



Centro UC
Gobierno Corporativo

DOCUMENTOS
DE OPINIÓN
46.2020

NUEVOS DELITOS EMPRESARIALES: VACÍOS E INCOHERENCIAS

PARTE II

Enrique Alcalde Rodríguez ¹

Según expusimos en una publicación anterior (Documentos de Opinión 043-2020 CGC UC), con la creación, a fines del año 2018, de nuevos delitos en el ámbito empresarial (particularmente la *negociación incompatible* y la *administración desleal*), quedó en evidencia que los nuevos tipos penales exhiben diversos vacíos e incoherencias que, por lo mismo, incrementan considerablemente el riesgo de aquellos que se desempeñan como directores o gerentes de una sociedad, especialmente si esta es anónima.

Habiendo ya tratado, en dicha publicación, sobre los problemas y dudas que presenta el nuevo delito de *negociación incompatible*, en lo que sigue abordaremos tales tópicos en relación con el delito de *administración desleal*.

El nuevo N°11 del artículo 470 del Código Penal previene: *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.

En los casos previstos en este artículo se impondrá, además, pena de multa de la mitad al tanto de la defraudación.

La pena asignada a este delito, puede variar entre 3 años y 1 día a 5 años; pero se aumenta en un grado (pudiendo alcanzar hasta los 10 años de presidio), “*en caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial*”.

A diferencia del tipo penal referido a la “*negociación incompatible*”; el delito de “*administración desleal*” es un *delito de resultado* ya que, para verificarse, es necesario que el titular del patrimonio haya sufrido un *perjuicio*. Sin embargo, y contrariamente a lo que se ha sostenido por algunos, no es requisito que aquel que administra deslealmente haya obtenido a su

¹ Enrique Alcalde R. es Doctor en Derecho, Profesor Titular UC y Director del CGC UC.

vez un beneficio a consecuencia de su conducta.

Al igual que en el caso del delito de negociación incompatible, este nuevo tipo penal también permite formularnos algunas interrogantes.

Primeramente, cabe preguntarse **¿cuál es el sujeto activo del tipo penal?**

La ley alude “*al que tiene a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste*”.

Tratándose de una sociedad anónima, sabemos que la administración corresponde al directorio. También sabemos que los directores, individualmente considerados, no administran la compañía, ya que ello compete al directorio como órgano societario, el cual solo puede actuar de este modo en sala legalmente constituida.

Dado ello, surgen las siguientes preguntas:

¿Se aplicará el precepto si el hecho es imputable a un director que actuó al margen del directorio, es decir, de manera aislada e independiente y no *en sala legalmente constituida*? ¿Si alguno de los directores que se opuso al acto, toma conocimiento del hecho, debe denunciar penalmente a los demás directores o al gerente o apoderado que ejecutó el acto o incurrió en la omisión, para no ser considerado *encubridor* del delito?

En otro orden de ideas, pero siempre referido a este nuevo delito, dado que se puede incurrir en él por una *mera omisión* en la administración del patrimonio ajeno, es pertinente preguntarse si ¿podrían subsumirse en él los casos en que simplemente el directorio deje pasar oportunidades de negocio que podrían haberle producido un beneficio económico a la compañía? Y si es así, ¿cómo se determina en tal caso el perjuicio si el negocio no llegó a concretarse?

Por otro lado, una gran interrogante que plantea esta nueva figura penal consiste en averiguar ¿cuál es el interés del titular del patrimonio que protege la norma penal?

Considerando que el patrimonio de la sociedad anónima es diverso del patrimonio

de los accionistas, aparentemente la respuesta es simple. Por “titular del patrimonio” debiese entenderse la compañía misma. En consecuencia y dado que la Ley de Sociedades Anónimas (“LSA”) obliga a administrar en el mejor “interés social”, lo determinante, para dar por configurado el delito es saber si la acción u omisión de que se trata es o no manifiestamente contraria al interés social.

