

EL PATRIMONIO SOCIAL EN LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE LA LEY 20.393 SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS

Luis Ricardo Solís Soriano
Magíster en Derecho Corporativo
Doctorando en administración de Empresas

INTRODUCCIÓN

El balance clasificado de una compañía muestra, por un lado, su presupuesto de capital y, por el otro, lo que se denomina estructura de financiamiento¹. El primero es el reflejo de las decisiones de inversión, esto es, el criterio por el cual se define el destino de los recursos con que cuenta la empresa para el desarrollo de su giro comercial. La estructura de financiamiento es la respuesta al cómo se financió esa inversión, distinguiéndose entre fuentes internas y externas². En general, las fuentes internas se denominan capital propio, y las externas se asocian al concepto de deuda, la que puede ser de corto y largo plazo.

Para la ley y la doctrina, el patrimonio social es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, apreciables de dinero. En este orden de cosas, lo que se puede decir de una persona natural, también se puede sostener respecto de una persona jurídica. El 20 de noviembre de 2018 se publicó en el Diario Oficial la Ley 21.121 que modificó el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción. En ese articulado se define como autor del delito de administración desleal al que, teniendo a su cargo el patrimonio de otra persona, le provoque perjuicio ejerciendo cualquier acción u omisión de modo manifiestamente contrario al interés del titular. El sujeto es de un amplio espectro y puede recaer en un administrador estatutario, los directores o gerentes de una sociedad anónima o limitada, AFP o corredora de Bolsa, por nombrar algunos.

Cuando el ofendido por este delito es una sociedad anónima, la ley refiere al “patrimonio social” como objeto de esa administración desleal. No obstante, dicho precepto no se acuña en materia contable ni financiera, donde se distingue más bien entre fuentes internas y externas de financiamiento, para definir el concepto de capital social o patrimonio contable-financiero.

¹ Alarcón Ferreira, Andrea Margarita; Pais Lorca, María Eloisa; Carreño Escobar, Esteban Daniel. Análisis de la Estructura de Financiamiento en Chile. Seminario para optar a Título de Ingeniero Comercial, Mención Administración. Facultad de Economía y Negocios, Escuela de Economía y Administración. Universidad de Chile. Santiago, 2005. Pág. 5

² Lecuona Valenzuela, Ramón. Algunas Lecciones de la Experiencia Reciente de Financiamiento a las Pymes. Financiamiento para el Desarrollo. Cepal, Naciones Unidas, septiembre 2014. págs. 8 y 9.

Las disquisiciones formuladas en los párrafos anteriores, nos hacen plantearnos una cuestión fundamental: en qué medida una empresa es responsable de administración desleal, cuando el bien jurídico protegido –patrimonio social– excluye a la base de activos o inversiones de la misma, y sólo haría referencia al aporte efectivo de los socios en el negocio, haciendo difusa la pesquisa e imputación de responsabilidad penal empresarial por este concepto.

PATRIMONIO SOCIAL EN LAS EMPRESAS

Según Thomas Piketty, *“Todas las formas de capital siempre han desempeñado un doble papel: por una parte, una reserva de valor y, por la otra, como factor de producción ... en realidad, todas estas formas de patrimonio son útiles y productivas y corresponden a las dos grandes funciones económicas de capital”*³.

En términos económicos, el capital se entiende como aquel factor de producción constituido por inmuebles, maquinarias o instalaciones de cualquier género que, en colaboración con otros factores, principalmente el trabajo, se destina a la producción de bienes. También se relaciona con un elemento productor de ingresos que no está destinado a agotarse ni consumirse, sino, por el contrario, debe mantenerse intacto como parte generadora de nuevas riquezas.

En materia de sociedades, los aportes de los socios constituirán el capital social, en el cual cada socio es titular de derechos equivalentes a su interés social, en las sociedades de personas, o a un cierto número de acciones, en las sociedades de capital. En suma, el capital constituye una deuda de la sociedad con respecto a sus socios.

De acuerdo a lo anterior, el capital en materia contable configuraría un pasivo de la sociedad, ya que constituye una deuda respecto de los socios. Así, la voz "capital" no es otra cosa, sino que la diferencia entre activo y pasivo.

