



FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

ALGUNOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL SOCIETARIA

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

CAMILA ANDREA GUTIÉRREZ ZÚÑIGA

Profesor Guía: Prof. Dr. Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago, agosto de 2021

*A mi familia.
A mi mamá, papá, y tías.*

*Nada que admirarse
Estamos en Chile:
La ley se acata, pero no se cumple*

ÍNDICE

RESUMEN página 5

INTRODUCCIÓN página 6

CAPÍTULO PRIMERO: Panorama general del nuevo delito de administración desleal del Código Penal Chileno página 10

1) Escenario previo a la dictación de la ley 21.121 página 10

2) Introducción del nuevo delito de administración desleal página 15

3) Breve análisis del nuevo tipo penal página 16

3.1) Bien jurídico protegido página 16

3.2) Sujetos página 20

a. Sujeto activo página 20

b. Sujeto pasivo página 20

3.3) Conducta típica página 21

a. Tipo de infidelidad página 21

b. Tipo de abuso página 22

3.4) Tipicidad subjetiva página 24

CAPÍTULO SEGUNDO: Algunos problemas fundamentales de la administración desleal societaria página 26

1) El autor del delito página 26

1.1) El administrador de derecho página 26

1.2) La posición de garantía y los deberes del administrador página 28

1.3) El administrador de hecho página 33

2) El consentimiento como causal de exclusión del injusto	página 35
2.1) El consentimiento y sus tipos	página 35
2.2) Supuestos en que el consentimiento excluye el injusto	página 37
2.3) Supuestos en que el consentimiento no excluye el injusto	página 40
3) El riesgo en la administración desleal societaria	página 40
3.1) Parámetros para determinar el riesgo permitido	página 41
3.2) Los negocios de riesgo	página 43
3.3) Los negocios gratuitos	página 44
CONCLUSIONES	página 48
BIBLIOGRAFÍA	página 52

RESUMEN

El presente trabajo de memoria tiene por objeto el estudio de el inciso primero y tercero del artículo 470 N° 11 del Código Penal chileno, que tipifica el nuevo delito de administración desleal, acotado al ámbito de la administración desleal societaria y algunos de sus problemas fundamentales. La finalidad de la investigación es identificar y resolver estos problemas fundamentales de la administración desleal. En primer lugar, el estudio comenzará con un panorama general del nuevo delito de administración desleal introducido en el Código Penal Chileno, que contempla la exposición del escenario previo a la dictación de la ley, una visión del tipo penal actual, y un breve análisis general del mismo. En segundo lugar, se estudiarán algunos de los problemas fundamentales de la administración desleal, acotada al ámbito societario. El primer problema a tratar será el autor del delito, aquí se abordará lo relativo al administrador de derecho de la sociedad, la posición de garantía y los deberes del administrador, y la posibilidad de que exista un administrador de hecho. El segundo problema es el del consentimiento como causal de exclusión del injusto, se tratará lo relacionado al consentimiento y sus tipos, y a los supuestos en que el consentimiento excluye, o no, el injusto. El tercer y último problema es el del riesgo en la administración desleal societaria, se examinarán los parámetros para determinar el riesgo permitido, los negocios de riesgo, y los negocios gratuitos. Para finalizar se concluirá con una breve síntesis del análisis de los problemas recién mencionados.

PALABRAS CLAVE

Administración desleal – Administración desleal societaria – Administrador de la sociedad –
Consentimiento – Riesgo permitido.

INTRODUCCIÓN

El 20 de noviembre de 2018 se publicó en nuestro país la ley 21.121, que “Modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción”. El fin de esta es perseguir y sancionar ciertos delitos de corrupción que si bien estaban tipificados, tenían penas muy bajas en relación a las penas que se esperaban, ya que la gravedad de los mismos delitos no se veía reflejada¹. Además, la ley buscó la consagración de nuevos tipos penales que no existían con anterioridad, y de los que, por supuesto había una imperante necesidad de creación, ya que se producía un vacío normativo, este es el caso del delito de soborno entre particulares y del delito de administración desleal².

Esta ley, establece, entre otras cosas, que debe agregarse un numeral 11³ al artículo 470 de nuestro Código Penal. Así este numeral, compuesto de tres incisos, se introduce dentro del párrafo 8, del título IX, del libro II, y es denominado por la doctrina como “administración desleal”, a secas, sin ningún agregado tal como “societaria”, “entre privados”, “entre funcionarios públicos”, etc, sino puramente administración desleal. La idea básica de la administración desleal, como nos señala este texto legal, es sancionar a quien teniendo la administración de un patrimonio ajeno le irrogare perjuicio al mismo por un actuar suyo, en palabras simples, a quien efectuara de mala manera la administración de un patrimonio ajeno, de un patrimonio que no es el suyo, causando necesariamente un perjuicio en este patrimonio.

¹ Extraído de la historia fidedigna de la ley 21.121.

² Extraído de la historia fidedigna de la ley 21.121.

³ Señala lo siguiente: *Las penas privativas de libertad del art. 467 se aplicarán también:*

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.

A simple vista vemos que este tipo penal es amplio, ya que no distingue expresamente respecto de qué patrimonios determinados debe ejecutarse la mala administración, por ende, podríamos imaginarnos diversas situaciones, así por ejemplo: la mala administración que pueden ejercer el administrador de una comunidad inmobiliaria, la mala administración que puede efectuar un funcionario público respecto del patrimonio estatal, el tutor o curador respecto del patrimonio del incapaz, o el administrador de una sociedad respecto del patrimonio de la misma. Es al análisis de esta última figura, conocida como administración desleal societaria, y de sus problemas, al que nos abocaremos en el siguiente trabajo de memoria.

La administración desleal societaria es un tema contingente en nuestro país y en el mundo, ya que en una sociedad industrializada como la nuestra es cada vez más patente y característica la separación entre la titularidad de un patrimonio, y la administración de este⁴, además de la creciente constitución de diversas figuras societarias para la consecución de variados fines determinados. Es en este contexto donde es frecuente haber leído en el diario, haber escuchado en la radio, o en otros medios, personas que han sido víctimas de la mala administración de su patrimonio dentro de una sociedad, de algún administrador que haya privilegiado su propio interés por sobre el interés social, que por ejemplo, haya condonado deudas para las cuales no había motivo de condonación, que haya efectuado alguna donación cuantiosa sin causa aparente alguna, o incluso que haya vendido cierto activo de la sociedad a un precio irrisorio. Que entonces, al final y al cabo, con su mala administración haya causado algún perjuicio al patrimonio de los demás socios. La administración desleal societaria es más común de lo que pensamos a primera vista.

En otros países se ha considerado al delito de administración desleal como una especie de arma universal de la justicia penal, se ha convertido en el delito más representativo del Derecho Penal en su ámbito económico, debido -como se mencionaba anteriormente- a la

⁴ SCHUNEMANN, Bernd. *Consideraciones sobre el lado subjetivo de la administración desleal*. En: GÓMEZ– Jara, Carlos., y GARCÍA, Percy. (Ed). *La administración desleal de los órganos societarios* (pp. 111 – 132). Lima, Perú: ARA editores, 2010. P. 15.

separación que se produce entre la titularidad y la administración del patrimonio, lo que genera la posibilidad de que cualquier agente de la vida económica pueda llegar a ser responsabilizado de este delito al actuar en infracción de sus deberes⁵.

En Chile, y con el fin de ejemplificar, tenemos el famoso caso “lucro en las universidades”. En este, se produjeron diversas denuncias contra distintas universidades de nuestro país, sustentadas en que estas repartían utilidades entre sus propietarios, siendo que configuraban entidades sin fines de lucro, por ende, existía una ilegalidad en la repartición de estos beneficios a través de diversos contratos civiles como el arrendamiento. El problema que se generó en este ámbito es que esta conducta apartemente ilegal consistente en retirar de forma fraudulenta dinero del patrimonio de la universidad, perjudicando el mismo, no se encontraba tipificada en nuestro sistema penal⁶. Esta conducta hubiese estado explícita y adecuadamente tipificada y sancionada si en este entonces hubiese existido el inciso 11 del artículo 470 de nuestro Código Penal.

Es por lo mismo que nos abocaremos a estudiarla enfocándonos en responder la pregunta: ¿cuáles son (algunos de) los problemas fundamentales de la administración desleal societaria? Identificando tres grandes problemas que buscarán exponerse de la manera más clara posible. El primer problema que se busca analizar es el relativo al autor del tipo penal, donde se abordará lo relativo al administrador de derecho de la sociedad, la posición de garantía y los deberes de este, y se buscará clarificar la cuestión relativa a la posibilidad de que existan administradores de hecho de la sociedad, es decir, sujetos que no tienen una posición formal en la administración de la sociedad, pero que aun así ejercen influencias en las decisiones de esta. En segundo lugar, se analizará el problema respectivo al consentimiento, se estudiará de qué manera puede tener validez el consentimiento en la hipótesis de

⁵ ABANTO, Manuel. *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado y vacío en la legislación penal peruana sobre corrupción de funcionarios. Lima: Grijley, 2014. P. 926.

⁶ WINTER Etcheberry, Jaime. *Derecho penal e impunidad empresarial en Chile*. Revista de Estudios de la Justicia, no 19, p. 91-125, 2013. Pp. 107 – 108.

administración desleal societaria para producir la exclusión del injusto, y visualizar si pudiera no tenerlo. El tercer problema al que se hará referencia es el relativo al riesgo en la administración desleal societaria, donde se analizará cuáles son los parámetros para determinar el riesgo permitido en la actuación del administrador de la sociedad, los negocios de riesgo, es decir, aquellos negocios que llevan implícito el riesgo de que se produzca un perjuicio futuro con su sola realización, y los negocios gratuitos. Todas estas interrogantes serán despejadas en las próximas páginas.

CAPÍTULO PRIMERO: Panorama general del nuevo delito de administración desleal del Código Penal Chileno

1) Escenario previo a la dictación de la ley 21.121

Previo a la dictación de la ya mencionada ley 21.121 nuestro Código Penal Chileno no contenía ningún supuesto expreso que pudiésemos encasillar claramente en el delito de administración desleal, aun así se preguntaba la doctrina si era posible el hecho de que ciertas conductas propias de la administración desleal fueran subsumibles en determinados tipos penales generales, tales como: estafa, insolvencia punible, apropiación indebida, y ciertos delitos catalogados como “funcionarios”, ya sea, malversación de caudales públicos y fraude al fisco⁷. La respuesta a esta interrogante fue un sí a medias, es decir, consideraron que estos tipos penales eran incompletos, ya que no existe ninguno que abarque con totalidad las conductas de la administración desleal⁸. Además, en aquella época también se podía llegar a pensar que quizá este vacío podía ser cubierto por legislación especial, pero este tampoco era el caso, ya que no lo regulaba la Ley de Sociedades Anónimas, ni la Ley General de Bancos, tampoco la Ley de Mercados de valores, por lo que este vacío subsistía⁹.

En relación con la subsunción de ciertas conductas asimilables a la administración desleal dentro de otros tipos penales genéricos, se hará un breve análisis de porqué estos resultan inaplicables, o aplicables parcial o condicionalmente.