Pero aquí enfrentamos un nuevo problema. Ni la LSA y ninguna otra ley definen el “interés social” y, lo que es todavía peor, aún se discute en doctrina y en nuestros tribunales de justicia qué es el interés social.

Esta discusión, que se inició a principios del siglo pasado, constituye el reflejo de la constante polémica que desde entonces se ha suscitado respecto de las características cualitativas del derecho societario.

Para solo enunciar el problema, recordemos que en torno al concepto de interés social se han postulado básicamente dos grandes teorías; la *contractualista* y la *institucionalista*. Seguir una u otra tiene enormes repercusiones en lo que respecta a este nuevo delito, particularmente porque mientras una lleva a restringir al grupo de sujetos que puede considerarse “titular del patrimonio afectado”; la otra permite ampliarlo de manera casi ilimitada.

Y así, por ejemplo, si se estima que la principal responsabilidad de la sociedad es crear el mayor valor posible para todos los grupos de interés afectados por la actividad empresarial, los llamados *stakeholders* pasan a ser “acreedores” de la sociedad ubicados al mismo nivel de los “accionistas”. Por lo mismo, éstos podrían considerarse afectados, invocando su condición de “titulares del patrimonio” que protege la norma penal, quedando de este modo habilitados para deducir querellas por administración desleal. De hecho, este tema ha cobrado especial relieve desde el año recién pasado con ocasión de la carta suscrita por la autoproclamada Mesa Redonda de los Negocios, que agrupa a los directores

ejecutivos de las empresas más poderosas de Estados Unidos. En esa carta se anuncia -con bombos y platillos- la enmienda de su mantra: "Los accionistas primero". En Chile varios empresarios se sumaron inmediatamente al nuevo coro, afirmando que los accionistas solo son un *stakeholder* más y así deben ser tratados.

Si este tipo de afirmaciones son o no "populismo empresarial" es algo sobre lo que no me compete pronunciarme. Lo que sí es claro es que concepciones como ésta no son inocuas desde el punto de vista jurídico, particularmente en lo que atañe a la responsabilidad legal de los directores.

También cabe formularse dudas respecto a la significación y efectos que tiene el concepto de "interés social" y, por tanto, de "titularidad" del patrimonio afectado, en los casos de sociedades insolventes.

Y la pregunta puede plantearse en los siguientes términos:

¿En casos de insolvencia actual o inminente de una sociedad, puede considerarse que existen deberes fiduciarios de directores y gerentes frente a los acreedores sociales?

Si la respuesta es afirmativa, quiere decir que se incurre en este delito si directores o gerentes afectan, con sus decisiones, a tales acreedores.

La ley inglesa, por ejemplo, establece que cuando los administradores conocieron o debieron haber conocido que existían perspectivas razonables de que la sociedad cayera en insolvencia, tienen el deber genérico de adoptar cada una de las medidas necesarias para minimizar las pérdidas de los acreedores.

Lo mismo se concluye a partir de la doctrina y jurisprudencia de los EEUU, donde se considera que en estas situaciones de crisis los acreedores sustituyen a los accionistas en la titularidad de los deberes fiduciarios.

Tratándose del caso chileno, ¿sería factible admitir que en estas situaciones la diligencia debida por los administradores debiese orientarse, de un modo especial y preferente, a satisfacer el interés de los

acreedores en su conjunto? ¿Podría sostenerse que en este escenario son en definitiva los acreedores de la compañía quienes realmente han pasado a asumir el riesgo empresarial, reemplazando en este rol a los propios accionistas? Y si es así, ¿podría considerarse, por tanto, que tales acreedores pasan a ser "*los titulares del patrimonio afectado*" a que alude el tipo penal de la administración desleal?

Otro tema particularmente relevante, vinculado al nuevo tipo penal, consiste determinar cómo se compatibiliza la aplicación de esta figura con la regla del juicio de negocios.

Para nadie constituye una novedad el que, en numerosas ocasiones, las decisiones de los directores revisten una especial complejidad, siendo adoptadas por éstos en situación de riesgo y usualmente disponiendo de un escaso margen de tiempo para decidir.

