerciales más o menos relevantes, no exime de responsabilidad a quien ordena o induce a tales conductas, sino que bien puede verse aquí una forma de autoría mediata con instrumento engañado o prevaliéndose de una posición de mando, dada la subordinación y dependencia propia de las relaciones laborales (Art. 2 Código del Trabajo)

Finalmente, se debe destacar que, por su ubicación sistemática y la falta de indicaciones subjetivas específicas, se trata de un delito que requiere la prueba del dolo, tanto en su forma activa como pasiva, pues no se admite como delito la administración negligente, la imprudente ni aquella que debe soportar los infortunios de los vaivenes de un mercado abierto. Esta prueba supone el conocimiento del gestor o de quien tiene la salvaguardia del patrimonio del sentido económico de las acciones que ejecuta o las omisiones en que incurre y la voluntad de que produzcan un efecto económico perjudicial.

En cuanto a las relaciones concursales diferentes de las ya enunciadas, es preciso distinguir esta figura de la apropiación indebida del Art. 470 N° 1. Su diferencia específica, como ya señalamos, radica en el objeto sobre que recae: un patrimonio, entendido principalmente como universalidad, pero también “parte de él”, lo que incluye los bienes inmuebles y muebles que lo componen, mientras que en la apropiación indebida se trata exclusivamente de “dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble”. Y, en el caso de la administración de bienes muebles singulares, la apropiación indebida sólo aplica a los supuestos en que éstos se reciben con un título que produzca “obligación de restituirlos” y castiga su apropiación o distracción. En cambio, en la administración desleal está supuesta la posibilidad de que la administración permita la disposición de dichos bienes, si el gestor tiene tales facultades, y lo que se sanciona no es, por tanto su no restitución o aplicación a un uso diferente al determinado, sino la producción de un perjuicio patrimonial al ejercer las facultades de administración conferidas (de nuevo, como en el caso de la venta de un bien administrado a un precio cercano al de la lesión enorme). De allí que ahora



puedan concebirse figuras de administración desleal respecto no solo de los bienes en sí mismos que se administran, sino también de los frutos que producen, que no son entregados por el administrado, pero respecto de los cuales también existe obligación de rendir cuentas y entregar, aunque no de “restituir” en un sentido estricto. Finalmente, mientras en la apropiación indebida el perjuicio se presenta como una condición objetiva de punibilidad, que no requiere prueba de la subjetividad, en la administración desleal la subjetividad es determinante para distinguir la mera negligencia en la gestión de los negocios ajenos del hecho delictivo destinado a irrogar perjuicios al administrado. De este modo, el nuevo delito de administración desleal no solo viene a llenar el vacío existente respecto de las universalidades y los bienes inmuebles, sino que, como sostuvo la Indicación Sustitutiva del Ejecutivo, “asegura que la discusión sobre si en un caso concreto concurrirán las exigencias de este nuevo tipo penal o de la apropiación indebida tenga sólo interés académico”<sup>6</sup> y, añadiríamos nosotros, pretérito.

Por otra parte, las figuras de los artículos 233 a 236, 464, 464 bis, 469 N° 3 y 4° y 470 N° 2, aplicables a empleados públicos, vendedores o liquidadores designados en un procedimiento concursal comisionistas y capitanes de buques, serían especiales, tanto por los sujetos precisos a que se refieren como las específicas conductas que describen. Luego, en un caso de concurrencia múltiple de todas estas figuras debería preferir la que contemple pena más grave (subsidiariedad), salvo el caso de los delitos del Art. 464 y 464 bis, que solo pueden perseguirse previa denuncia o querrela de la Superintendencia respectiva. Tratándose de las figuras de peligro de negociación incompatible (Art. 240) y cohecho (Art. 287 bis), la relación que se produce es de consunción (un peligro antecedente al perjuicio debiera subsumirse en éste). Sin embargo, si se estima que la diferente ubicación sistemática y forma de penar los hechos (sin atención a la cuantía en los últimos casos) importa también diferentes bienes jurídicos en juego (la probidad en el caso del Art. 240; la libre competencia en el del Art. 287 bis), la relación sería de concurso ideal, igual que la existiría entre la falsificación de instrumentos públicos y la administración desleal.