Primero, con respecto a la **estafa**. Se ha entendido que los elementos esenciales de este tipo penal son: que producto de un engaño realizado por un tercero se haga caer en un error al sujeto pasivo de este delito, error que conlleve, por supuesto, una disposición

⁷ BOFILL Genzsch, Jorge., JELVEZ Gallegos, Valeria., & CONTRERAS Salim-Hanna, Sebastián. *Considerations on the new disloyal administration criminal offence on Chilean law*. Derecho & Sociedad, Derecho & Sociedad; No 52 (2019); 59-77, 2019. P. 61 – 62.; y HERNÁNDEZ, Héctor. *La administración desleal en el derecho penal chileno*. En: GÓMEZ – Jara, Carlos., y GARCÍA, Percy. (Ed). *La administración desleal de los órganos societarios* (pp. 225 – 314). Lima, Perú: ARA editores., 2010. Pp. 225 – 229.

⁸ HERNÁNDEZ, *op. cit.*, Pp. 225 – 229.

⁹ *Ibid.*, Pp. 229 – 233.

patrimonial, que sea perjudicial para su patrimonio¹⁰. A priori, las actuaciones que hemos catalogado como administración desleal no pueden subsumirse, o no son coincidentes, con los elementos esenciales del tipo penal de estafa, ya que, no es sustancial en la administración desleal que esta se produzca a causa de un engaño, que cause a su vez un error, que conlleve perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo. Ya que en el caso de la estafa es el sujeto pasivo mismo quien lleva a cabo la disposición que causará perjuicio a su patrimonio (a causa de un engaño de este tercero), en cambio en el tipo de administración desleal es el administrador el que ejecuta tales actos, y no a razón de un engaño que tendría que haberse visto efectuado hacía su propia persona (por el ser él quien dispone del patrimonio)¹¹.

En segundo lugar, en cuanto a la **insolvencia punible**¹², cabe mencionar que hoy más bien, con la publicación de la ley 20.720 el año 2014, deberíamos referirnos a los llamados **delitos concursales**. Esta ley introduce ciertos delitos al Código Penal que puede cometer la empresa deudora¹³, el veedor y el liquidador¹⁴, y las personas deudoras¹⁵. En los delitos de empresa deudora, y de veedor y liquidador, son en los que podríamos de cierta forma subsumir ciertas conductas que se condicen con la administración desleal, ya que hay terceros administradores de un patrimonio ajeno. Así por ejemplo el artículo 463 quáter del Código Penal, en relación con la administración de los negocios del deudor, señala:

Art. 463 quáter.- Será castigado como autor de los delitos contemplados en los artículos 463, 463 bis y 463 ter quien, en la dirección o administración de los negocios del deudor, sometido a un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación, hubiese ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones allí señalado, o hubiese autorizado expresamente dichos actos u omisiones.

¹⁰ *Ibid.*, P. 233.

¹¹ ROJAS, Luis Emilio. *Modelos de regulación de los delitos de falsedad y de los delitos patrimoniales*. Política criminal, vol. 12, no 23, p. 380-408, 2017. P. 388; y HERNÁNDEZ, *op. cit.*, P. 226 – 234.

¹² HERNÁNDEZ, *op. cit.*, P. 234.

¹³ En sus artículos: 463, 463 bis, 463 ter, y 463 quáter.

¹⁴ En sus artículos: 464, 464 bis, y 464 ter.

¹⁵ En su artículo 466.

Así las cosas, el artículo 463 señala expresamente la hipótesis consistente en que la empresa deudora o su administrador (que es quien nos interesa) realiza actos que perjudiquen su patrimonio para así causar perjuicio a sus acreedores. El 463 bis refiere expresamente a los casos de: ocultamiento de bienes por parte de la empresa deudora o del administrador, percepción y aplicación de bienes sujetos al procedimiento concursal para sus propios usos o de terceros, y realización de actos de enajenación (en sentido amplio), reales o simulados, de bienes del patrimonio de la empresa deudora, en un tiempo en que no pudiese hacerlos. Y el 463 ter menciona el caso de que el administrador proporcionare al liquidador o veedor antecedentes falsos o incompletos de la sociedad, y se refiere también al caso de un mal manejo o conservación de los libros de contabilidad de la empresa deudora.

Los delitos establecidos para el veedor y liquidador en los artículos 464, 464 bis y 464 ter van en la misma línea, es decir, establecen conductas que pueden causar perjuicio en el patrimonio del deudor, y que muchas veces pueden o no (no es condición necesaria) beneficiarlos a ellos mismos.

A priori podríamos señalar que todos los delitos recién mencionados son delitos que contienen conductas que pueden ser subsumidas en el tipo penal de administración desleal, ya que este último es un tipo penal muy amplio, por ende, aplicable a estas hipótesis concursales, de hecho, incluso podría llegar a generarse un concurso entre estos delitos, pero no son tipos penales genéricos de administración desleal, sino que sólo establecen ejemplificaciones o casos concretos del mismo.

Además, en todos los tipos recién mencionados es necesario que se dé un presupuesto básico, que es la calidad de sujeto deudor, es decir, ser susceptible de la aplicación de un procedimiento concursal a su respecto, lo que ya limita la administración desleal genérica al supuesto necesario del estado de insolvencia del deudor.

Tercero, en lo referente a la **apropiación indebida**. Este delito está contenido en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, el cual señala:

1. ° A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.

Cabe señalar, en términos muy sucintos, que este tipo penal tiene aplicabilidad parcial a ciertas actuaciones que podemos considerar dentro del supuesto de administración desleal, en el sentido de que está condicionada a ciertos supuestos que en la práctica no siempre se dan, por ejemplo, está restringido únicamente a los bienes muebles (ya sea, “dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble”). Por su parte, el objeto sobre el que recae la administración desleal se conoce como una universalidad o parte de esta, lo que puede incluir tanto bienes muebles como inmuebles¹⁶, no se limita solo a muebles como es el caso de la apropiación indebida.

Sumado a esto, otra diferencia sustancial entre el tipo penal de apropiación indebida y el de administración desleal, es que la aplicación del primero solo radica en los supuestos en que los bienes se reciben con una obligación de restitución de estos; en cambio, en el caso de la administración desleal está implícita la disposición de dichos bienes, ya que muchas veces de esto trata administrar los mismos, por ende, no se sanciona su no restitución, sino la generación de un perjuicio patrimonial al administrar¹⁷.

Es por esto por lo que la apropiación indebida tiene un alcance limitado, y no es posible considerarla como un tipo genérico de administración desleal^{18 19}.

¹⁶ MATUS, Jean Pierre., y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de derecho penal chileno: Parte especial*, Santiago, Chile, Tirant lo Blanch, 2021. P. 696.

¹⁷ *Ibid*, P. 696.

¹⁸ ROJAS, *op. cit.*, P. 388; y HERNÁNDEZ, *op. cit.*, Pp. 237 – 274.

¹⁹ No tiene sentido extendernos en esta temática referente a la aplicabilidad parcial del delito de apropiación indebida, si el lector deseara profundizarla podrá consultar el artículo de Héctor Hernández Basualto, titulado “La administración desleal en el derecho penal chileno”, citado en la bibliografía correspondiente.

Cuarto y último, acerca de los **delitos funcionarios**, se debe señalar que existe aplicabilidad de ciertos tipos penales dentro de esta gran categoría, dentro de los cuales encontramos:

Por un lado, la malversación de caudales públicos, que consiste en términos básicos en la no devolución de un dinero entregado, es una especie de apropiación indebida de dinero, por parte de quien lo custodia o lo tiene a su cargo²⁰. Esta conducta recién mencionada puede subsumirse dentro del tipo genérico de administración desleal, pero no lo abarca en su totalidad, ya que nos encontramos con limitaciones, tales como que debe recaer sobre cosas corporales muebles, y que está enfocado en el patrimonio del Estado²¹.

Y por el otro lado, tenemos el delito de fraude al fisco contenido en el artículo 239 del Código Penal. Artículo que contiene un tipo penal desproporcionadamente amplio, ya que no señala qué conforma la conducta típica de *defraudar o consentir que se defraude al Estado*. Parte de la doctrina, en sus esfuerzos por limitar este tipo penal tan amplio, ha señalado que en este artículo encontraríamos una hipótesis especial de estafa, donde sería necesario engañar a otro funcionario y que fuese este último quien efectuara la disposición patrimonial que causare perjuicio al estado, así las cosas, se trataría de operaciones en las cuales este primer funcionario público deba representar al Estado y sus intereses frente a terceros²². Así, estaríamos frente a un tipo genérico de administración desleal, pero específicamente aplicada al ámbito público, ya que para su consumación requiere la producción de un perjuicio en el patrimonio estatal, además de la intervención de un funcionario público en su ejecución²³.

En conclusión, ninguno de los tipos penales mencionados en este apartado es suficiente para la configuración del tipo penal genérico de administración desleal, sí es posible afirmar

²⁰ HERNÁNDEZ, *op. cit.*, Pp. 275 – 276.

²¹ *Ibid.*

²² MAÑALICH, Juan Pablo. *La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales*. Política criminal, vol. 7, no 14, p. 357-377, 2012. Pp. 372 – 373.; y HERNÁNDEZ, *op. cit.*, Pp. 275 – 283.

²³ HERNÁNDEZ, *op. cit.*, Pp. 275 – 283.

que varias de las conductas que estos describen pueden subsumirse dentro del mismo, pero estos no son suficientes para lograr este tipo penal genérico.

2) Introducción del nuevo delito de administración desleal

Es desde este punto de partida, que la publicación de la ley 21.121 vino a llenar este vacío normativo, estableciendo el tipo penal genérico de administración desleal, por la vía de agregar un nuevo numeral, el once, al artículo 470 del Código Penal. El numeral correspondiente señala expresamente lo siguiente:

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.

Es de la sola lectura del inciso primero de este nuevo numeral que se puede señalar que se consagra un tipo penal con un ámbito de aplicación muy amplio. Ya que por ejemplo no está limitado ni al ámbito público enfocado en los intereses del estado, ni al privado enfocado en los intereses de los particulares, por ende, prima facie, podríamos pensar en su aplicación a ambos. Tampoco distingue entre personas naturales y jurídicas como sujetos pasivos del delito, ya sean personas de derecho público, de derecho privado, con fines de lucro, o sin fines de lucro, entre otras categorías. Y menos especifica o ejemplifica qué actos en concreto son los que darían pie a la realización de la conducta típica. Es por esto por lo que podemos abarcar dentro del mismo, y como reza textualmente el artículo, a toda acción realizada por un administrador que infrinja un deber de tutela patrimonial y que cause perjuicio al patrimonio del administrado.

3) Breve análisis del nuevo tipo penal

Si bien se ha mencionado que esta memoria abarcará lo relativo a algunos problemas fundamentales derivados de la administración desleal societaria, es necesario hacer un breve y general análisis de este nuevo tipo penal en general, no solo limitado al ámbito societario. Para lo cual se analizará el inciso primero del recién agregado numeral 11, que es el tipo penal genérico a discutir.

