

GOBIERNO CORPORATIVO Y COMPLIANCE:
IMPACTO DE LA LEY N.º 21121
EN LA ADMINISTRACIÓN
DE SOCIEDADES COTIZADAS*

CORPORATE GOVERNANCE
AND COMPLIANCE:
IMPACT OF LAW N.º 21121
ON THE ADMINISTRATION
OF LISTED COMPANIES

*Francisco Pfeffer Urquiaga***

RESUMEN: En el presente artículo se estudia la relación existente entre los conceptos de gobierno corporativo y *Compliance*, la forma en que estos han evolucionado y el estado en que se encuentran en la actualidad. Asimismo, se aborda el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el impacto de los nuevos delitos introducidos por la Ley n.º 21121 en la administración de las sociedades. Se profundiza en la responsabilidad penal, civil y administrativa a que queda expuesta no solo la persona jurídica, sino que, también, sus directores, gerentes y ejecutivos con facultades equivalentes. Finalmente se estudian en particular los delitos de negociación incompatible, el de administración desleal y el de corrupción entre particulares y el impacto que tendrá su incorporación en los gobiernos corporativos de las empresas.

PALABRAS CLAVE: Gobierno corporativo - *Compliance* - Responsabilidad penal de personas jurídicas . Delitos de negociación incompatible.

ABSTRACT: This article studies the relationship between the concepts of Corporate Governance and Compliance, the way in which these have evolved and the state in which they are currently. It also addresses the issue of criminal liability of legal persons and the impact of new crimes introduced by law 21.121 in the

* Disponible en www.pfeffer.cl

** Profesor de Derecho Económico, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

administration of companies. The criminal, civil and administrative responsibility to which not only the legal entity is exposed, but also its directors, managers and executives with equivalent faculties is examined. Finally, the crimes of incompatible negotiation, unfair administration and corruption among individuals are studied in particular and the impact that their incorporation will have on the corporate governments of the companies.

KEYWORDS: Corporate Governance - Compliance - Criminal Liability of Legal Persons - Crimes of Incompatible Negotiation.

1. GOBIERNO CORPORATIVO Y COMPLIANCE

Desde un tiempo a esta parte los conceptos de gobierno corporativo y *compliance*, que surgieron y se desarrollaron por motivos distintos, aunque ambos compartiendo un común denominador –control preventivo de riesgos, sea para evitar malas prácticas en los negocios o para prevenir delitos–, se han venido acercando al punto de que en la actualidad se presentan como necesarios y complementarios en y para el diseño de toda organización.

Como se sabe, desde fines de la década de 1990 y a partir de su extenso desarrollo en la legislación comparada, se introdujo en nuestro medio el concepto de gobierno corporativo, asociado inicialmente a la idea de combatir las malas prácticas en los negocios. Casos de contabilidad maquillada, divulgación de información falsa al mercado, incorrecta resolución de conflictos de interés, operación con información privilegiada por cercanos a la administración, poca o nula consideración de los impactos negativos que producía la actividad productiva en el entorno en que tal actividad se desarrolla –invisibilización de los *stakeholders*–, son alguno de los eventos corporativos que gatillaron la necesidad de ocuparse, desde la alta dirección de la organización, de cómo prevenir y anticiparse a tales contingencias.

El mundo empresarial ha tomado nota de ello y ha empezado a comprender que la legitimidad y validación del papel que cumple en la sociedad, se gana y consolida cuando la utilidad y el beneficio que se obtiene con el desarrollo de cualquiera actividad económica es producto del esfuerzo, de la innovación y de la creatividad y no de la pillería, la trampa o el engaño.

En ese contexto de toma de conciencia, e influido fuertemente por el desarrollo del *compliance*, según lo que luego se verá, en la actualidad el concepto de gobierno corporativo ha extendido su ámbito de acción y se asocia, entre otros aspectos, a la idea de que toda organización, desde su más alta dirección, debe ser capaz de controlar y prevenir los riesgos normativos a que esta se ve enfrentada en el desarrollo de su actividad. Se impone como

deber de la alta dirección identificar los espacios y personas de la organización más expuestos a incurrir en infracciones legales y reglamentarias, para definir los procedimientos y protocolos, que *ex ante*, impongan los controles destinados a minimizar el riesgo de que aquello llegue a ocurrir.