*“Para efectos financiero-contables, los conceptos de capital y patrimonio se hacen sinónimos y representan el valor aportado por los dueños de la empresa a título de aporte de capital, incluyendo las reservas reglamentarias, especiales y de utilidades financieras retenidas. Es decir, todos aquellos saldos que conforman el rubro capital y reservas”*⁴.

*“De este modo vemos que el capital o patrimonio financiero lo componen los aportes que efectúan los socios o accionistas, más las reservas y las utilidades que quedan en la empresa a la espera de ser retiradas o ser destinadas a la creación de nuevas reservas”*⁵.

De hecho, el marco conceptual para la preparación y presentación de los estados financieros, define al patrimonio como la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Esto último significa que las empresas financian sus inversiones, no sólo con el aporte que

³ PIKETTY, Thomas, El Capital en el Siglo XXI, Fondo de Cultura Económica, ISBN 6071624649, 9786071624642 p. 36.

⁴ Capital Propio Tributario y Patrimonio Financiero, Efecto de su Aplicación. Cámara Chilena de la Construcción, Cartilla Tributaria N°5, abril 2009, pág. 2.

⁵ Capital Propio Tributario y Patrimonio Financiero, Efecto de su Aplicación. Cámara Chilena de la Construcción, Cartilla Tributaria N°5, abril 2009, pág. 2.

hacen los dueños en el acto constitutivo social, sino también a través de deuda que han contraído con terceros distintos de esos dueños, como son las denominadas –en contabilidad– cuentas proveedor o acreedor. En función de esto último, es fácil comprender que toda la inversión de una empresa, en activos realizables (circulantes) y no realizables (fijos), siempre estará financiada en una mezcla de financiamiento entre capital (aporte de los dueños) y deuda con terceros. Luego, si al total de activos de una compañía (todas sus inversiones) le deducimos el valor de aquellos que fueron financiados vía deuda, la diferencia será el capital o patrimonio que aportaron los dueños del negocio.

El Servicio de Impuestos Internos (SII), define el concepto de patrimonio como *“Derechos que tienen los propietarios o accionistas sobre una empresa. Se compone por el valor del capital, reservas y utilidades no distribuidas. El patrimonio aumenta cuando la empresa obtiene utilidades y disminuye cuando se reparten dividendos o existen pérdidas”*⁶. Este mismo organismo, frente a un requerimiento de definición del concepto de patrimonio neto respectivo, en Oficio N° 922 de 20 de marzo de 2002, señaló que –por patrimonio neto– debía entenderse *“el total del activo representado por inversiones efectivas (bienes o derechos) menos el pasivo exigible del contribuyente (deudas u obligaciones), y al no establecer la norma legal que contiene esta expresión en que ámbito debe aplicarse, mediante el citado Oficio N° 3.980, de fecha 28.10.1999, se estableció que dicho concepto debe entenderse en el ámbito contable financiero, y no con un alcance tributario, ya que si el legislador hubiera querido que tal expresión se entendiera en este último aspecto lo hubiera establecido expresamente en la ley como ocurre con otras disposiciones legales cuando se refieren a conceptos tributarios”*⁷.

De lo expuesto hasta ahora, queda en evidencia que –desde un prisma estrictamente contable/financiero– el patrimonio o capital de una empresa estará constituido por todos aquellos activos que han sido financiados de forma exclusiva con el aporte de sus socios o accionistas, toda vez que han de deducirse aquellos que lo fueron con otras fuentes de financiamiento.

En la otra vereda está el concepto de “patrimonio social”, al que alude el N°11 del art. 470 de nuestro Código Penal. En materia legal, la doctrina francesa, devenida en clásica, establece que el patrimonio constituiría el conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciable en dinero⁸. Dicha concepción es también compartida por la doctrina española que menciona que por patrimonio se debe entender al complejo o conjunto de relaciones jurídicas valorables en dinero que pertenecen a la esfera jurídica de una persona, activa o pasivamente⁹.

Es por ello que, si tomamos como punto de partida la definición de patrimonio que nos da la más autorizada doctrina civil (que la define como un conjunto de derechos y obligaciones de un determinado sujeto de derecho), no nos tendría por qué resultar extraña la respuesta que da parte

⁶ Servicio de Impuestos Internos, Chile. Diccionario Básico Tributario Contable. Web: http://www.sii.cl/diccionario_tributario/dicc_p.htm

⁷ LEY SOBRE IMPUESTO A LA RENTA - ART. 14. (ORD. N° 922, DE 20.03.2002). CONCEPTO DE PATRIMONIO NETO A QUE SE REFIERE LA LETRA C) DEL N° 1 DE LA LETRA A) DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY DE LA RENTA. Web: <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2002/renta/ja259.htm>

⁸ PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado práctico de Derecho Civil francés. Tomo III, Cultural Habana S.A., 1946, p. 23.

⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen III, quinta edición, Editorial Tecnos, p. 381

de la doctrina mercantil local ante la pregunta de qué es lo que deberíamos entender por patrimonio social: Aquel conjunto de activos y pasivos de una sociedad¹⁰.

“Sin embargo, es menester hacer hincapié en que si bien los componentes del patrimonio desde el punto de vista civil (derechos y obligaciones) y los componentes del patrimonio desde el punto de vista mercantil (activos y pasivos) son en sustancia los mismos, esto no significa que ambas concepciones del patrimonio (tanto civil como mercantil) sean análogas. En ese sentido el patrimonio social es considerado por la doctrina mercantil como aquel que estará sujeto a un fin determinado. Dicha característica (estar sujeto a una finalidad) lo diferenciará del patrimonio en general que, por su propia naturaleza, no tendría un destino específico. En ese sentido, la finalidad específica a la cual estará sujeto el patrimonio social será el ejercicio de una actividad económica. Es por ello que a nuestro entender el patrimonio social sería aquel conjunto de derechos y obligaciones de contenido patrimonial que pertenece a una sociedad, y que está sujeto a un fin específico o determinado”¹¹.

Complementario a lo anterior, los conceptos de capital social y patrimonio social sólo serían coincidentes en el acto constitutivo social, cuando la sociedad todavía no ha emprendido ninguna actividad. Luego de ello, en el desarrollo de la vida societaria, podrá ocurrir -y sería además lo esperable- que el patrimonio neto supere a la cifra de capital concebida como valor de los aportes al inicio, en razón los incrementos patrimoniales por los resultados de los ejercicios comerciales y reservas¹², tal como hemos comentado en pasajes anteriores.

Entre nosotros, existe una tendencia moderna a considerar elementos distintos de los paradigmáticos (aquellos que indican que la sociedad debe cumplir con los requisitos propios de todo contrato) en la construcción de un nuevo concepto de institución societaria. Por de pronto el elemento personal, en el sentido que hoy las sociedades no requieren necesariamente de dos o más personas para configurarse. El segundo, el que nos interesa profundizar, es el elemento patrimonial, en el sentido que se requiere dilucidar si se precisan aportes de los socios, y de qué tipo, para dar vida a la sociedad.

Este último elemento se vincula al objeto del contrato social y la promoción del fin común, de manera tal que las aportaciones sociales serían las prestaciones a que los socios se comprometen para el logro de tal fin. La razón de su exigencia, en cuanto requisito esencial de la sociedad, suele explicarse desde la vertiente contractual ligado a un criterio funcional. En tal sentido se señala que el conjunto de aportes que forma y nutre el capital social constituiría una garantía hacia los acreedores en un doble sentido: en cuanto brinda una mayor seguridad de cumplimiento de las

¹⁰ LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano. Editorial Normas Legales, Trujillo, 1999, p. 73. Idea también compartida por BEAUMONT, Ricardo. Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 122

¹¹ Alva Lirio, Carlos Alberto. Redefinición del Capital Social y del Patrimonio Social. Revista Jurídica del Perú. Círculo Financiero Corporativo de la Universidad Nacional Mayor San Marcos. Web: <https://circulofinancierocorporativo.files.wordpress.com/2012/09/redefinicion3b3n-del-capital-social-patrimonio-social-revista-juridica-del-peru3ba.pdf>.

¹² Dasso, Ariel Angel. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario. IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza, 2016). Web: <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/8002/CDS130302065.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

obligaciones contraídas con los acreedores, y porque reduce el riesgo moral resultante de la limitación de responsabilidad de los socios. A partir de lo anterior, se ha desarrollado la doctrina de la infracapitalización o subcapitalización de la sociedad, que postula la existencia implícita en el ordenamiento de un principio de adecuación entre capital y objeto social, de manera tal que no podría autorizarse el funcionamiento de aquellas sociedades que no cuenten con un capital apropiado al objeto social o, en su defecto, responsabilice directamente a socios y directores por deudas de sociales, una vez que la empresa está funcionando¹³. Se habla incluso de una infracapitalización material (falta de recursos económicos propios y ajenos para la actividad que se pretende desarrollar), para distinguirla de otra formal (presencia de recursos económicos, pero que han sido ingresados a la sociedad como préstamos de los socios). La falta de capital propio, sustituido por el financiamiento externo, traslada una porción directamente proporcional del riesgo hacia los acreedores¹⁴.