3.1) Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en este tipo penal es el patrimonio²⁴. Se busca proteger el patrimonio de un sujeto en particular y los intereses que el mismo tiene sobre este, el

²⁴ En este sentido: FARALDO Cabana, Patricia. *El consentimiento de la junta General de socios y administración desleal de sociedades*. Ius et veritas, 13(27), 271-282, 2003. P. 274; COCA, Ivó., y PASTOR, Nuria. *El delito de administración desleal: claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal*. Barcelona, España,

fundamento básico es que el patrimonio es una condición esencial para el libre desarrollo de la personalidad del sujeto, de su vida, y de sus planes a futuro²⁵.

Cabe señalar que como bien jurídico individual que es el patrimonio opera el consentimiento como causal de exclusión del injusto, y además en el Derecho Procesal Penal Chileno proceden ciertas salidas alternativas, como los acuerdos reparatorios.

Pero ¿qué es lo que entendemos por patrimonio? Históricamente, la doctrina relativa al patrimonio se ha desarrollado en el marco del delito de estafa²⁶. Así, tenemos en un inicio la concepción jurídica del patrimonio, que señala que el interés protegido en el delito de estafa es el derecho (subjetivo) patrimonial, y considera al patrimonio como la suma de derechos y deberes que tiene el titular, como derechos subjetivos reconocidos por el derecho civil²⁷. Esta concepción perdió predominancia con el paso a la concepción económica del patrimonio. Esta última entiende el patrimonio como el total de los bienes de una persona, valorables en dinero, y el perjuicio patrimonial como el resultado de la realización de un balance (de este mismo patrimonio) tras el acto de disposición²⁸. De esta forma, la concepción económica dejó de lado la dogmática de los derechos subjetivos y pasó a considerar como objeto de protección los bienes y expectativas de valor económico de un sujeto; sin embargo, esto no fue suficiente, ya que esta no era capaz de considerar el patrimonio en su globalidad²⁹. Esto último podría estimarse adecuado para el tipo penal de estafa, pero no para el de administración desleal, ya que la estafa es un delito que se

Editorial Atelier, 2016. P. 76 – 77.; MARTÍNEZ-Buján Pérez, Carlos. *El delito societario de administración desleal*. Tirant lo Blanch, 2001. P. 31; LUZÓN Peña, Diego Manuel. & ROSO Cañadillas, Raquel. *La administración desleal societaria en el derecho penal español*. InDret,(3), InDret, 2010, Issue 3, 2010. P. 7.; y NAVARRO Frías, Irene. *Delito de administración desleal y discrecionalidad de los administradores sociales*. Es parte de: Cuadernos de política criminal: segunda época. no. 109 (2013). p. 175-215, 2013. Pp. 183 - 184.

²⁵ COCA y PASTOR, *op. cit.*, Pp. 75 – 79.

²⁶ PASTOR Muñoz, Nuria. *La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal*. InDret, (4), InDret, 2016, Issue 4, 2016. P. 6.

²⁷ VERA Rivera, María del Carmen. *El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*. Memoria para optar al grado de doctora, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. Pp. 292 – 293.; ROJAS, Luis Emilio. *El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán*, 2009. P. 140.; y PASTOR, *op. cit.*, Pp. 7 - 8.

²⁸ ROJAS, “El tipo de administración desleal...” P. 140.; y PASTOR, *op. cit.*, Pp. 7 - 8.

²⁹ PASTOR, *op. cit.*, P. 8.

comete “desde fuera” del patrimonio, y la administración desleal se comete “desde dentro”, al estafador no le interesa la globalidad del patrimonio de la víctima del delito, sino que las consecuencias concretas de su estafa³⁰.

Por su parte, la concepción mixta del patrimonio nace como resultado de las críticas propuestas a la teoría jurídica y a la teoría económica, buscando ser una postura que de solución a estas. Esta tesis define patrimonio como el total de los bienes que pueden ser económicamente transados, los cuales se encuentran bajo la protección del ordenamiento jurídico, y no son contrarios a este³¹. La teoría en cuestión acota la protección del ordenamiento jurídico a bienes susceptibles de ser evaluados económicamente que la persona posee a causa de una relación jurídica³².

Es solo con la concepción dinámica y la concepción personal que se amplía este concepto de patrimonio, ya que la primera de estas busca considerar además las consecuencias del acto de disposición en el patrimonio global o “economía” de la víctima, y la segunda llega a definir patrimonio como el medio para la consecución de los fines personales de la víctima, la idea es tomar en consideración si el acto de disposición patrimonial -ya sea estafa o administración desleal- es beneficioso o perjudicial para los fines del titular³³.

Ahora, si profundizamos en particular en el ámbito de la administración desleal societaria surge la pregunta, ¿qué patrimonio es el que se ve protegido? ¿el de los socios en específico? ¿o el de la sociedad como persona jurídica en general? Para responder a esta interrogante se han presentado ciertas posiciones. Algunos autores, como Adán Nieto Martín, Abraham Castro Moreno y Carlos Martínez-Buján, consideran que el patrimonio, como bien jurídico protegido, es el patrimonio individual de cada uno de los sujetos pasivos

³⁰ *Ibid.*, P. 8 – 9.

³¹ VERA, *op. cit.*, Pp. 295 - 296

³² *Ibid.*, Pp. 296 – 297

³³ PASTOR, *op. cit.*, P. 9.

señalados en el tipo penal español, en este último se mencionan: socios, titulares de los bienes, depositarios, entre otros³⁴. El hecho de afirmar esta teoría equivale a señalar que el patrimonio de la sociedad en su conjunto queda excluido como objeto jurídico de protección, lo que consecuentemente produce la exclusión de la sociedad como sujeto pasivo del delito³⁵, lo que sería absurdo.

La doctrina mayoritaria por su lado entiende que es el patrimonio social el protegido, no el de los sujetos pasivos en particular³⁶. Esto debido a que la sociedad es una persona jurídica distinta de cada uno de sus socios, y tiene, por ende, intereses que no son necesariamente equivalentes o similares a los de sus socios en particular, y la administración de la sociedad debe responder a estos; en consecuencia, se debe realizar una separación entre los intereses de los socios individualmente considerados, y los de la sociedad en su conjunto, de no hacerlo, se arriesga la confusión de estos³⁷.

Finalmente, han surgido ciertas posturas intermedias, como es el caso de Diego Luzón Peña, Xavier Nájera González y Raquel Roso Cañadillas, que señalan que se protegen ambos patrimonios, así tanto el patrimonio de los sujetos pasivos mencionados en el tipo penal, como el de la sociedad en su todo³⁸.

Por último, se puede señalar que se han presentado en el último tiempo autores que consideran que hay otros bienes jurídicos protegidos en el delito de administración desleal, así por ejemplo la permanencia de la sociedad en el tráfico económico o la confianza en el correcto funcionamiento de las sociedades, en ningún caso estos bienes jurídicos protegidos sustituirían al patrimonio, sino simplemente se sumarían al mismo³⁹.

³⁴ MARTÍNEZ, *op. cit.*, P. 31.

³⁵ VERA, *op. cit.*, Pp. 317 – 318

³⁶ LUZÓN & ROSO, *op. cit.*, P. 8.

³⁷ VERA, *op. cit.*, Pp. 319 – 320

³⁸ NÁJERA González, Xavier. *El bien jurídico protegido en el delito socioeconómico de administración desleal en España*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Año IX, no. 35, 2015. P.93.; y LUZÓN & ROSO, *op. cit.*, Pp. 7 – 8.

³⁹ NAVARRO, *op. cit.*, P. 184.

3.2) Sujetos

a. Sujeto activo

Podemos entender que el sujeto activo del delito es quien en concreto realiza la conducta establecida en el tipo penal⁴⁰. Comienza señalando el inciso correspondiente: “*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*”. De su sola lectura se puede derivar que es un delito especial, ya que solo puede ser cometido por una persona que posea determinadas cualidades⁴¹. En este caso debe ser una persona que detente el cargo de salvaguardar el patrimonio de otra en virtud de la ley, de una orden de autoridad, o de un acto o contrato. De no serlo, es decir, cualquier extraño o tercero que participe, sin reunir estas cualidades recién mencionadas, solo podrá ser castigado como partícipe⁴².

b. Sujeto pasivo

Es aquel sujeto afectado u ofendido por el delito, quien debe soportar los efectos de este⁴³. Por ende, en este caso en particular será la persona a cuyo patrimonio se le ha irrogado perjuicio a consecuencia de la infracción al deber de tutela patrimonial.

⁴⁰ MATUS. Jean Pierre., POLITOFF, Sergio., y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno: parte general*, Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2004. P. 186.

⁴¹ *Ibid*, P. 187.

⁴² JAÉN Vallejo, Manuel. *Estudios penales*. Santiago de Chile: Editorial Lexis Nexis, 2006. P. 189.

⁴³ MATUS, POLITOFF, y RAMÍREZ, *op. cit.*, P. 186.

3.3) Conducta típica

También llamado verbo rector, es lo que entendemos como la acción u omisión a sancionar por el tipo penal, la descripción de la conducta punible⁴⁴. En este caso concreto está especificada en la siguiente frase:

“le irrogare perjuicio [al patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste], 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.”

Así, la conducta consistirá en ejercer abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla (al titular del patrimonio), o ejecutar u omitir cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario a su interés. Estas conductas deben causar perjuicio al patrimonio de una persona.

Entonces la respuesta a la pregunta de cómo se debe irrogar el perjuicio mediante esta conducta está plasmada en lo recién mencionado, cristalizándose en dos subtipos, ya sea en el tipo de infidelidad, y en el tipo de abuso, que pasaremos a revisar a continuación de una forma escueta.

a. Tipo de infidelidad

El tipo de infidelidad, según la doctrina alemana, hace referencia a la conducta general del administrador relativa a anteponer sus propios intereses que se encuentran desviados frente a los intereses que son beneficiosos para la masa patrimonial en cuestión, lo que genera como consecuencia un perjuicio económico⁴⁵. Esta modalidad

⁴⁴ *Ibid.*, P. 188.

⁴⁵ SILVA Pacheco, Elpidio José. *El delito de administración desleal: Tipo de abuso y tipo de fidelidad*. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), no 7, p. 37-48, 2015. P. 40.

le otorga protección al titular del patrimonio administrado respecto de daños patrimoniales que se produzcan como consecuencia de la transgresión de los deberes del administrador de la sociedad⁴⁶.

Este tipo se ve reflejado en nuestra legislación en la frase *“sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado”*.

Este subtipo abarca las infracciones que se derivan del deber general de custodiar los intereses patrimoniales ajenos⁴⁷. Así, necesariamente se deben comprender deberes de garante del administrador del patrimonio, por ende, el administrador solo actuará con dolo cuando haya recibido encargos en virtud de la confianza que se tiene en este como administrador, y no haya efectuado, a su turno, la protección esperada y efectiva, teniendo conocimiento de su capacidad para evitar que se produzca un perjuicio al patrimonio tutelado⁴⁸.