### 3. CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS

Como explicamos, el sujeto activo de este delito es quien, por contrato, ley o acto de autoridad o tiene el deber de salvaguardar el patrimonio o parte del patrimonio de otro. No cabe duda de que el *Administrador proindiviso*, nombrado de

6 *Historia Ley 21121*, p. 82. El texto citado se refería a las potenciales diferencias penológicas que no existen al encontrarse tanto la apropiación indebida como la administración desleal en el mismo artículo, pero, en realidad, es aplicable a toda la discusión antes planteada sobre si la apropiación indebida alcanzaba o no casos de administración desleal.

conformidad con lo dispuesto en el Art. 653 del Código de Procedimiento Civil, adquiere la responsabilidad de gestionar la totalidad del patrimonio hereditario, quedando sujeto a la limitación de gastos y rendición de cuentas que la ley impone. Como administrador judicial pro indiviso, sus facultades se encuentran limitadas y están “sujetos en su administración a todas las trabas de los tutores o curadores, y además se les prohíbe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas” (Art. 487 Código Civil). Además, “se les prohíbe especialmente alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos, y enajenar aun los bienes muebles que no sean corruptibles” (Art. 488 Código Civil).

Encargada la administración de uno de los bienes comunes por el *Administrador pro indiviso* a otro comunero, que actúa como *Administrador de hecho*, obliga también a éste a su salvaguardia, por disposición contractual y, en todo caso, los hace coautores de los eventuales hechos punibles que de esta forma de administrar sigan, según dispone el Art. 15 N 1 y N° 3 CP.

Los frutos de los bienes hereditarios son parte del patrimonio de cada uno de los herederos a prorrata de sus derechos, aun cuando no se haya producido la división de aquellos que los producen. Así lo señala expresamente el Código de Bello en su Art. 1338, estableciendo que “los frutos percibidos después de la muerte del testador, **durante la indivisión, se dividirán**” entre los asignatarios, legatarios y herederos, y que éstos, “tendrán derecho a todos los frutos y accesiones de la masa hereditaria indivisa, **a prorrata de sus cuotas**”; disposición coincidente con la del Art. 2310, según la cual “los frutos de la cosa común **deben dividirse entre los comuneros, a prorrata de sus cuotas**”. Y como según el Art. 647 CC, entre los frutos civiles de una especie se cuentan “los precios, pensiones o cánones de arrendamiento”, tales cánones debieran entregarse prorrateados a cada heredero según sus derechos, al momento en que se perciben, y sin esperar la división.

Luego, en el caso propuesto, al momento de entrar en vigor el Art. 470 N° 11 CP, la *Administradora pro indiviso* y el *Administrador de hecho* que recibían o administraban los frutos de la herencia, tenían a su cargo la salvaguardia o gestión de la parte de éstos que correspondía al heredero que no administraba (la *Sociedad Comercial*) y estaban, por tanto, obligados a su salvaguardia y gestión, consistente en entregarle esa parte y rendir la cuenta respectiva, sin esperar la división.

En este contexto, no entregar su parte de los frutos a la *Sociedad Comercial* ni rendir las cuentas exigidas en la oportunidad correspondiente, empleándola presuntivamente para usos propios, puede calificarse como acciones y omisiones “manifiestamente contrarias al interés” de la *Sociedad Comercial*, titular del patrimonio afectado, que le han irrogado un perjuicio equivalente al de la pérdida del valor de

esos frutos. Ese perjuicio, desde el momento de la entrada en vigor del delito del Art. 470 N° 11 del Código penal (20.11.2018) hasta el de la elaboración del presente informe, asciende a la suma de al menos \$36.000.000 (más de 400 UTM), correspondiente al 20% del total de los frutos civiles de los bienes comunes percibidos conjuntamente por la *Administradora proindiviso* y el *Administrador de hecho* (\$180.000.000, a razón de \$20.000.000 mensuales por nueve meses), según se ha determinado mediante tasación judicial y otras pericias.