Ello no solo para evitar daño al capital reputacional de sus ejecutivos, administradores y de la organización como tal, sino que, también, para minimizar la responsabilidad tanto de la persona jurídica como de la alta dirección por los eventuales perjuicios que el desarrollo de toda actividad económica pueda provocar.

Por otro lado, desde la vigencia de la Ley n.º 20393 –diciembre del año 2012– se empezó a hablar en el medio local del *compliance*, anglicismo que inicialmente se asoció solo a la necesidad de implementar al interior de la empresa modelos de prevención destinados a evitar la comisión de los ilícitos tipificados en la citada ley, para configurar así una causal atenuante o eximente de responsabilidad penal.

A partir de la exitosa experiencia adquirida en ese ámbito y en la conciencia de que el desarrollo de la cultura de la prevención es el camino más eficiente y efectivo para enfrentar la responsabilidad derivada de los incumplimientos normativos, se ha ido extendiendo el uso de esta herramienta a los distintos quehaceres en que se desenvuelve no solo el sector empresarial, sino que, también, para el diseño institucional de cualquiera organización.

Hoy, la expresión '*compliance*', por la que entendemos la cultura del cumplimiento normativo, ha expandido su radio de influencia y está presente en los más diversos ámbitos objeto de regulación (ambiental, laboral, corporativo, comercial, del consumidor, libre competencia), ya que se ha tomado conciencia de que todo esfuerzo colocado en la prevención de los incumplimientos normativos es siempre más eficiente y efectivo que colocarlos en la solución de la infracción ya cometida.

Lo anterior se ha traducido en que hoy, hablar de gobierno corporativo y *compliance*, más allá de entenderse como conceptos complementarios y que se retroalimentan entre sí, importa necesariamente referirse a la idea de que toda organización desde su más alta dirección debe implementar modelos, procesos, procedimientos y protocolos que le permitan un control efectivo de los riesgos normativos a que se ve expuesta en su actividad, como atenuante o eximente de la responsabilidad civil, penal y administrativa tanto de la persona jurídica como de sus equipos gerenciales y ejecutivos¹.

¹ Entre otras y prueba de ello es la reciente –28 de febrero de 2019– sentencia pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en causa rol n.º 167/2019, más conocida como colusión de los supermercados en la comercialización de pollos. Ilustrativos resultan los siguientes considerandos: “Centésimo septuagésimo cuarto: Que, ante todo, conviene recordar que

2. RESPONSABILIDAD PENAL Y DELITOS INCORPORADOS POR LA LEY N.º 21121

Con fecha 21 de noviembre de 2018 se publicó en el *Diario Oficial* la Ley n.º 21121, con el sugerente título “Modifica Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción”, que incorpora, entre otras, importantes reformas al *Código Penal* y a la Ley n.º 20393, que introdujo en nuestro medio la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con vigencia desde el 2 de diciembre de 2012.

Como se sabe, al día de hoy son ya doce los ilícitos que contempla el catálogo de delitos de la Ley n.º 20393, que hasta hace poco solo contemplaba cuatro figuras penales (soborno a nacionales y extranjeros, lavado de activo y financiamiento de terrorismo y receptación). En noviembre de 2018 (Ley n.º 21121) se incrementó cuando se agregaron otras cuatro figuras penales (corrupción entre particulares, negociación incompatible, administración desleal y apropiación indebida) y en enero de 2019 (Ley n.º 21132) cuando se sumaron otros cuatro (delito de contaminación de aguas, pesca ilegal y falta de acreditación del origen legal de recursos hidrobiológicos vedados o sobre explotados).

Como se ve, la tendencia a incrementar los delitos base que gatillan la responsabilidad penal de la persona jurídica va en aumento, y no ha de extrañarnos que, en lo sucesivo el catálogo de ilícitos siga aumentando.