En conclusión, este subtipo capta todas aquellas infracciones al deber de cuidado patrimonial, dolosas, que causan un perjuicio, considerándose como una especie de cajón de sastre, un tipo genérico⁴⁹, que vendría a abarcar a su vez el subtipo de abuso, siendo este último una especie del subtipo de fidelidad.

b. Tipo de abuso

El tipo de abuso, conforme a la doctrina alemana, es aquel que se lleva a cabo por medio de actos de disposición específicos o la adquisición de obligaciones que llevan a la transgresión del título que habilita al administrador, anteponiendo así su

⁴⁶ VERA, *op. cit.*, Pp. 177 – 178.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ SCHUNEMANN, *op. cit.*, Pp. 119 – 124.

⁴⁹ *Ibid.*

propio interés frente al interés del patrimonio administrado⁵⁰. Por ende, esta modalidad de administración desleal resguarda al titular del patrimonio administrado en las relaciones jurídicas derivadas de obligaciones asumidas por el administrador en utilización de los poderes que la sociedad le ha conferido⁵¹.

Este se ve plasmado en la legislación chilena en la frase “*sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla*”.

Este caso, al ser una especie del anterior, también debe tratarse de infracciones al deber de garante, pero específicamente abusando de las facultades de representación, ya que el administrador tiene el deber de ejercer su cargo solo en el ámbito de lo permitido, y no extralimitarse del mismo contraviniendo por ejemplo las autorizaciones expresas que le ha dado el titular del patrimonio⁵². Entonces, este subtipo abarca las infracciones de los poderes que han sido acordados por la sociedad y el administrador⁵³.

La gran diferenciación que podríamos hacer entonces entre estos dos subtipos es que el primero, infidelidad, es el género, y el segundo tipo, de abuso, es una especie de este, el tipo de infidelidad entonces contiene al tipo de abuso. Ambos conllevan infracciones al deber de garante del administrador del patrimonio. En el tipo de infidelidad esta infracción es genérica, cualquier acción u omisión que cause perjuicio al patrimonio, en cambio en el tipo de abuso debe haber una extralimitación de las facultades de administración de este sujeto.

⁵⁰ SILVA, *op. cit.*, P. 40.

⁵¹ VERA, *op. cit.*, P. 177.

⁵² SCHUNEMANN, *op. cit.*, Pp. 125 – 127.

⁵³ VERA, *op. cit.*, P. 178.

3.4) Tipicidad subjetiva

El delito de administración desleal es un tipo doloso⁵⁴. Adicionalmente a esto, se debe señalar que no se exigen expresamente elementos subjetivos del tipo penal adicionales al dolo⁵⁵.

Como sabemos, en nuestro ordenamiento jurídico penal la regla general es esta, que el tipo sea doloso, y que los hechos culposos se castiguen sólo si son expresamente penados por la ley, por ende, son considerados una excepción⁵⁶. Claramente este no es el caso de un tipo culposo, ya que no existe ninguna regla expresa que castigue la administración desleal realizada con culpa.

Al ser un tipo doloso, cabe señalar que la doctrina tradicional ha clasificado el dolo en tres tipos, que son los siguientes:

En primer lugar, el dolo directo, este es aquel considerado como el dolo tradicional, se produce cuando lo que persigue el autor es precisamente el hecho típico contenido en la norma o el resultado comprendido en el tipo⁵⁷. Es decir, en este caso concreto lo que persigue el administrador de este patrimonio ajeno es precisamente la realización de conductas que podemos subsumir en el tipo de infidelidad o en el tipo de abuso, causando así un perjuicio en el patrimonio que administra.

En segundo lugar, el dolo de consecuencias necesarias o dolo directo de segundo grado. Este se produce cuando el sujeto activo realiza la conducta típica queriendo, la realiza con intención, pero a la vez sabiendo que de esta realización se derivarán consecuencias inherentes y necesarias, las cuales se asume son deseadas por este sujeto

⁵⁴ ABANTO, *op. cit.*, P. 914.; y BOFILL, JELVEZ & CONTRERAS, *op. cit.*, P. 75.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ MATUS, POLITOFF, y RAMÍREZ, *op. cit.*, P. 168.

⁵⁷ *Ibid.*, P. 275.

(aunque este no las desee), es decir, se consideran dolosas⁵⁸. Así por ejemplo en este caso concreto el autor realiza conductas propias del tipo de abuso o de infidelidad, sabiendo que estos comportamientos causarían perjuicios necesarios al patrimonio que está administrando, derivados de estas acciones, y es entonces que estas consecuencias (queridas o no por este administrador) son consideradas también dolosas.

En tercer y último lugar tenemos el dolo eventual, donde las consecuencias inherentes derivadas de ese actuar ya no aparecen como necesarias, sino tan sólo como posibles⁵⁹. Mucho se ha discutido acerca de cómo distinguirlo de la llamada culpa con representación, y por cierta parte de la doctrina se ha arribado a la teoría de la aceptación, que menciona que habrá dolo eventual si el autor aprobó y se contentó con la producción del resultado, es decir, si actuó de todas formas representándose que la consecuencia era posible⁶⁰. Aplicado al caso concreto, tenemos entonces un administrador que se representa el realizar conductas subsumibles en el tipo de infidelidad o en el tipo de abuso, y también ve como posible que estas conductas puedan causar perjuicio al patrimonio administrado, y de todas formas realiza la conducta. Entonces, el administrador estaría en este caso actuando con dolo eventual.

Por lo tanto, estos son tres los tipos de dolo que podríamos encontrar en el tipo penal de administración desleal.

⁵⁸ *Ibid.*, Pp. 275 - 276.

⁵⁹ *Ibid.*, Pp. 276 – 278.

⁶⁰ *Ibid.*

CAPÍTULO SEGUNDO: Algunos problemas fundamentales de la administración desleal societaria

Como se mencionó con anterioridad se busca solucionar tres grandes problemas de la administración desleal societaria. En primer lugar, lo relativo al autor del delito, es decir, quién es el sujeto activo del mismo, y si existe la posibilidad de que un administrador de hecho, y no de derecho, pueda ser a su vez autor. En segundo lugar, lo correspondiente al consentimiento como causal de exclusión del injusto, esto es, qué se entiende por consentimiento en esta materia, cuáles son los tipos de consentimiento que podemos encontrar, y en qué supuestos excluye el injusto, y en cuáles no. En tercer lugar, el riesgo en la administración, el problema relativo a cuáles son los parámetros para determinar el riesgo permitido en la administración, y a la definición de negocios de riesgo y negocios gratuitos.

1) El autor del delito

1.1) El administrador de derecho

De lo señalado por el inciso primero y tercero del número 11 del artículo 470 del Código Penal podemos derivar que el autor del delito, en el ámbito de las sociedades, debe ser el administrador de la sociedad, quien tiene a su cargo la salvaguarda o la gestión del patrimonio de otra persona, o de una parte de este, en virtud de la ley, orden de autoridad o de un acto/contrato. Es a este a quien vamos a llamar “el administrador de derecho”, el cual puede ejercer las funciones de administración de forma individual, o de forma colegiada⁶¹, tal como ocurre con los directorios de las sociedades, por ejemplo.

Pero en concreto, ¿a quien podemos considerar como administrador de derecho? Para responder a esta pregunta ejemplificaremos con dos grandes tipos de sociedades, por un lado, la Sociedad Anónima, y por otro la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

⁶¹ LUZÓN & ROSO, *op. cit.*, P. 9.

En el caso de la Sociedad Anónima la respuesta a esta interrogante nos la entrega el inciso primero del artículo 1 de la Ley de Sociedades Anónimas, el cual señala:

“La sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables.”.

Así, podemos considerar que el administrador de derecho en el ámbito de las Sociedades Anónimas es el Directorio. La administración en este caso está fijada por ley en el Directorio, por ende, no se podrá establecer que esta sea llevada a cabo por un órgano diverso de este.

El directorio es un órgano colegiado, es decir, es una entidad formada por varias personas que actúan de manera conjunta, cuya principal función es la administración de la sociedad. A su vez la administración de la sociedad es el conjunto de diversos actos, decisiones y ejecuciones, de variada naturaleza, en miras a la consecución del fin u objeto de la sociedad⁶².

En el caso de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, nada señala la ley correspondiente sobre su administración, otorgando así libertad a los socios para determinar la forma en la cual quisieren administrar su sociedad. Por ende, si así desearan los socios podrá ser administrada por un Directorio -tal como en las Sociedades Anónimas- por los mismos socios, por terceros extraños, o por lo que la voluntad de los socios decida⁶³.

⁶² VÁSQUEZ Palma, María Fernanda. *Sociedades: Comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho comercial*. Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, 2013. Pp. 611 – 612.

⁶³ JEQUIER, Eduardo. *Curso de Derecho comercial*. Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing, 1, 302, 2013. P. 281.

1.2) La posición de garantía y los deberes del administrador

Sean el Directorio, los socios, o terceros, quienes actúen como administradores del patrimonio de la sociedad, deben tener a su cargo la salvaguarda o la gestión del patrimonio de otra persona, o de una parte de este, en virtud de la ley, orden de autoridad o de un acto o contrato, por ende, debe el administrador tener una posición de garantía.

La posición de garantía se origina por un acto de asunción del administrador, y consiste en el deber de gestionar desde adentro el patrimonio de la víctima, guiándose por el interés de esta, un interés que le es ajeno al administrador⁶⁴. Para que nazca la posición de garantía el administrador acepta el compromiso de velar por el patrimonio del administrado y los intereses de este, al mismo tiempo el titular del patrimonio se aparta de la administración de su patrimonio y de sus intereses, dando paso a que el administrador actúe como si fuera este el titular del patrimonio, debiendo ejecutar ciertos actos como si los intereses del administrado fueren propios⁶⁵.

Como nos señala la ley la configuración de esta posición de garantía debe efectuarse por tres posibles vías, en primer lugar, podrá ser la ley la fuente de la que emana esta posición de garantía, podrá a su vez ser también una orden de autoridad, y por último podrá nacer esta posición de garantía en virtud de un acto o contrato que suscriba el titular del patrimonio con el futuro administrador.

Los límites de la posición de garantía del administrador social vienen dados por los deberes establecido en las fuentes⁶⁶ recién mencionadas en el párrafo anterior, ya sea, por lo que establezca la ley, el acto de autoridad, y el acto o contrato.

⁶⁴ COCA y PASTOR, *op. cit.*, Pp. 107 – 108.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.* P. 109.

En el ámbito societario⁶⁷ son dos los grandes grupos de deberes que debe cumplir el administrador social, por un lado, los deberes de cuidado o de diligencia, y por otro los deberes de lealtad⁶⁸. Ambos grupos de deberes han sido desarrollados por la doctrina y derivados de la legislación correspondiente a la materia, es decir, en torno a la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley de Mercado de Valores, el Reglamento de Sociedades Anónimas, y otros cuerpos normativos⁶⁹. Estos deberes manifiestan la voluntad de la sociedad -conformada por sus socios-, en vías a que sus administradores ejecuten las funciones propias de su cargo teniendo siempre como prioridad la consecución del interés social, dejando a un lado la obtención de ventajas o beneficios en pos de su interés personal a costa de provocar un perjuicio para la sociedad⁷⁰.

