



Centro UC
Gobierno Corporativo

DOCUMENTOS
DE OPINIÓN
43.2020

Nuevos Delitos Empresariales: Vacíos e Incoherencias Parte I

Enrique Alcalde R.¹

Dentro de la comunidad jurídica, algunos alaban el que ahora cobre vida la frase final del artículo 133 de la LSA, cuando expresa que además de las sanciones civiles y administrativas, quienes infrinjan esta ley también quedan sujetos a sanciones de naturaleza penal. Los penalistas, por su parte, sienten que se ha escuchado su antiguo llamado a consagrar en nuestro derecho no solo aquellas conductas que suponen atacar el patrimonio de una compañía desde afuera –como sucede con la estafa– sino que también aquel ataque que puede sufrirse desde adentro –como como ocurre con la administración desleal–.

La principal interrogante que desde ya se puede plantear tiene que ver con la experiencia y conocimientos que en muchas ocasiones exige el juzgamiento en estas materias. Y en este sentido es oportuno preguntarse:

¿Sabían exactamente nuestros legisladores lo que hacían al crear estos nuevos delitos?

¿Se les ocurrió, acaso, que su creación exigía compatibilizar estas nuevas figuras penales con aquello que nuestra legislación societaria y mercantil ya establecía en estas mismas materias, a fin de evitar contradicciones y lagunas legales?

En esta breve exposición, procuraremos destacar aquellos puntos o aspectos prácticos que no resultan del todo claros y evidentes y que, por lo mismo, incrementan considerablemente el riesgo de aquellos que se desempeñan como directores o gerentes de una sociedad, particularmente si esta es anónima.

En esta primera parte, trataremos sobre el delito de “negociación incompatible”, para abordar, en el próximo Newsletter, el delito de “administración desleal”.

El nuevo artículo N°7 del Art. 240 del Código Penal castiga con penas privativas de libertad a: “El director o gerente de una sociedad anónima que directa o indirectamente se interese en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad, incumpliendo las condiciones establecidas por la ley, así como toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores o gerentes de estas sociedades.

Las mismas penas se impondrán a las personas enumeradas en el inciso precedente si, en las mismas circunstancias, dieren o dejaren tomar interés, debiendo impedirlo, a su cónyuge o conviviente civil, a un pariente en cualquier grado de la línea recta o hasta en el tercer grado inclusive de la línea colateral, sea por consanguinidad o afinidad.

Lo mismo valdrá en caso de que alguna de las personas enumeradas en el inciso primero, en las mismas circunstancias, diere o dejare tomar interés, debiendo impedirlo, a terceros asociados con ella o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que ella misma, dichos terceros o esas personas ejerzan su administración en cualquier forma o tengan interés social, el cual deberá ser superior al diez por ciento si la sociedad fuere anónima.”

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

Lo primero que debe destacarse con esta nueva figura penal es que se trata de un “delito de peligro”.

Es decir, el fundamento de su castigo es que la conducta sancionada supone el riesgo o posibilidad de que se produzca un resultado indeseable. Por lo mismo, basta, para sancionar a una persona, la peligrosidad de su conducta: en este caso, “interesarse”, “tomar interés” o “dejar tomar interés” en los casos que señala el precepto legal, independientemente de que ello se traduzca en un perjuicio para el patrimonio de la compañía. En otras palabras, se trata de una criminalización por las dudas de que se verifique un resultado que el legislador desea evitar.

De la lectura del precepto puede desde ya desprenderse una conclusión relevante en lo que respecta al sujeto activo del tipo penal; es decir, la persona que puede incurrir en este delito.

Y es que además de los sujetos indicados en el encabezamiento del precepto (directores o gerentes de una sociedad anónima, abierta o cerrada) pueden también cometer este delito todas aquellas personas a quienes se les apliquen las normas que, en materia de deberes, rigen para directores y gerentes.

Resulta, entonces, de la mayor importancia saber quiénes son estas otras personas distintas de los directores y gerentes.

Por de pronto, pareciera indudable que caben dentro de estas personas aquellos que la misma Ley de Sociedades Anónimas (LSA) denomina “ejecutivos principales”. Y esto porque su artículo 50, en términos explícitos y directos, hace aplicables a tales ejecutivos las normas que establece para los directores. Recordemos, a su vez, que se entiende por “ejecutivo principal” a cualquier persona natural que tenga la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad, ya sea por sí solo o junto con otros. Y siendo absolutamente indiferente la modalidad laboral o contractual bajo la cual el

ejecutivo esté relacionado a la compañía, o el título o denominación de su cargo o trabajo.