Corolario de lo anterior es que la capitalización sería, en verdad, una medida de protección para los acreedores, atendiendo a la formación de un patrimonio social efectivo en la sociedad, que pueda funcionar como patrimonio de responsabilidad¹⁵.

Esa misma doctrina sostiene que el *“capital social no es más que una cifra estética, inamovible que se visualiza en los estatutos sociales; mientras que el patrimonio social varía constantemente, de manera que representa una categoría económica que se desprende de un conjunto de operaciones económicas que resultan de la gestión administrativa. En este entendido, en la práctica es el patrimonio la cifra que verdaderamente garantiza el cumplimiento de las acreencias”*¹⁶.

Más allá de estas posturas doctrinarias, lo que podemos observar en la práctica es que, en nuestra legislación civil, el debate sobre el patrimonio social separado y autónomo, nada tiene que ver con la caracterización conceptual de la figura societaria. Esto porque, aun cuando existe un deber

¹³ La doctrina alemana sugiere, en cambio, que debe responsabilizarse a los administradores en la medida que hubieren realizado actividades para las cuales la sociedad no cuenta con el patrimonio suficiente. En Argentina las autoridades administrativas competentes (las autoridades de contralor y, en específico, la Inspección General de Justicia) pueden realizar un control exhaustivo en el que se mide de manera estricta la adecuada correspondencia entre el capital y el objeto social de cada nueva SA. Véase García (2010), p. 320.

¹⁴ Barrau (2007), pp. 91-92.

¹⁵ Legislaciones como el art. 622 del Código de las Obligaciones suizo; el Código Civil italiano de 1942; el real decreto 1.084 del 5 de junio de 1991 sobre Sociedades Anónimas Deportivas de España; la ley mexicana de 1936 y la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 de Argentina y las leyes de algunos estados de Estados Unidos, han recurrido al expediente de fijar por ley un capital mínimo para las sociedades anónimas, en vista de la función de garantía para los acreedores sociales que tiene dicho capital como contrapartida a la irresponsabilidad civil de los accionistas. En las sociedades anónimas cerradas (private companies) en el Reino Unido no existen mínimos de capital; no así en las anónimas abiertas (PLC), donde siguiendo la segunda directiva de la Comunidad Europea que propuso a los Estados-miembros un capital mínimo de 25.000 ecus, Gran Bretaña tradujo eso en el art. 118 de las Companies Act de 1985, que fijó dicho mínimo en cincuenta mil libras esterlinas y además concede al secretario de Estado el poder de incrementar ese mínimo para compañías determinadas. La ley exige que al menos un cuarto del capital mínimo se entere al constituirse la sociedad. Sobre esta materia, véase Espín (2011), p. 499.

¹⁶ Vásquez Palma, María Fernanda. Hacia la Reconstrucción del Concepto de Sociedad en el Derecho Chileno. Revista Chilena de Derecho Privado, N°22 pp. 107-160 (Julio 2014).

general de aportar a la sociedad (arts. 2053 y 2055 del Código Civil¹⁷), lo que se recoge en los estatutos¹⁸ no da cuenta de normas específicas sobre protección a la integridad o intangibilidad del capital, pues no se requiere de un capital mínimo como norma general, más allá de algunas excepciones¹⁹; la exigencia de tener un porcentaje de capital pagado al inicio de la sociedad; requerimientos de constituir reservas legales aparte de las revalorizaciones; o la disolución y liquidación de la sociedad por la pérdida de un porcentaje significativo de su capital social, entre otras medidas análogas²⁰.