En los **deberes de cuidado o diligencia** podemos encontrar primero el deber del administrador de ejercer sus funciones, cuyo contenido se manifiesta en el encargo que tienen los administradores de ejecutar diligentemente las obligaciones que emanan de la naturaleza de su cargo, en vías a la obtención de la satisfacción de los fines y objeto de la sociedad, dejando de lado sus intereses personales que pudieren producir eventual conflicto con los intereses sociales⁷¹. Además, deben siempre cumplir los deberes plasmados en los estatutos sociales redactados por los socios⁷². No se exige por tanto asegurar el éxito económico y patrimonial de la empresa administrada, sino mantenerse con un nivel de conocimiento e información suficiente que permita ejercer debidamente su deber, practicar la innovación en su actuación, y asumir los riesgos propios de la actividad, pero actuando siempre con la debida lealtad al interés social⁷³.

⁶⁷ Más bien acotado al ámbito de las sociedades anónimas.

⁶⁸ VÁSQUEZ, *op. cit.*, Pp. 641 – 644.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ ABDALA, Martín E. *La existencia de un acto antijurídico como presupuesto para imputar responsabilidad a los administradores societarios*. Revista de derecho (Valparaíso), no 40, p. 39-52, 2013. P. 44.; y VÁSQUEZ, *op. cit.*, Pp. 644 – 646.

⁷² VÁSQUEZ, *op. cit.*, Pp. 644 – 646.

⁷³ *Ibid.*

Como segundo deber, podemos mencionar el de tomar decisiones de acuerdo con el procedimiento establecido legalmente, es decir, el cumplimiento de la ley a su respecto, y de ciertos principios básicos en la obtención de acuerdos, como son la equidad, la transparencia, y la consecución del interés social⁷⁴.

El tercer deber por mencionar es el deber de imparcialidad, el cual se ve reflejado en que todos los directores, independientemente de por quien hayan sido elegidos, deben cumplir los mismos deberes para con la sociedad, absteniéndose de beneficiar exclusivamente a quienes los hubieren escogido⁷⁵.

El cuarto es el deber de respetar la ley interna de la sociedad, es decir, los estatutos e intereses de esta⁷⁶. Cabe mencionar en este punto, que la infracción de este deber no siempre va a conllevar la realización del delito de administración desleal, ya que podría darse el caso de que la ley interna de la sociedad no persiga proteger el patrimonio social. Así, este es un delito consistente en administrar deslealmente, no en la prohibición de transgredir el estatuto interno de la sociedad en cuestión.

El quinto se erige como el deber de actuar en resguardo y persiguiendo el interés social, no pudiendo así los directores ejecutar actos contrarios al interés de la sociedad⁷⁷.

El sexto es el deber de informar e informarse. El deber de informar de los administradores consiste en que estos en el ejercicio de su cargo deben, por un lado, custodiar ciertos libros y registros fundamentales para el funcionamiento de la sociedad⁷⁸. Y por otro, deben publicitar e informar ciertas documentaciones y comunicaciones, fidedignas y oportunas, respecto de la situación de la sociedad, ya sea a los socios, a los accionistas, o a

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, P. 649.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ PUGA Vial, Juan Esteban. *La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho Chileno y comparado*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011. P. 397.; y VÁSQUEZ, *op. cit.*, P. 649.

⁷⁸ VÁSQUEZ, *op. cit.*, Pp. 650 – 657.

ciertas entidades que lo requieran y que deban conocerlas⁷⁹. Por su parte, el deber de informarse radica en que los administradores deben instruirse, plena y oportunamente, de la información relacionada a la compañía y al mercado, para así poder tomar las decisiones más adecuadas para los intereses de la sociedad⁸⁰. No conlleva este deber conocer exhaustiva y acabadamente toda la información disponible en relación con la sociedad, lo que acarrearía un alto costo, sino solo la óptima para adoptar las decisiones que le corresponden⁸¹.

En séptimo lugar se presenta el deber de los administradores de actuar de buena fe y no propiciar actuaciones ilegales, el cual va enfocado a que la actuación de los administradores debe ser tendiente a resguardar los intereses sociales, siempre de buena fe, y no predisponiendo ni ejecutando acciones contrarias a ley⁸².

Y, por último, se encuentra el deber de vigilancia de los administradores, en miras a que ejecuten conductas de cobro de deudas que terceros tienen para con la sociedad⁸³.

Los **deberes de lealtad** del administrador social son un recurso que ha establecido el ordenamiento jurídico dirigido a proteger el interés de la sociedad, en caso de producirse pugna de intereses en el ámbito de la gestión de esta⁸⁴. Se fundamentan en la obligación del administrador de comportarse correctamente con la sociedad, lo que va directamente relacionado con los problemas de agencia a los cuales este se puede ver enfrentado, debiendo siempre anteponer el interés social al suyo propio⁸⁵. Dentro de estos deberes podemos encontrar primero, el deber de hacer primar los intereses de la sociedad por sobre sus intereses particulares. Segundo, el deber no de explotar la posición del administrador, cuyo contenido conlleva el impedimento de utilizar información privilegiada, activos de la sociedad,

⁷⁹ PUGA, *op. cit.*, Pp. 403 – 407.; y VÁSQUEZ, *op. cit.*, Pp. 650 – 657.

⁸⁰ VÁSQUEZ, *op. cit.*, Pp. 650 – 657.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*, Pp. 657 – 658

⁸³ *Ibid.*, P. 658.

⁸⁴ VERA, *op. cit.*, P. 261.

⁸⁵ GARCÍA Niño, Mónica. *Los conflictos de intereses de los administradores y su aplicación en el manejo de la información privilegiada*. Revista e-mercatoria, 14(1), 113-138, 2015. P. 115.; y VÁSQUEZ, *op. cit.*, Pp. 659 – 660.

y ventajas de terceros, en vías de abusar de la posición de poder que el administrador ejerce. Y, por último, y tercero, encontramos el deber de guardar reserva, el cual reside en la obligación de los administradores de guardar secreto de la información confidencial de la sociedad, no pudiendo transmitirla a terceros particulares ni al público en general. Esta última obligación pervive no solo por el tiempo en el que el administrador ejerce una posición formal de administración en la sociedad, sino también se extiende tiempo después de terminada su función como administrador, con el propósito de velar por el interés de la sociedad⁸⁶.

En particular, el deber de guardar reserva es muy relevante a nivel de administración desleal societaria, ya que el secreto es un componente del éxito comercial que pueden llegar a tener las sociedades, este deber se debe desistir si ciertas conductas relacionadas con el mismo llegan a lesionar el interés societario⁸⁷. Se relaciona en gran parte con el delito en cuestión por la situación que se genera en la situación de aprovechamiento del conocimiento de oportunidades de negocios, ya que la información de negocios a la que puede acceder un director debido a su cargo no puede ser usada por este en beneficio de su propio interés o del interés de otros terceros relacionados, distintos a la sociedad, en especial cuando se trata de oportunidades comerciales que priven a la sociedad de obtener beneficios que de otra forma obtendría⁸⁸.

Todos estos deberes ya mencionados configuran los deberes del administrador social, algunos más que otros⁸⁹ van en estrecha relación con el delito de administración desleal societaria. El alcance de estos deberes estará determinado por el compromiso material del

⁸⁶ VÁSQUEZ, *op. cit.*, Pp. 665 – 666.

⁸⁷ PUGA, *op. cit.*, P. 417.

⁸⁸ *Ibid.*, Pp. 418 – 419.

⁸⁹ Ya sean, los deberes de lealtad.

autor, más allá de lo acordado por las partes en el contrato mismo⁹⁰, y nunca actuando contra ley⁹¹.

Además, estos deberes del administrador societario suponen como condición necesaria⁹² que este cuente con facultades jurídicas de actuación sobre el patrimonio de la sociedad, las que no se reducen únicamente a obligar a la sociedad y disponer de su patrimonio, sino que se ven incluidas dentro de estas facultades jurídicas todas aquellas que estén vinculadas a la actividad de gestión, como por ejemplo la toma de importantes decisiones⁹³. Asimismo, en el caso del tipo de abuso⁹⁴ estas facultades jurídicas deben ser un poder de administración válido, es decir, el administrador debe gozar legalmente de ella, por ende, esta debe haberse llevado a cabo por los medios que la ley dispone⁹⁵.

1.3) El administrador de hecho

Como se señaló al final del párrafo anterior, las facultades jurídicas del administrador social deben emanar de un poder de administración válido y otorgado en concordancia a la ley.

Pero toda esta idea se rompe con la posibilidad de que aparezca lo que llamamos un “administrador de hecho”. Este será quien, por ejemplo, no cuente con un poder de administración válido, ya sea porque este no fue concedido de manera eficaz, o porque quizá el mismo se ha extinguido⁹⁶. O podrá ser también quien nunca ha detentado poder o facultades de administración algunas, ya que no es posible ejercer abusivamente las

⁹⁰ Ya que, es posible que se presente la situación en que administrador y administrado, en virtud de su autonomía privada, hayan decidido no reglamentar por entero su relación, sino dejarla en su caso a la costumbre, o a la buena fe, por ende, habrá que acudir no solo a lo textual de su acuerdo, sino a la intención de estos, y a lo que derive de la naturaleza de su relación.

⁹¹ COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 109

⁹² Junto con el acto de asunción ya mencionado.

⁹³ COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 111.

⁹⁴ Que es el tipo que exige el ejercicio válido de las facultades de representación, no así el tipo de infidelidad.

⁹⁵ COCA y PASTOR, *op. cit.*, Pp. 112 – 113.

⁹⁶ *Ibid.*

facultades, ni tampoco ejecutar acciones u omisiones, relativas a poderes de administración que no posee⁹⁷.

Aun así, en este sentido, Pastor y Coca no están completamente de acuerdo con esta ejemplificación del administrador de hecho, ya que ellos señalan que *“puede ser autor del delito (...) cualquier sujeto que haya asumido la gestión del patrimonio ajeno y, con ello, la posición de garantía para con dicho patrimonio”*⁹⁸, y es en consecuencia de esto que afirman que no es necesario un mandato o nombramiento, sino el acto de asunción material que conlleve la posición de garantía⁹⁹, es decir para ser autor de este delito no es necesario ser un administrador de derecho, sino también podría ser un administrador de hecho o un cargo intermedio, que tome decisiones de facto sobre la gestión de la sociedad, que influyan en el patrimonio de la misma¹⁰⁰.

Lo recién mencionado parece contradictorio con nuestro tipo penal chileno, ya que este señala expresamente: *“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 (...)”*. Por ende, es necesario que el administrador tenga el cargo, ya sea, en virtud de la ley, de una orden de autoridad, o de un acto o contrato, de lo contrario no podrá serlo.