#### 4. CONCLUSIONES

- a. El nuevo delito de administración desleal del Art. 470 N° 11 ha venido a llenar una laguna en la protección del patrimonio ajeno entregado a la gestión o salvaguardia del Art. 470 N°1, ambos del Código Penal, otro, abarcando un grupo de casos no (apropiadamente) regulados por el delito de apropiación indebida, como la administración de universalidades jurídicas (patrimonios), bienes inmuebles y bienes muebles (parte del patrimonio) que no han sido recibidos previamente con obligación de restituir, sino de gestionar o salvaguardar;
- b. En su modalidad de abuso de facultades de disposición o para obligar al titular del patrimonio afectado, aunque el delito no requiere la comprobación de una actuación contraria al interés del patrimonio afectado sino la evaluación del carácter perjudicial para el patrimonio de la conducta del gestor, en la mayor parte de los casos relevantes estará presente el hecho de que el gestor ha puesto su interés o el de personas relacionadas por sobre el del titular del patrimonio afectado, como manifestación de la idea de corrupción entre privados. Sin embargo, el fraseo de la ley y su semejanza con el § 266 StGB, permite apuntar también a otros grupos de casos, demás difícil delimitación, en que el perjuicio se produzca sin que exista necesariamente la prevalencia del interés del gestor sobre el del titular del patrimonio afectado. En ningún caso, eso sí, parece admitir una forma omisiva, por cuanto no puede haber abuso en lo que no se hace;
- c. En su modalidad de acciones u omisiones manifiestamente contrarias al interés del titular del patrimonio afectado, el aspecto de corrupción entre privados del delito permite comprender en él omisiones perjudiciales en beneficio del interés del gestor y de quien tiene la salvaguardia del patrimonio o parte del patrimonio afectado, pero también hechos en que solo se produce un perjuicio al titular del patrimonio afectado, sin que exista prueba de beneficio correlativo para el gestor o encargado de

su salvaguardia, como las faltas evidentes en la adopción de las medidas mínimas de gestión para la mantención del valor del patrimonio (por ejemplo, su inversión en depósitos que rindan interés o en bienes raíces, como manda el Art. 406 CC, respecto de las curatelas) o su salvaguardia (el correcto y oportuno ejercicio de las acciones de cobro, impidiendo su prescripción, Art. 408 CPC);

- d. En ambos casos se trata de figuras dolosas, que exigen conocimiento del sentido económico de los actos e intención de causar un perjuicio, pues se trata de un delito de resultado (irrogar perjuicio a un patrimonio ajeno) que no contempla indicaciones subjetivas que modifiquen la regla general del Art. 1 CP. Por tanto, no hay administración desleal en las gestiones imprudentes o negligentes ni en el infortunio en los negocios que se emprenden; y
- e. En un caso en que se ha nombrado judicialmente un *Administrador proindiviso* y éste ha consentido la actuación de un *Administrador de hecho*, la no entrega de la parte de los frutos de los bienes comunes que corresponde a un heredero no vinculado con ellos en alguna de las formas descritas en el Art. 489 CP, sin rendición oportuna de cuentas, y su presunta destinación a fines propios, puede considerarse administración desleal, por tratarse de acciones y omisiones que irrogan un perjuicio directo al titular del patrimonio afectado, al perder la parte que le corresponde en dichos frutos, a prorrata de sus derechos hereditarios y sin necesidad de esperar la división de los bienes comunes que los producen.

## BIBLIOGRAFÍA

- BASCUÑÁN, Antonio, “La administración desleal bien conocida”, en: *Revista Capital* 15.4.2019
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 21.121, pp. 5, 82, 193 y ss.
- HERNÁNDEZ, Héctor, “La administración desleal el del Derecho Penal chileno”, en: *Rev. Derecho P.U.C. Valparaíso*, Vol. 26, N° 1 (2005), 202
- MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M.C., Manual de Derecho Penal chileno. Parte especial. 3ª ed., Valencia, 2019, p. 444s.