En cuanto a la normativa legal en materia de derecho mercantil sobre patrimonio social, observamos en el derecho comunitario europeo que, al tratar el asunto de división de sociedades, se habla de patrimonio como sinónimo de activo y pasivo de la sociedad escindida que se traspasa a las sociedades beneficiadas²¹. Nuestra doctrina nacional mercantil no tiene estudios detallados en esta materia, aun cuando hay diversas posturas en cuanto a la naturaleza jurídica del traspaso de los bienes escindidos del patrimonio social original. La tendencia mayoritaria ve en la división de sociedades un supuesto de sucesión universal, y centra la postura en que —en una división— una persona se coloca en el puesto de la otra en una relación jurídica que permanece inalterada, *“Dicho cambio opera (...) en bloque, en un solo acto, comprendiendo un conjunto de relaciones jurídicas transmisibles —derechos y obligaciones— desde el patrimonio de su titular [...] al de otro titular [...] como adquirente en bloque, sin necesidad de un acto transmisivo de cada una de las relaciones*

¹⁷ El primero de ellos dispone que en la sociedad “Dos o más personas estipulan poner algo en común...”. Por su parte, la segunda disposición señala “No hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero”. Al hilo de ello, los arts. 2082 a 2087 del Código Civil dan normas generales que se refieren a los aportes.

¹⁸ Así, el Nº 5 del art. 4º de la LSA dispone que la escritura de constitución debe indicar “el capital, el número de acciones en que se divide con indicación de sus series y preferencias si los hubiere y si las acciones tienen o no valor nominal; la forma y plazos en que los accionistas deben pagar su aporte, y la indicación y valorización de todo aporte que no consista en dinero”. Esta regla hay que complementarla con el inciso primero del art. 10 de la LSA que nos advierte que “el capital de la sociedad deberá ser fijado de manera precisa en los estatutos y sólo podrá ser aumentado o disminuido por reforma de los mismos”, esto es, el capital de una sociedad es una noción jurídica: es el fondo que determinan los estatutos que normalmente difiere del patrimonio efectivo existente conforme a la contabilidad.

¹⁹ Así, por ejemplo, los bancos requieren un capital pagado y reservas por un mínimo de 800.000 UF y al momento de otorgarse la escritura social ese capital debe estar pagado en al menos un 50% (art. 50 DFL Nº 3). Las empresas aseguradoras deberán tener un capital mínimo al constituirse de 90.000 UF totalmente suscrito y pagado (art. 7º del DFL Nº 251). Las Administradoras de Fondos de Inversión regidas por la ley Nº 18.815 requieren un capital pagado de al menos el equivalente a 10.000 UF; las Administradoras de Fondos Mutuos regidas por el decreto supremo de Hacienda Nº 1019, art. 7º, requieren de un capital mínimo pagado en dinero de 10.000 UF; las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión de Capital Extranjero regidas por la ley Nº 18.657 requieren de un capital mínimo pagado en efectivo de 6.000 UF por cada fondo que administre (art. 12). En general, todas estas sociedades deben pagar sus capitales sólo en dinero efectivo.

²⁰ Varias de estas reglas existían en Chile antes de la ley Nº 18.046, pero fueron suprimidas por ella en razón de que no tenían la funcionalidad deseada. Originalmente la Ley Nº 18.046 obligaba a suscribir y pagar el 33% del capital o del aumento de capital, pero aun dicha norma fue con posterioridad derogada por la ley Nº 19.499

²¹ En el Derecho Comunitario Europeo, el artículo 17.1 letra a) de la Sexta Directiva del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas, establece que “La escisión produce ipso iure y simultáneamente los siguientes efectos: a) la transmisión, tanto entre la sociedad escindida y las sociedades beneficiarias como con respecto a terceros, de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad escindida a las sociedades beneficiarias;”

*jurídicas singulares*²². Vemos acá que también se relaciona el concepto de patrimonio con los de derechos y obligaciones. Esta misma idea es refrendada por otros sectores de la doctrina en materia de derecho mercantil²³, y que se basarían precisamente en las mismas consideraciones sobre las que la Ex -SVS y el SII han interpretado la división de sociedades²⁴. En este último caso se habla incluso de patrimonio como un todo o bloque, independientemente de los bienes que lo integran.

En resumidas cuentas, desde un punto de vista legal y doctrinario, el concepto de “patrimonio social” se relaciona con derechos y obligaciones que pertenecen a una sociedad, que es distinto de su capital social inicial, que está sujeto a un fin determinado que debe llevarlo a incrementarse en el tiempo, y que debiera funcionar con un sentido de responsabilidad patrimonial frente a las acreencias sociales. En todos los casos, indistintamente, se le relaciona con los conceptos derechos y obligaciones de una empresa.