De acuerdo con la citada Ley n.º 20393, las personas jurídicas serán responsables de los delitos indicados en lo que antecede, siempre y cuando tales

esta magistratura ha fomentado y promueve constantemente los programas de cumplimiento y ética como la vía esencial para asegurar el apego a la normativa y detectar el mal comportamiento al interior de los agentes económicos. Esto proviene de reconocer, como señalan dos autores, que “las empresas no son simplemente individuos grandes; ellas están conformadas por una complicada conjunción de individuos, departamentos, culturas, motivaciones, y todos los otros elementos que constituyen una sociedad. Ninguna compañía, y ninguna sociedad en la historia de la humanidad, ha sido capaz de controlar la conducta de todos sus miembros en todas sus acciones. Simplemente castigando a una organización porque uno o más de sus miembros hace algo malo tiene sentido sólo si sirve para prevenir el mal comportamiento [...] Si una compañía usa la debida diligencia para prevenirlo, entonces el castigo no tiene una función disuasiva, y de viene sólo en un amor al ejercicio de levantamiento de ingresos”: BANKS & MURPHY (2012), p. 377.

Centésimo septuagésimo octavo: Que, en el derecho de la libre competencia, el diseño y aplicación de programas de cumplimiento y ética, con las características que se indicarán, puede ser prueba manifiesta de aquel cuidado que permite al agente económico eximirse de responsabilidad por conductas anticompetitivas de sus trabajadores. En efecto, un programa cuya elaboración y ejecución reúne ciertos atributos mínimos permite calificar la ocurrencia de conductas ilícitas como hechos imposibles de haber podido prevenir o evitar con la debida diligencia y, por consiguiente, constitutivos de una causal eximente de responsabilidad.

ilícitos fueren cometidos directa e inmediatamente en interés o para el provecho de la persona jurídica, 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 esta, de los deberes de dirección y supervisión.

La responsabilidad penal de la persona jurídica se hace también extensiva a los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales y representantes de la persona jurídica.

El artículo 3º de la citada ley indica que se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido 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.

El precepto excluye la responsabilidad de la persona jurídica en los casos que las personas naturales antes indicadas, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

No es el propósito de este artículo ahondar en todos los delitos descritos en esta ley, en la problemática asociada a su tipificación o en las diversas interpretaciones que sobre su extensión y alcance ha sido objeto tanto por la dogmática penal como por la escasa jurisprudencia que se ha ido generando sobre la materia, ni en las condiciones y requisitos que debe contener el modelo de prevención a que se refiere la norma para ser invocado como atenuante o eximente de responsabilidad, ni a la penalidad que se expone la persona jurídica por la comisión de los ilícitos allí tipificados. Es tarea que le corresponde a los especialistas del derecho penal.

Solo nos ocuparemos de algunos aspectos de que trata la ley en cita en su artículo 3º y de los nuevos delitos (negociación incompatible, administración desleal y corrupción entre particulares) que se incorporaron en noviembre del 2018 por la Ley n.º 21121, en la medida que ellos incidan en la administración de las sociedades, en especial de las que cotizan sus valores en el mercado y cuyo análisis es el objeto de este artículo.

En primer lugar, cabe destacar que solo podrán generar la responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos tipificados en el artículo 1º de la Ley n.º 20393, los

- i) dueños;
- ii) controladores;
- iii) responsables;
- iv) ejecutivos principales;
- v) representantes y
- vi) quienes realicen actividades de administración y supervisión.

Ninguno de estos conceptos tiene una definición precisa en la ley. Basta leer los artículos 68 –“se entenderá por ejecutivo principal...”– o 97 –“es controlador...”–, de la Ley de Mercado de Valores (n.º 18045), donde al menos en estos dos casos hay una aproximación a lo que debe entenderse por ellos, para igualmente apreciar la dificultad que presenta la determinación precisa del contenido de esos conceptos, que en materia de responsabilidad es de la mayor importancia.