Es así como el administrador de hecho, al no ser un administrador formal cuyo poder o facultad no emana de cualquiera de estos tres actos recién mencionados, no podría ser considerado como autor de este delito, por ende, no podrá ser castigado como autor, pero sí podrá ser castigado como partícipe.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Lo que hemos mencionado a lo largo de esta tesis como un acto en virtud de la ley, de una orden de la autoridad, o de un acto o contrato.

¹⁰⁰ COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 113.

2) El consentimiento como causal de exclusión del injusto

Una cuestión esencial en el delito de administración desleal societaria es el consentimiento como causal de exclusión del injusto, es decir, el hecho de que el titular del patrimonio administrado haya consentido o no en la actuación del administrador que causa perjuicio a la sociedad¹⁰¹. Por ende, pasaremos a revisar qué es el consentimiento, cuáles son sus tipos, y los supuestos en que este consentimiento excluye, y no excluye el injusto.

2.1) El consentimiento y sus tipos

Como se ha mencionado con anterioridad el bien jurídico protegido por el delito de administración desleal societaria es el patrimonio. Por ende, al ser este un bien jurídico disponible, el consentimiento válido otorgado por el titular del patrimonio opera como causal de exclusión del injusto¹⁰². Este consentimiento debe englobar tanto la infracción del deber del administrador, como la extensión del perjuicio que produzca esta infracción¹⁰³. Es decir, el titular del patrimonio en vías de afectarse debe consentir en que este administrador transgreda alguno(s) de sus deberes de cuidado y/o lealtad, y además debe consentir en el hecho de que se vaya a producir un perjuicio a causa de esta transgresión, y en la magnitud de este.

Entonces, ¿qué es lo que entendemos por consentimiento? Un primer acercamiento a este podemos obtenerlo del Diccionario de la Real Academia Española, así en su primera acepción este nos señala que el consentimiento es la *acción y efecto de consentir*, consentir por su parte es *permitir algo o condescender en que se haga*. Roxin alude a que el consentimiento en materia penal se identifica en sus orígenes con una frase del jurista romano Ulpiano, esta es *“nulla iniuria est, quae in volentem fiat”*, la cual significa

¹⁰¹ FARALDO, *op. cit.*, P. 272.; y COCA, y PASTOR, *op. cit.*, P. 143

¹⁰² NAVARRO, *op. cit.*, P. 194.; y COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 143.

¹⁰³ COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 144.

“lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto”¹⁰⁴. Para Roxin el consentimiento tiene ciertas diferencias con lo que podemos entender como un acuerdo.

La primera diferencia es que en el consentimiento es menester que la manifestación de voluntad ejercida sea reconocible en el mundo exterior, a través no solo de palabras, sino que también de acciones, a diferencia de lo que puede suceder con el denominado “acuerdo”, el cual podría referirse exclusivamente a la voluntad interna de quien acuerda, sin necesidad de manifestación exterior¹⁰⁵.

Segundo, para que el consentimiento sea eficaz, quien lo efectúa debe gozar del juicio necesario para comprender el alcance de la manifestación de este, y los costos y beneficios que este implica, en cambio en el acuerdo no es primordial que quien lo realice cuente con la correspondiente capacidad de comprensión¹⁰⁶.

Tercero, los vicios del consentimiento, tanto error, fuerza y dolo, vuelven ineficaz el consentimiento, lo vician, efecto que no se produce tratándose del acuerdo, por ende, el consentimiento debe efectuarse libre de estos vicios¹⁰⁷.

En conclusión, el consentimiento es una acción que es ejercida por una persona, consistente en una manifestación de voluntad destinada normalmente a permitir algo, la cual debe ser reconocible en el mundo exterior, a través de palabras o de acciones. Para que este consentimiento sea eficaz quien lo efectúa debe gozar de juicio necesario, y este debe ser libre de vicios.

Además, consentimiento puede clasificarse en tres tipos, ya sea, consentimiento expreso, consentimiento concluyente, o consentimiento presunto:

¹⁰⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Tomo I. Madrid, España, Civitas, 1997. P. 511.

¹⁰⁵ *Ibid.*, P. 513.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ MARTÍNEZ, *op. cit.*, P. 76.

El consentimiento **expreso**, tal como su nombre lo indica, y según la RAE, es aquel consentimiento que al manifestarse queda claro y patente. Por ende, es el consentimiento que expresa el dueño del patrimonio administrado en vías de que el administrador ejecute (o no) alguna acción, sin dejar duda alguna del mismo.

El consentimiento **concluyente**, es aquel consentimiento que tiene el titular del patrimonio administrado, en relación con el acto que el administrador de la sociedad busca ejecutar, donde este titular no expresa su disenso u oposición al acto mismo, no obstante poder expresarlo¹⁰⁸.

En cuanto al consentimiento **presunto**, cabe hacer las siguientes puntualizaciones. Para la RAE presunto significa *supuesto*, y entiende este último como *considerado real o verdadero sin seguridad de que lo sea, o como una suposición o hipótesis*. Es este en el que en el caso de haber podido preguntarle al titular, podemos presumir que este hubiese consentido¹⁰⁹. Para que este consentimiento presunto excluya el injusto se deben cumplir dos condiciones: primero, que se de en ciertos casos en que el administrador no pueda conseguir en tiempo y forma el consentimiento del titular del patrimonio administrado, y además que este consentimiento sea referente a negocios habituales en la administración de dicho patrimonio¹¹⁰.

Por último, se señaló también que este consentimiento debe comprender tanto la infracción del deber del administrador, y la extensión del perjuicio que produzca la misma.

2.2) Supuestos en que el consentimiento excluye el injusto

De este modo, y como hemos mencionado anteriormente, el consentimiento válido otorgado por el titular del patrimonio excluye el injusto, y además este debe contener

¹⁰⁸ COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 144.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

tanto la infracción al deber del administrador, como la extensión del perjuicio al patrimonio del titular. Por ende, pasaremos a revisar cuáles son los supuestos en que este consentimiento recién mencionado tendría la validez suficiente para excluir el injusto.

Los requisitos son los siguientes:

1. El consentimiento **debe ser prestado en forma auto responsable**, es decir, el titular del patrimonio administrado al ejecutar la acción de consentir debe tener la capacidad de reconocer y valorar las consecuencias que podría conllevar su decisión en su patrimonio¹¹¹. Es decir, debe ser capaz de anticiparse a lo que podría pasar, y ponderar los pros y los contras de esta decisión, siendo consciente de que esta podría ser perjudicial para el mismo.

No podrá considerarse auto responsable el consentimiento cuando el administrador no ha informado al titular del patrimonio sobre el negocio en cuestión, sus consecuencias jurídicas y sus riesgos económicos¹¹², ya que como se mencionó previamente es uno de los deberes con los que el administrador cuenta.

En el caso de que el titular del patrimonio tome la decisión de consentir, no siendo informado por el administrador acerca de lo relativo al negocio en cuestión y prescindiendo de los factores de los cuales este debería haber informado, el consentimiento es válido, ya que se da la situación en la que de todas formas estos criterios no habrían sido tomados en cuenta por el titular del patrimonio para la toma de decisión. En consecuencia, el titular puede estar desinformado, y a la vez haber consentido válidamente¹¹³.

¹¹¹ *Ibid.*, Pp. 145 – 146.

¹¹² *Ibid.*, P. 146.

¹¹³ *Ibid.*, P. 147.

2. El consentimiento **debe haber sido otorgado antes del acto de administración ejecutado por el administrador**, ya que, si el acto fue ejecutado sin autorización del titular del patrimonio, y es posteriormente convalidado por este último, esta convalidación no elimina el injusto ya realizado¹¹⁴.
3. Además, en el caso de las **sociedades**, al ser este un patrimonio complejo, perteneciente a una multiplicidad de sujetos, para que se excluya el injusto el consentimiento **debe ser aprobado por la unanimidad de los socios**¹¹⁵.

En caso de que el acuerdo sea adoptado por una mayoría, frente a una minoría, se considerará que este también excluye el injusto, en la medida en que cumpla válidamente con los requisitos legales para su adopción, ya que este configura la voluntad de la sociedad¹¹⁶.

En el supuesto de una sociedad unipersonal, compuesta por un único socio, existe unificación entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio del socio administrador, por ende, operará plenamente el consentimiento del titular del patrimonio, y la conducta que causa perjuicio a la sociedad no será castigada penalmente¹¹⁷.

4. Por último, en el caso de las **actuaciones ilícitas del administrador**, en relación con patrimonios sociales, se pueden distinguir dos situaciones. La primera situación ocurre cuando unánimemente se acuerda por los socios que se lleva a cabo la actuación ilícita del administrador, en este supuesto el consentimiento excluye el injusto. La segunda situación se da en el caso de que la mayoría de los socios

¹¹⁴ MARTÍNEZ, *op.cit.*, P. 76; y NAVARRO, *op. cit.*, P. 196.; y COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 146

¹¹⁵ LYON Puelma, ALBERTO. *Responsabilidad del órgano administrador de una sociedad y responsabilidad de ésta por los actos de aquél*. Cuadernos de extensión jurídica (U. De los Andes) N° 7, pp. 207 – 260, 2003. Pp. 233 – 234.; y COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 148.

¹¹⁶ COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 148.

¹¹⁷ MARTÍNEZ, *op. cit.*, Pp. 73 – 74.

acuerde que se lleva a cabo la actuación ilícita del administrador, en este caso el consentimiento no es válido, y por ende no excluye el injusto¹¹⁸.

En conclusión, para que el consentimiento excluya el injusto, este debe ser prestado en forma auto responsable por parte de los socios, debe haber sido otorgado antes del acto ejecutado por el administrador, y debe ser aprobado por la unanimidad -y en algunos casos mayoría- de los socios.

2.3) Supuestos en que el consentimiento no excluye el injusto

A contrario sensus entonces, serán supuestos en los cuales el consentimiento no excluye el injusto, los siguientes:

1. Cuando el consentimiento de la sociedad no sea prestado en forma auto responsable, es decir, el titular del patrimonio administrado es incapaz de representarse las consecuencias, beneficios, y costos de su decisión.
2. Cuando el consentimiento de la sociedad sea otorgado con posterioridad a la ejecución del acto por el administrador.
3. Cuando el consentimiento social no abarca como mínimo el comportamiento del administrador de la sociedad, es decir, la acción que este puede o no ejecutar.
4. Cuando el consentimiento no es otorgado por unanimidad, o al menos mayoría, de los socios.

3) El riesgo en la administración desleal societaria

¹¹⁸ COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 151 – 152.

El tercer problema por tratar es el del riesgo en la administración desleal societaria, para esto se analizarán los parámetros para determinar el riesgo permitido en la actuación del administrador social, los negocios de riesgo, y los negocios gratuitos.

3.1) Parámetros para determinar el riesgo permitido

La temática referida al riesgo permitido va en estricta relación con la conducta típica realizada por el sujeto activo del delito, el administrador, y refiere a la posibilidad de que este ocasione riesgos atípicos de perjuicio en el patrimonio administrado. En la mayoría - sino todos- de los actos que realiza el administrador de la sociedad existe un riesgo y/o posibilidad de que falle el objetivo final de este acto, o de que la contraprestación no compense el costo de la operación realizada, lo que conlleva un peligro de menoscabo en el patrimonio administrado, este riesgo es inherente a estos actos¹¹⁹.