PATRIMONIO SOCIAL Y RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

Según hemos podido observar hasta ahora, aun cuando existen patrones comunes para la definición del concepto de patrimonio social, son también evidentes las diferencias que se dan entre la óptica contable-financiera (económica) y la legal-doctrinaria, que así llamaremos –en este último caso– para referirnos al mundo del derecho.

Y existe incluso una cuestión previa que dirimir en esta materia, porque –aun cuando en economía se pueda hacer referencia al término patrimonio social- ello tiene más que ver con cuestiones relacionadas a políticas públicas, lo mismo que se podría hablar de patrimonio cultural en una sociedad. Y en materia contable-financiera, el concepto que se aplica es el de capital social o patrimonio, siempre referido al aporte de los dueños a un negocio, tanto en el acto constitutivo social, cuanto en instancias posteriores de capitalización.

Según sabemos, el art. 470 N° 11 del Código Penal, en su parte final, al referirse a las penas del art. 467 del mismo cuerpo legal, señala que ...” *En caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial, el administrador que realizare alguna de las conductas*

²² O’callaghan (1999), p. 11. Asimismo, Savigny (1879), pp. 155-159; Betti (1943), pp. 28-32; Flume (2008), pp. 15-22.

²³ En este sentido parece opinar Puelma (2001), p. 219, al señalar que en la división “(...) se trata de que pueden crearse otras sociedades, que sucedan a la primera en todo o parte de su patrimonio” [la cursiva es nuestra]. Lyon (2003), p. 208, afirma que “(...) lo que constituye la esencia de este acto jurídico, es que la nueva sociedad que surge de la división sucede a la antigua, esto es, recibe de ella parte de la organización jurídico-administrativa de su patrimonio [...] sucesión [la que] sólo se alcanza por medio de la división y por la fusión de sociedades”. Por su parte, Sandoval (2010), pp. 391, 394, sostiene que en la división existe un traspaso patrimonial “en bloque”, tomando la terminología utilizada por la legislación española de sociedades, en donde, primero doctrinal y ahora positivamente, se considera que la referencia al traspaso patrimonial “en bloque” implica que éste se efectúe por medio de la técnica de la sucesión universal (los artículos 69, 70 y 71 de la Ley N° 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). Finalmente, Ríos (2008), p. 176, equipara la transferencia de patrimonios que hay en la división con la existente en la fusión.

²⁴ Así, Hernández (2000), p. 126, quien pese a compartir la postura de los organismos reguladores, concluye que “(...) la asignación del patrimonio a la sociedad asignataria se efectúa como un todo y en bloque, en otras palabras, a título universal, independientemente de los bienes integrantes del patrimonio escindido”.

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”²⁵.

Por su parte, el art. 1° de la Ley 20.393, sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, indica que *...” La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en (...) y 470, numerales 1° y 11, del Código Penal;”²⁶*. Esto implica que actualmente, en nuestro país, ciertas empresas son responsables del delito de administración desleal que fuere *“cometido directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”²⁷.*

Es la denominada responsabilidad penal empresarial de las compañías que no han cumplido con los deberes de dirección y supervisión que señala la ley. Al respecto, este cuerpo legal indica que se entenderá que se han cumplido esos deberes *...” cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido,...”²⁸.*

Del análisis inicial de esta normativa, lo primero que llama la atención es que la disposición del N° 11 del art. 470 del Código Penal habla de “perjuicio” en el patrimonio social de una sociedad anónima, abierta o especial. A primera vista, se podría derivar entonces que, si no hay perjuicio, no hay delito. El problema con eso es que, para que sea aplicable la norma del art. 1° de la Ley 20.393, en vez de perjuicio, lo que debe haber es un provecho indebido de ese patrimonio social en beneficio de la sociedad. Por consiguiente, en este último caso, aun cuando se podría perseguir la responsabilidad penal de la persona jurídica que recibe el beneficio, no habría tipo penal para sancionar la conducta del agente de ese delito, porque las penas del art. 467 del Código Penal sólo se aplican en el evento de ocurrir un perjuicio al patrimonio social. No obstante, no se profundizará en este punto por no ser materia del presente ensayo.