Enseguida, cabe preguntarse si los únicos que pueden cometer el delito son los directores, gerentes y ejecutivos principales de una sociedad anónima, abierta o cerrada.

Pareciera que no. Porque si la intención del legislador hubiese sido esa, así lo habría hecho al encabezar la norma, agregando simplemente la denominación de “ejecutivos principales” a la de directores y gerentes.

Por lo mismo, puede, por ejemplo, plantearse la interrogante: ¿están incluidos en el nuevo delito los administradores de una sociedad por acciones? Y la pregunta es relevante ya que, en la práctica, las SPA han venido a sustituir a las sociedades anónimas cerradas.

Uno podría sostener que en principio sí, desde el momento en que este tipo societario se rige supletoriamente por las disposiciones de la LSA y, por tanto, sus administradores quedarían comprendidos en las expresiones “todas aquellas personas a quienes se les apliquen las normas que, en materia de deberes, rigen para directores y gerentes”.

El punto es más oscuro, en cambio, si se trata de determinar si pueden cometer este delito los administradores de una sociedad de personas, como la sociedad colectiva o la de responsabilidad limitada. La duda es pertinente porque muchos de los deberes de los directores y gerentes de una sociedad anónima también se hallan presentes en esta clase de compañías, ya sea por la vía de una disposición legal directa que establece el respectivo deber, o porque los principios que rigen su administración son similares a los que imperan tratándose de una sociedad anónima, en lo que respecta al carácter fiduciario del encargo que se les ha confiado.

Una tercera duda tiene que ver con la frase que “se interesare en cualquier negociación” si consideramos

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

que “interesarse” en las operaciones y negocios de la compañía es, precisamente, la principal obligación o deber de un gerente o director.

No obstante, pareciera que no existen dudas en el sentido de que con esas expresiones (“interesarse en una operación”) el legislador quiso aludir a los conflictos de interés que puede enfrentar un gerente o director. Pero, indudablemente, no puede hallarse sancionado el mero hecho de enfrentar un conflicto de interés. Esta sola circunstancia, considerada en sí misma, no es buena ni mala. De hecho la misma LSA ha previsto la situación; lo relevante es determinar cómo se resuelve el conflicto de interés.

Y aquí entra un segundo requisito establecido para sancionar al gerente o director, cuando exige “interesarse en la operación”, y agrega: “incumpliendo las condiciones establecidas por la ley”.

Sin embargo, aquí surge nuevamente una interrogante: ¿cuáles son esas condiciones establecidas en la ley? ¿Aquellas que prescriben los artículos 42 N°5, 44 y 147 de la LSA o también otras que pueden no hallarse descritas en esos preceptos?

¿Qué sucede si se incumplen condiciones establecidas en otras leyes, como en el caso de las que rigen las actividades reguladas mediante un estatuto normativo particular? ¿Se satisface igualmente el tipo penal?

Con todo, es posible plantearse aún otra duda en lo que respecta a este “cumplimiento de las condiciones establecidas en la ley”.

¿Basta una aprobación formal de los estatutos, junta de accionistas o directorio, según el caso, para entender cumplida esta exigencia? ¿O se requiere, en cambio, un cumplimiento material de las normas, que apunte a su fondo o substancia y no solo a formalidades externas?

La misma pregunta se ha planteado en otros países que ya cuentan con este tipo de normas. Así, por ejemplo, en España se ha entendido que basta con un cumplimiento “formal” de

las condiciones establecidas en la ley; mientras que en Alemania se ha exigido una observancia “material”, que va más allá de la mera autorización de un órgano societario.

En el caso de Chile, hay buenas razones para sostener que no es suficiente un simple cumplimiento “formal”. Esto por el expreso tenor del artículo 41 inc. final de la LSA, el cual prescribe que: “La aprobación de la junta de accionistas, sea general o específica, de actos o negocios determinados de los directores; no los exonera de responsabilidad, cuando se hubieren celebrado o ejecutado con culpa leve, grave o dolo”.

Una cuarta duda que suscita este nuevo delito se vincula al inciso segundo de este precepto, cuando alude a quienes “dejen tomar interés, debiendo impedirlo”. Y la duda es doble, o, si se quiere, asume dos aspectos diversos.