Este riesgo se genera ya que hay casos en los cuales el administrador se aleja, y no actúa dentro del ámbito de lo típico de la conducta esperada, debido a que infringe los deberes¹²⁰ correlativos a su posición de garantía, los que como se ha mencionado anteriormente van siempre en vías de resguardar el interés de la sociedad mediante una gestión diligente del administrador¹²¹. Esto se produce ya que muchas veces no es fácil alinear los intereses de los administradores con los intereses de los titulares del patrimonio, produciéndose así, muchas veces, problemas de agencia¹²².

Serán consideradas atípicas las conductas que producen peligros de perjuicio patrimonial que ex ante tienen sentido económico, es decir, que ex ante son

¹¹⁹ *Ibid.*, Pp. 129 – 130.

¹²⁰ Los deberes del administrador fueron tratados en el número 1.2) de este mismo capítulo.

¹²¹ COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 130.

¹²² LAGOS Villarreal, Osvaldo. *Reformas al gobierno de las sociedades contenidas en la Ley 20.382: Un gesto al equilibrio. Gobiernos corporativos: Aspectos esenciales de la reforma a su regulación*, 2011. Pp. 52 – 53.

económicamente racionales, y se mueven en un nivel de riesgo apropiado al tipo de gestión asumida por el autor, por constituir un riesgo permitido¹²³.

Así como el derecho comercial y civil establecen un ámbito del riesgo permitido, es que el derecho penal también debe reconocerlo¹²⁴. Es por esto que habrá que determinar entonces, ¿cuál es, para los administradores de la sociedad, el ámbito del riesgo dentro del cual está permitido actuar? Para esto se han desarrollado ciertos criterios, estos son:

- I. **El riesgo vinculado al negocio y al marco de actuación del autor.** Este criterio guarda relación con los riesgos que fueron asumidos en la relación interna del administrador con el administrado, el riesgo permitido no debe conllevar un desvío de los riesgos propios que conlleva la actividad que la sociedad ejerce con habitualidad, esto último se refleja por ejemplo en el objeto social¹²⁵. Si se produce este desvío de los fines sociales plasmados en el objeto de la sociedad estaríamos frente a un riesgo no permitido, salvo que medie el consentimiento de la sociedad¹²⁶.

- II. **Las expectativas vinculadas a la conducta del autor.** Estas expectativas deben ser razonables, y deben visualizarse tanto a corto como a largo plazo, ya que si no se consideran las expectativas a largo plazo la definición de los parámetros del ámbito de lo permitido estaría sesgada y bloquearía la actividad económica, siendo efectuadas por el administrador conductas cortoplacistas y no racionales económicamente¹²⁷. Es por esto por lo que podría incluso suceder que se realice una conducta que produzca un

¹²³ COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 131.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ ABDALA, *op. cit.*, P. 44; y COCA y PASTOR, *op.cit.*, P. 132.

¹²⁶ COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 132.

¹²⁷ *Ibid.*

perjuicio patrimonial inmediato, pero que a largo plazo implique un aumento patrimonial¹²⁸.

Deben incluirse dentro de estas las expectativas de difícil cuantificación, como por ejemplo el mejoramiento de la imagen de la sociedad, el desarrollo y embellecimiento del lugar de trabajo, el incremento de la productividad de los empleados, etc¹²⁹. Todas estas expectativas deben siempre ser proporcionadas y no deberse a un interés particular del administrador¹³⁰.

- III. **El plan global de gestión del autor.** El criterio señala que una conducta que aisladamente produce perjuicio y pérdidas en el patrimonio, al dejar de verse aislada, y pasar a contemplarse en el plan global de gestión del autor, puede pasar a tener sentido económico¹³¹. No tomar consideración este contexto conllevaría interpretar de forma incompleta la conducta del administrador social, ya que las sociedades y los particulares suelen desenvolverse a través de estrategias y planes¹³².

Entonces, tomando de base estos criterios es posible determinar el ámbito de riesgo permitido en la administración desleal societaria.

3.2) Negocios de riesgo

Nos señala la Real Academia Española, en su primera acepción, que riesgo es “aquella contingencia o proximidad de un daño”. Por ende, los negocios de riesgo, como su nombre lo

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*, P. 134.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² GALINDO Ruíz, Carlos Julio. *Formulación y evaluación de planes de negocio*. Bogotá, Colombia: Ediciones de la U, 2011.; y COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 134.

indica, son aquellos negocios que llevan implícita la posibilidad de que se produzca un perjuicio en el patrimonio con su sola realización.

De la mención que se hizo a los criterios en el apartado anterior se deriva que estos negocios están permitidos mientras gocen de un sentido económico en el entorno y condiciones del patrimonio administrado.

En torno a esta temática es que se ha discutido un caso particular por la doctrina, el supuesto es el siguiente: el administrador social efectúa una operación de riesgo que parece razonable en relación con los parámetros arriba mencionados, con la información que él en su rol de administrador debía conocer, pero por causalidad, adquiere conocimientos especiales, que lo llevan a pensar que es muy posible que esa operación pueda conllevar un daño patrimonial¹³³. En esta hipótesis, para cierto sector de la doctrina, se genera un deber a partir de estos conocimientos especiales, y es por eso por lo que estos deben tomarse en consideración al momento de tomar una decisión para la sociedad¹³⁴. Pero por su parte, Pastor y Coca, entienden que este conocimiento especial no es generador de deber, por ende, no se puede exigir al administrador que actúe guiando su conducta por este conocimiento especial¹³⁵. Lo determinante será entonces si el administrador sabía o debía saber, si tomó conocimiento o debió haber tomado conocimiento de esta información se produce una infracción de deber, si la situación es la contraria esta infracción de deber no se produce¹³⁶.

3.3) Los negocios gratuitos

Para poder entender qué son los negocios gratuitos unilaterales debemos remitirnos al Derecho Civil. En el sentido literal de la palabra, entiende la Real Academia Española que negocio jurídico es la declaración de voluntad de una o más personas a la

¹³³ COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 135.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*, P. 135 – 136.

¹³⁶ *Ibid.*

que la ley le reconoce efectos jurídicos. En el mismo sentido, Gonzalo Figueroa, nos señala que son negocios jurídicos todas las manifestaciones de voluntad tendientes a producir efectos jurídicos, ya sea, el nacimiento/modificación/extinción de un derecho subjetivo¹³⁷. La diferencia esencial que tendría el negocio jurídico, con el acto jurídico, es que en el primero de estos los efectos a producir son determinados por las partes al momento de su celebración, en cambio en el acto jurídico los efectos han sido establecidos previamente por la ley¹³⁸. Que estos negocios sean unilaterales hace referencia a que la manifestación de voluntad ha sido realizada por una sola persona¹³⁹, que en este caso podríamos hacer coincidente con el administrador, pero como ya hemos mencionado el administrador no es necesariamente una sola persona, sino que puede tratarse de un órgano colegiado. Además, que estos negocios sean gratuitos, conlleva que la declaración de voluntad tenga por efecto la obtención de una utilidad por solo una de las partes, sufriendo la otra un gravamen, son ejemplos típicos la donación, la remisión, y el testamento¹⁴⁰.

Por ende, para este caso en concreto, podemos considerar que un negocio jurídico gratuito unilateral es una manifestación de voluntad realizada por el administrador de la sociedad, tendiente a producir un efecto jurídico determinado por las partes, que será la obtención de un beneficio o utilidad para una sola de estas.

Es por esta definición que este tipo de negocios se han convertido en un discutible grupo de casos, y al respecto la jurisprudencia alemana ha ido configurando ciertos parámetros¹⁴¹ con los que nos podemos guiar para determinar si los negocios gratuitos configuran o no la conducta típica establecida en el tipo penal de administración desleal. Los parámetros son los siguientes:

¹³⁷ FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. *Curso de Derecho Civil*. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2012. P. 10.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*, P. 14.

¹⁴⁰ *Ibid.*, P. 17.

¹⁴¹ COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 136.

- I. **Interés por el cual se rigió el administrador de la sociedad al efectuar su conducta**, ya sea, su interés particular, o el interés general de la sociedad¹⁴². Ya que como se ha mencionado con anterioridad es obligación del administrador guiar siempre su actuación por el interés general de la sociedad, y no por el suyo propio. Y el realizar una conducta en miras a satisfacer su propio interés personal sería un claro indicio de administración desleal.

- II. **Ponderación de los factores en juego**¹⁴³. Es decir, que todos los factores relacionados con el negocio a realizar hayan sido ponderados, y se haya efectuado así un examen tanto de costos como de beneficios de estos. Entonces, una correcta ponderación de factores derivaría del análisis de: pérdidas proyectadas de un negocio, ganancias esperadas de este, patrimonio y objeto de la sociedad, tendiendo a que la pérdida que se produzca en el negocio no ponga en riesgo la continuación del giro de la sociedad, y cuyas ganancias sean inversamente proporcionales a la posibilidad de obtención de las mismas¹⁴⁴.

- III. **Transparencia**, entendida como el cumplimiento de las obligaciones que conlleva llevar a cabo el negocio gratuito, como por ejemplo la anotación de activo/pasivo en el balance de la sociedad¹⁴⁵. Ya que, de lo contrario, se produciría una omisión sospechosa, que podría configurar un indicio de administración desleal.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ LYON, *op. cit.*, P. 213.

¹⁴⁵ COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 136.

- IV. **Apoyo de mayoría**, ¿contaba este negocio con el apoyo de un amplio consenso?¹⁴⁶. Ya que, si contaba con un amplio apoyo, dependiendo de cuánto fuera este, podríamos asimilarlo al consentimiento¹⁴⁷.
- V. **Adecuación del negocio a la situación económica de la empresa**, ¿era o no adecuada la realización del negocio?¹⁴⁸. Ya que si la realización del negocio no fuese adecuada a la situación económica de la empresa se produciría un claro indicio de administración desleal. Pongámonos en el caso de que una empresa realiza una donación -no necesariamente cuantiosa-, o remite parte de una deuda, al encontrarse esta misma empresa en un estado patrimonial deficitario, esta actuación no tendría sentido, ya que antes de realizar este tipo de acciones, lógicamente, la empresa debiese tender a mejorar su propia situación patrimonial, y no la de otras empresas o personas.

Así, deben tenerse en consideración todos estos parámetros para determinar si las conductas llevadas a cabo por los administradores son subsumibles dentro del tipo de administración desleal. Si se cumplen estos parámetros, o la mayoría de estos, estaremos frente a un caso de administración desleal societaria.

¹⁴⁶ MARTÍNEZ, *op. cit.*, Pp. 74 – 75; y COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 136.

¹⁴⁷ Para profundizar revisar el apartado referido al consentimiento.

¹⁴⁸ COCA y PASTOR, *op. cit.*, P. 136.