Ahora bien, en lo tocante a la responsabilidad penal de las sociedades anónimas, abiertas o especiales, podemos preguntarnos razonablemente si una empresa que, obligada por esta normativa, no ha cumplido con la exigencia de adoptar e implementar un modelo de prevención de delitos, debiera verse -en los hechos- expuesta a las sanciones que se contemplan para este incumplimiento, esto es, no haber previsto -como se le pide en la norma- la ocurrencia del delito de administración desleal por alguno de los agentes individualizados en el art. 1° de la Ley 20.393.

Creemos que habría que distinguir ya que, en ciertos escenarios y condiciones, no debiera verse expuesta a esa consecuencia, básicamente porque la figura penal descrita en el art. 470 del Código

²⁵ Art. 470 N° 11. Código Penal Chileno.

²⁶ Art. 1° inc. 1 Ley 20.393 ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS QUE INDICA.

²⁷ Art. 3° inc. 1 Ley 20.393 ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS QUE INDICA.

²⁸ Art. 3° inc. 3 Ley 20.393 ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS QUE INDICA.

Penal no sería aplicable en esos casos, por no ser materialmente posible la ocurrencia de una conducta lesiva de administración desleal del patrimonio social de una empresa.

De existir esa conducta lesiva, desde una perspectiva legal-doctrinaria, estaríamos hablando de la administración desleal de los derechos y obligaciones de una empresa, no pudiendo extenderse al área contable-financiera porque, en esa materia, el concepto de patrimonio social no existe, según se explicó latamente en el título anterior.

Entonces, desde la óptica legal-doctrinaria, al hablar de patrimonio social, el precepto no sólo pretende la existencia de una gestión abusiva del administrador respecto de los derechos del titular del patrimonio, sino también de sus obligaciones. El problema se produce cuando, indagatoria judicial de por medio, se haga el ejercicio de radicar o relacionar esos contenidos, derechos y obligaciones, con la información contable-financiera de la empresa, donde no existe un correlato directo. Porque el patrimonio contable o financiero de una compañía, sólo da cuenta de su base de activos que han sido financiados con el capital propio que han aportado los dueños, socios o accionistas, dejando de lado aquellos activos que fueron financiados de modo distinto. Esto significa que la figura de la administración desleal sólo podría configurarse respecto de aquella parte de la inversión total o activos de una empresa que ha sido financiada por el titular del patrimonio. De modo tal que, en aquellas empresas donde toda o parte de la estructura de financiamiento está constituida exclusivamente por deuda, no podría configurarse el delito de administración desleal porque sus deudas u obligaciones con terceros no forman parte de su patrimonio contable ni financiero.

Esto significa que, incoada una acción judicial por infracción a lo dispuesto en el N° 11 del art. 470 del Código Penal, no podrá perseguirse la responsabilidad penal de la persona jurídica que habría albergado esa conducta ilícita, respecto de todos aquellos activos que han sido financiados externamente, v gr. los activos realizables de una compañía, como suele suceder con el financiamiento del capital de trabajo. Y luego, de existir responsabilidad penal, en esa hipótesis sólo podría, eventualmente, configurarse la figura de administración desleal respecto de los activos de largo plazo de la compañía, v. gr. las inversiones en inmovilizado, como se estila en compañías grandes, cuando lo que se quiere es apalancar el crecimiento en el tiempo. En efecto, aun cuando en la literatura financiera se sostiene que no existe una estructura óptima de financiamiento en las empresas²⁹, quienes trabajan en esta área conocen el concepto de apalancamiento financiero³⁰; aquel que mide el impacto de la inyección de deuda en el rendimiento de los capitales propios de una compañía. Hablamos de mejorar el retorno de la inversión de los dueños, por el doble efecto financiero/tributario que provoca ese financiamiento externo. Regularmente ocurrirá que las tasas de interés del sistema financiero serán más bajas que la exigencia que hacen los dueños a sus inversiones, de modo tal que el costo de la primera fuente siempre será más bajo, mejorando –por diferencia– el rendimiento final. A su vez, esos mismos intereses que paga la deuda, se pueden reconocer como gastos del ejercicio que reducen la base imponible, disminuyendo finalmente la carga tributaria del período. Aun cuando no es atingente profundizar en esta materia, dada la

²⁹ Jaque Millas, Gerardo; Soto Alegría, Gustavo. Análisis de la Estructura de Financiamiento de las Sociedades Anónimas Abiertas y Cerradas en Chile. Memoria para optar al título de Ingeniero Comercial, Universidad del Bío-Bío, Red de Bibliotecas, Chile.