Se suma a lo dicho, el que la obligación que asumen los directores no consiste en asegurar el éxito económico de la empresa, lo que naturalmente excede de la diligencia exigible, sino en desempeñar el cargo cumpliendo sus deberes con miras a satisfacer el interés social.

Esta realidad, así como el hecho de que la valoración o juzgamiento de la conducta del director deba hacerse ex post por los jueces, ha determinado, en el derecho estadounidense, la elaboración de la denominada *business judgment rule*, la que podemos traducir como "Regla sobre el Juicio de Negocios".

Esta Regla es un corolario de la disposición estatutaria y legal en orden a que son los directores los que deben conducir la sociedad, lo cual se traduce en que la decisión de negocio adoptada por ellos, de buena fe, de forma razonablemente informada, y bajo el supuesto que no se hayan visto afectados por un conflicto de interés, no será desafiada por los tribunales y, por lo mismo, no serán responsables por las consecuencias de la misma, incluso en aquellos casos en que aparezca claramente que ha habido errores o

incluso se haya derivado en un desastre para la compañía.

Creo importante destacar que la vigencia de esta regla, en nuestro propio medio jurídico, ha sido aceptada no solo por el regulador sino que incluso por los tribunales de justicia al menos en tres oportunidades.

Lo relevante, entonces, será determinar cómo se compatibiliza la prohibición de actos u omisiones “*contrarios al interés del titular del patrimonio afectado*” que tipifica este nuevo delito, con esta Regla que supone, precisamente, no hacer responsables a los directores aún en el evento que el resultado de sus decisiones haya causado un perjuicio a la compañía.

En este mismo contexto, otro tema especialmente interesante es analizar las dificultades que presenta este nuevo delito tratándose de operaciones entre sociedades o compañías que forman parte de un mismo Grupo Empresarial.

Uno de los aspectos fundamentales que presentan los grupos empresariales se relaciona, y muy estrechamente, con los *conflictos de interés* que pueden presentarse entre las diversas entidades que conforman el grupo.

Y esto es particularmente evidente cuando las decisiones que se adoptan en función del interés común del grupo o en beneficio de la sociedad dominante, pugnan con los intereses de aquellos que ocupan una posición minoritaria en las compañías que lo integran.

¿Qué pasa en nuestro ordenamiento jurídico? El legislador nacional ha consagrado en términos explícitos, por una parte, la legitimidad de que accionistas sindicados actúen motivados en función de *intereses comunes* a las distintas compañías pertenecientes al grupo y, por la otra, que el conjunto de vehículos societarios que forman parte de él se *subordine* a dicho interés común. Ello se desprende, a mi juicio, de la propia definición legal de "Grupo Empresarial" que se contiene en el artículo 96 de la Ley sobre Mercado de Valores, en

relación con lo prevenido en el artículo 98 de la misma ley.

En consecuencia, la circunstancia de que nuestra ley expresamente admita la subordinación a un *interés común* del grupo en cuanto tal podría permitir que, ante situaciones concretas, una operación que en principio pueda estimarse lesiva para los intereses de una determinada sociedad, resulte, en definitiva, conveniente para ella misma atendidos los beneficios que se siguen de su pertenencia al grupo o de las compensaciones que de ello se deriven.

Considerando lo dicho, cabe entonces preguntarse: ¿se podría entender configurado el delito de administración desleal si una determinada operación favorece, por ejemplo, solo a la matriz y no a una filial? Por ejemplo, la sociedad matriz desarrolla una “oportunidad comercial” que perfectamente podía acometer una de sus filiales, privándola así de los beneficios que de ella puedan derivarse. ¿Podrían los accionistas minoritarios de esta filial, así desplazada, querrellarse invocando este nuevo delito.

Pareciera que en la forma en que se halla redactado el tipo penal no sería posible escudarse en el interés del grupo como manifestación del interés social del propio conglomerado considerado en su conjunto. Y si esto es cierto, los riesgos jurídico-penales de operar como directores de sociedades que forman parte de un grupo empresarial se incrementan de una manera considerable.