CONCLUSIONES

En primer lugar, existía un vacío normativo en nuestra legislación en lo relativo al delito de administración desleal. Se preguntaba la doctrina si este vacío podía ser llenado mediante la subsunción de ciertas conductas que constituían administración desleal en otros tipos penales, tales como: estafa, delitos concursales, apropiación indebida, malversación de caudales públicos y fraude al fisco. La respuesta a esta interrogante fue que ninguno de estos tipos penales era suficiente para la configuración del tipo genérico de administración desleal, ya que es un tipo penal amplio.

En segundo lugar, es debido a esto que surge la imperante necesidad de incluir el tipo penal de administración desleal. Esta inclusión se hace mediante la publicación de la ley 21.121, que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección, y persecución de la corrupción. Así, se agrega un nuevo numeral, número 11, al artículo 470 de este Código.

En tercer lugar, de la sola lectura del numeral agregado se pone de manifiesto que el tipo penal de administración desleal es un tipo penal amplio, ya que no está limitado a ningún ámbito particular, tal como administración desleal privada, pública, societaria, etc. Por ende, es aplicable a toda acción realizada por quien administra un patrimonio que cause perjuicio en el patrimonio administrado.

En cuarto lugar, el bien jurídico protegido por el nuevo delito de administración desleal es el patrimonio, el que a su vez es considerado una condición esencial para el libre desarrollo de la personalidad, de la vida de las personas, y de sus planes a futuro. Al ser este un bien jurídico individual cabe señalar que a su respecto opera el consentimiento como causal de exclusión del injusto. Además, la doctrina mayoritaria, considera que el patrimonio especialmente protegido es el patrimonio de la sociedad en sí mismo, y no el patrimonio de los socios en particular.

En quinto lugar, el sujeto activo de este delito es quien detente el cargo de salvaguardar un patrimonio que no es el suyo, en virtud de la ley, de una orden de autoridad, o de un acto o contrato, por ende, es un delito especial, ya que se deben poseer cualidades especiales para su comisión. A su vez el sujeto pasivo es la persona a cuyo patrimonio se la ha irrogado perjuicio a consecuencia de la infracción al deber de tutela patrimonial.

En sexto lugar, la conducta típica plasmada en el delito se puede dividir, a grandes rasgos, en dos subtipos. Por un lado, el tipo de infidelidad, que se ve reflejado en la conducta de ejecutar u omitir cualquier acción de modo manifiestamente contrario al interés del patrimonio afectado. Este subtipo capta aquellas infracciones al deber de cuidado patrimonial, dolosas, que causan perjuicio. Por el otro lado el tipo de abuso se ve plasmado en la conducta de ejercer abusivamente facultades para disponer por cuenta de una persona u obligarla. En este, a diferencia del tipo de infidelidad, se debe específicamente abusar de las facultades de representación que posea el administrador. Ambos subtipos interactúan en una relación género – especie, siendo el tipo de infidelidad el genérico, y el tipo de abuso una especie de este.

En séptimo lugar, el delito de administración desleal es de carácter doloso.

En octavo lugar, como primer problema se trató el autor del delito de administración desleal. Se considera autor de este al administrador de derecho, el cual es aquella persona que puede ejercer las funciones de administración de forma individual o colegiada, y tiene a su cargo la salvaguarda o gestión del patrimonio de otra persona, o de una parte de este, en virtud de la ley, orden de autoridad o de un acto o contrato. A su vez, el administrador, debe tener una posición de garantía respecto del patrimonio a tutelar, esta se origina por un acto de asunción del administrador, y consiste en el deber de gestionar desde adentro el patrimonio de la víctima, guiándose siempre por el interés de esta antes que por el suyo propio. En el ámbito de las sociedades son dos los grandes grupos de deberes que debe cumplir el administrador social, por un lado, los deberes de cuidado y diligencia, y por el otro los deberes

de lealtad, siendo estos últimos los que más van en estrecha relación con el delito en cuestión, ya que son aquellos que ha establecido el ordenamiento jurídico, y están dirigidos a proteger el interés de la sociedad en el caso de producirse pugna de intereses en el ámbito de la gestión de esta.

Existirá también en las sociedades la posibilidad de encontrarnos con el administrador de hecho, que será quien no cuente con un poder de administración válido, o quien nunca ha detentado facultades de administración algunas. Este no podrá ser considerado autor del delito, por no ser un administrador formal cuyo poder o facultad emana de cualquiera de los actos de asunción ya mencionados. Por ende, no podrá ser castigado como autor, pero sí podrá ser castigado como partícipe.

En noveno lugar, como segundo problema se trató el relativo al consentimiento. Se aseveró que el consentimiento válido otorgado por el titular del patrimonio opera como causal de exclusión del injusto. Así, el consentimiento debe englobar tanto la infracción de deber del administrador como la extensión del perjuicio que produzca la misma. Para que el consentimiento excluya el injusto debe cumplir ciertas condiciones: debe ser prestado en forma auto responsable, debe haber sido otorgado con anterioridad al acto de administración ejecutado por el administrador y, en el caso de las sociedades debe ser aprobado por unanimidad, o al menos por la mayoría de los socios.

Por último, como problema final se trató el riesgo permitido en la administración desleal. Esta temática refiere a la posibilidad de que el administrador ocasione riesgos de perjuicio en el patrimonio administrado mediante aquellas conductas que producen peligros de perjuicio patrimonial que ex ante tienen sentido económico, y que se mueven en un nivel de riesgo apropiado, y pueden constituir un riesgo permitido. El ámbito de riesgo permitido se ha determinado mediante ciertos criterios, estos son: el riesgo vinculado al negocio y al marco de actuación del autor, las expectativas vinculadas a la conducta del autor, y el plan global de gestión del autor. Por otro lado, existen negocios de riesgo, que son aquellos negocios que

llevan implícita la posibilidad de que con su sola realización se produzca un perjuicio en el patrimonio administrado, estos están permitidos en tanto gocen de un sentido económico. Finalmente tenemos los negocios jurídicos gratuitos unilaterales, que son aquellas manifestaciones de voluntad realizadas por el administrador, tendientes a producir un efecto jurídico que consistirá en una utilidad para la contraparte de la sociedad cuyo patrimonio administra. Para poder afirmar que estos negocios configuran la conducta típica de administración desleal la jurisprudencia alemana ha desarrollado ciertos parámetros, estos son: el interés por el cual se rigió el administrador al llevar a cabo su conducta, la ponderación de los factores en juego, la transparencia, el apoyo de la mayoría, y la adecuación del negocio a la situación económica de la empresa. Así, deben tenerse en consideración estos parámetros para determinar si las conductas llevadas a cabo por los administradores son subsumibles dentro del tipo de administración desleal.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO, Manuel. *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado y vacío en la legislación penal peruana sobre corrupción de funcionarios. Lima: Grijley, 2014.

ABDALA, Martin E. *La existencia de un acto antijurídico como presupuesto para imputar responsabilidad a los administradores societarios*. Revista de derecho (Valparaíso), no 40, p. 39-52, 2013.

BOFILL Genzsch, Jorge., JELVEZ Gallegos, Valeria., & CONTRERAS Salim-Hanna, Sebastián. *Considerations on the new disloyal administration criminal offence on Chilean law*. Derecho & Sociedad, Derecho & Sociedad; No 52 (2019); 59-77, 2019.

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

FARALDO Cabana, Patricia. *El consentimiento de la junta General de socios y administración desleal de sociedades*. Ius et veritas, 13(27), 271-282, 2003.

FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. *Curso de Derecho Civil*. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2012.

GALINDO Ruíz, Carlos Julio. *Formulación y evaluación de planes de negocio*. Bogotá, Colombia: Ediciones de la U, 2011.

GARCÍA Niño, Mónica. *Los conflictos de intereses de los administradores y su aplicación en el manejo de la información privilegiada*. Revista e-mercatoria, 14(1), 113-138, 2015.

HERNÁNDEZ, Héctor. *La administración desleal en el derecho penal chileno*. En: GÓMEZ – Jara, Carlos., y GARCÍA, Percy. (Ed). *La administración desleal de los órganos societarios* (pp. 225 – 314). Lima, Perú: ARA editores., 2010.

JAÉN Vallejo, Manuel. *Estudios penales*. Santiago de Chile: Editorial Lexis Nexis, 2006.

JEQUIER, Eduardo. *Curso de Derecho comercial*. Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing, 1, 302, 2013.

LAGOS Villarreal, Osvaldo. *Reformas al gobierno de las sociedades contenidas en la Ley 20.382: Un gesto al equilibrio. Gobiernos corporativos: Aspectos esenciales de la reforma a su regulación*, 2011.

LUZÓN Peña, Diego Manuel. & ROSO Cañadillas, Raquel. *La administración desleal societaria en el derecho penal español*. InDret,(3), InDret, 2010, Issue 3, 2010.

LYON Puelma, ALBERTO. *Responsabilidad del órgano administrador de una sociedad y responsabilidad de ésta por los actos de aquél*. Cuadernos de extensión jurídica (U. De los Andes) N° 7, pp. 207 – 260, 2003.

MAÑALICH, Juan Pablo. *La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales*. Política criminal, vol. 7, no 14, p. 357-377, 2012.

MARTÍNEZ-Buján Pérez, Carlos. *El delito societario de administración desleal*. Tirant lo Blanch, 2001.

MATUS. Jean Pierre., POLITOFF, Sergio., y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno: parte general*, Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2004.

MATUS. Jean Pierre., y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de derecho penal chileno: Parte especial*, Santiago, Chile, Tirant lo Blanch, 2021.

NÁJERA González, Xavier. *El bien jurídico protegido en el delito socioeconómico de administración desleal en España*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Año IX, no. 35, 2015.

NAVARRO Frías, Irene. *Delito de administración desleal y discrecionalidad de los administradores sociales*. Es parte de: Cuadernos de política criminal: segunda época. no. 109 (2013). p. 175-215, 2013.

PASTOR Muñoz, Nuria. *La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal*. InDret, (4), InDret, 2016, Issue 4, 2016.

PUGA Vial, Juan Esteban. *La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho Chileno y comparado*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

ROJAS, Luis Emilio. *El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán*, 2009.

ROJAS, Luis Emilio. *Modelos de regulación de los delitos de falsedad y de los delitos patrimoniales*. Política criminal, vol. 12, no 23, p. 380-408, 2017.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Tomo I. Madrid, España, Civitas, 1997.

SCHUNEMANN, Bernd. *Consideraciones sobre el lado subjetivo de la administración desleal*. En: GÓMEZ– Jara, Carlos., y GARCÍA, Percy. (Ed). *La administración desleal de los órganos societarios* (pp. 111 – 132). Lima, Perú: ARA editores, 2010.

SILVA Pacheco, Elpidio José. *El delito de administración desleal: Tipo de abuso y tipo de fidelidad*. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), no 7, p. 37-48, 2015.

VÁSQUEZ Palma, María Fernanda. *Sociedades: Comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho comercial*. Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, 2013.

VERA Rivera, María del Carmen. *El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*. Memoria para optar al grado de doctora, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017.

WINTER Etcheberry, Jaime. *Derecho penal e impunidad empresarial en Chile*. Revista de Estudios de la Justicia, no 19, p. 91-125, 2013.