³⁰ Higuerey Gómez, Angel. Apalancamiento. Universidad de Los Andes, Núcleo Universitario Rafael Rangel, Departamento de Ciencias Económicas y Administrativas. Trujillo, octubre 2006, pág. 25.

naturaleza de la cuestión tratada en este ensayo, resulta claro observar que las empresas generalmente preferirán las fuentes externas para financiar sus inversiones³¹, cuando menos las sociedades de capital, que son aquellas que tienen mayor acceso a las mismas, y a quienes implica la normativa de responsabilidad penal empresarial, por administración desleal.

De lo anterior resulta que, en especial en el caso de las sociedades anónimas abiertas del sector no financiero de nuestro país, las empresas siempre mostrarán mezclas de financiamiento en sus estructuras de capital. Es lo que se conoce como relación deuda/capital. En un estudio realizado por alumnos de la facultad de Economía y Administración de la Universidad de Chile, se concluyó que *...” Según lo mostrado por los resultados en las tablas de regresión, en este caso el tamaño afecta negativamente a la estructura de endeudamiento, por lo tanto, a mayor tamaño las empresas tomarían menos deuda. Esto no es precisamente lo que se esperaba encontrar si consideramos que la variable dependiente es de largo plazo, pues lo normal sería que en el largo plazo las empresas prefieran tomar más deuda cuando son más grandes, puesto que los costos de quiebra serán menores para empresas grandes y el riesgo crediticio también disminuye”*³². Más adelante, en las mismas conclusiones se indica que *...” Para el caso de las oportunidades de crecimiento la relación con la deuda es positiva”*. Estos resultados muestran que, aun cuando las empresas -denominadas grandes en nuestra economía- toman menos deuda de la esperada en el largo plazo, enfrentadas a oportunidades de mercado, siempre optarán por el financiamiento externo como palanca de crecimiento.

En cualquier caso, en mayor o menor medida, las empresas siempre levantarán deuda para el financiamiento, ya sea de sus operaciones cotidianas o como medio de abordar nuevas oportunidades de negocios. Siendo de ese modo, ese financiamiento externo deberá deducirse de su patrimonio contable-financiero.

CONCLUSIONES

La figura legal del art. 1° de la Ley 20.393 sanciona la responsabilidad penal de ciertas empresas respecto del delito previsto en el N° 11 del art. 470 del Código Penal. Es lo que se define como administración desleal, esto es, el provecho indebido que hace un administrador del patrimonio social de una sociedad anónima, abierta o especial, en beneficio de esta última.

Es nuestro criterio que dicha responsabilidad no se configura en el caso de aquellas empresas que han financiado, en todo o en parte, sus inversiones vía fuentes externas de financiamiento. Lo anterior porque las obligaciones que las empresas adquieren con terceros no son parte de su

³¹ Cerón Rosales, Iris Johanna; Carranza Rivas, Miguel Antonio; Guzmán Soza, Erick René. Modelo de Gestión Estratégica para determinar el Nivel de Apalancamiento Financiero Óptimo en las empresas dedicadas a Servicios Médicos Especializados. Trabajo de Investigación presentado para optar al Grado de Licenciado en Contaduría Pública. Universidad de El Salvador, Facultad de Ciencias Económicas, Escuela de Contaduría Pública. San Salvador. El Salvador, pág. 9.

³² Alarcón Ferreira, Andrea Margarita; Pais Lorca, María Eloisa; Carreño Escobar, Esteban Daniel. Análisis de la Estructura de Financiamiento en Chile. Seminario para optar a Título de Ingeniero Comercial, Mención Administración. Facultad de Economía y Negocios, Escuela de Economía y Administración. Universidad de Chile. Santiago, 2005. Pág. 69.

patrimonio contable-financiero, siendo éste el concepto que alberga al de patrimonio social a que hace referencia la norma legal comentada. De este modo, si una sociedad anónima no ha implementado modelos de prevención de este delito, sólo podrá verse expuesta a ser sancionada respecto de aquella parte de sus activos totales que han sido financiados vía capital propio.