Por un lado, hay que recordar que el art. 44 de la LSA señala cuándo se entiende que un director o gerente tiene “interés”; pero resulta que el nuevo tipo penal, al referirse a las personas que no pueden tomar interés en la operación es más amplio que la norma societaria. Por ejemplo, incluye al “conviviente civil” y a los parientes en cualquier grado de la línea recta o hasta en el tercer grado inclusive de la línea colateral, sea por consanguinidad o afinidad.

Así, por ejemplo, mientras la LSA deja afuera al tío o sobrino del cónyuge del director o gerente, este nuevo delito lo incluye. Y lo incluye no solo a él, sino que a cualquier “sociedad” o “asociación” en que este pariente del gerente o director –o del cónyuge o conviviente del gerente o director– participe, por insignificante que sea esa participación, si no se trata de una sociedad anónima.

Es decir, según la LSA en estos casos no se requeriría seguir el procedimiento ni cumplir requisitos que establece el art. 44 (y art. 147, si se trata de una “abierta”); pero, para no incurrir en el nuevo delito, sí habría que seguirlo, ya que su tipo penal es más amplio.

Pero si se concluye que debe seguirse este procedimiento, surge entonces la interrogante: ¿Cuáles serían en esa situación las “condiciones establecidas en la ley” a que se refiere el Código Penal, porque la LSA simplemente no reguló esos casos y, por tanto, no estableció un “procedimiento” o “condiciones” a seguir?

Por otro lado, es importante preguntarse qué entiende la norma cuando emplea las expresiones “debiendo impedirlo”.

Una primera interrogante lleva a preguntarse ¿por qué la ley alude a un “deber de impedir” la contratación con personas relacionadas si, al mismo tiempo, no existe ninguna disposición en la legislación societaria ni en la penal que establezca este supuesto deber. Al contrario, la legislación mercantil permite, expresamente, este tipo de contrataciones. Así las cosas, se podría alegar que uno de los supuestos mismos de este nuevo tipo penal carece, simplemente, de una fuente normativa que permita darle vigencia efectiva.

Una segunda interrogante es determinar ¿por qué debe impedirse que alguno de estos terceros –que ni siquiera son “personas relacionadas” conforme a la LMV y LSA– puedan celebrar un contrato con la sociedad?

¿Por qué el derecho penal extendió o amplió prohibiciones que ni el propio derecho societario considera riesgosas o dignas de ser sancionadas? ¿Por qué no se siguió un mismo criterio, si se tiene presente que la accesoriedad del derecho penal debiera llevar a sancionar conductas que el legislador mercantil o societario desea prevenir?

Una quinta interrogante que nos plantea este nuevo delito es si solo se aplica a las hipótesis en las cuales existe una operación entre partes relacionadas; o se extiende, también, a los casos en

que el director o gerente se apropia de una oportunidad comercial de la sociedad, desarrollándola él mismo, por sí o a través de una persona relacionada.

Esta situación, como sabemos, está expresamente prohibida al tenor del numeral 6 del artículo 42 de la LSA y art. 148 de la misma ley, si se trata de compañías “abiertas”.

Y si se responde que efectivamente este nuevo delito comprende esta hipótesis, o bien se entiende que no cabe en este tipo penal sino que el correspondiente a la administración desleal, cabe entonces preguntarse: ¿Cuándo se entiende que la pertinente oportunidad comercial pertenece a la sociedad y por lo mismo rige la prohibición?

La respuesta no es simple y el tema se ha discutido largamente en la doctrina comparada.

Para algunos, se entiende que la “oportunidad de negocio” pertenece a la compañía cuando ésta tiene un derecho sobre ella, por ejemplo, si recibió nominativa y formalmente una oferta. Para otros, basta para considerar que la “oportunidad comercial” es de la sociedad, que ésta se halle comprendida dentro de su giro.

Para nuestra ley, se entiende que la “oportunidad comercial” pertenece a la compañía cuando está comprendida dentro de su giro o es complementaria a éste. El problema, sin embargo, es que tal definición se ha dado por nuestra ley únicamente respecto de las sociedades anónimas abiertas. De ahí que nos surja la duda ¿Se empleará este mismo criterio si se trata de una sociedad anónima cerrada? Y si se responde afirmativamente, ¿acaso no se estaría violando el principio constitucional de tipicidad de la norma penal al recurrir a una interpretación por analogía?