El concepto de ejecutivo principal, introducido al ordenamiento jurídico por la Ley de Opas (n.º 19705, de diciembre de 2000), incluye a cualquier persona natural que tenga la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la sociedad. Por su parte, el concepto de controlador, en sí mismo difícil de determinar a partir de lo que la norma indica, puede finalmente ser decidido, para un caso concreto, por la hoy Comisión para el Mercado Financiero (CMF). Un concepto indeterminado en su contenido.

De este modo, la primera problemática que se presenta es, entonces, la imprecisión que existe sobre quienes pueden llegar a ser los autores del hecho que origina la responsabilidad penal de la persona jurídica, y como lo veremos luego, también del ilícito civil y administrativo.

El objeto de la acción delictual claramente debe ser la obtención de un provecho o beneficio económico para la persona jurídica. En nuestra opinión, se trata solo de un beneficio patrimonial o, al menos, apreciable en dinero. Que sea en interés de la persona jurídica, significa que es en su provecho o beneficio económico.

La conducta antijurídica que origina la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la ejecución o materialización del hecho por parte de los sujetos calificados ya mencionados, sino que la constituye el incumplimiento por parte de esta de los deberes de dirección y supervisión. Y estos deberes se entenderán cumplidos, lo que importa eliminar la antijurídica de la conducta imputable a la persona jurídica, si con anterioridad a la comisión del delito, esta hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo 4º de la citada ley.

De este modo, en el ámbito de aplicación de la citada Ley n.º 20393, la forma de liberar la responsabilidad penal de la persona jurídica, o, si se quiere, de matar la antijuricidad de la conducta, es mediante la implementación de un programa de prevención que cumpla con las exigencias impuestas por la misma ley en su artículo 4º. Pero ello no libera ni obsta a la responsabilidad civil y administrativa que se pueda imputar a la persona jurídica y las personas naturales que actuaron por ella en infracción de las normas a que se

refiere el artículo 1 de la citada Ley n.º 20393². Esta podrá hacerse efectiva en la medida que concurren las exigencias normativas que la hagan procedente.

3. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

La Ley n.º 21121, con vigencia desde el 20 de noviembre de 2018, reemplazo el artículo 240 del *Código Penal*, que tipifica el denominado delito de negociación incompatible, señalando, en lo atinente a este trabajo, lo siguiente:

“Artículo 240.- Será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiere tomado en el negocio: 7º El director o gerente de una sociedad anónima que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad, incumpliendo las condiciones establecidas por la ley, así como toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores o gerentes de estas sociedades.

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

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

Este delito en particular lo puede cometer el director o gerente de una sociedad anónima. Dado que la ley no hizo ninguna distinción, quedan

² “Artículo 1º. Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en los artículos 136, 139, 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8º de la ley N° 18.314 y en los artículos 240, 250, 251 bis, 287 bis, 287 ter, 456 bis A y 470, numerales 1º y 11, del Código Penal...”.

incluidas las sociedades anónimas, sean éstas abiertas, cerradas o especiales. Quedan excluidos de este ilícito los directores o gerentes de las sociedades por acciones y de las sociedades de personas. También lo puede cometer toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores o gerentes de estas sociedades. Otra importante diferencia entre sociedades anónimas y sociedad por acciones que, de seguro, incentivará aún más el desarrollo de estas últimas.

Entonces, son sujetos activos de este delito, el director, gerente, ejecutivo principal y cualquiera otra persona que, por norma legal, reglamentaria o estatutaria, tuviere una responsabilidad equivalente a la de los cargos anteriores. Falta de precisión conceptual que, como se dijo en lo que antecede, será motivo de discusión y diversidad de opiniones.

El tipo penal solo exige interesarse, lo que significa que no se requiere de ningún resultado o daño para la persona jurídica. Basta con manifestar interés –ilícito de peligro–, directamente o por interpósita persona, natural o jurídica, en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad. Se trata de un interés patrimonial o necesariamente apreciable en dinero.

Ahora, no basta con la sola acción de interesarse, sino que el tipo penal, además, requiere que la manifestación de tal interés en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad, lo sea incumpliendo las condiciones establecidas por la ley, exigibles para ese director o gerente.

El ilícito penal no se basta a sí mismo, en cuanto a la descripción de la conducta típica, sino que se reenvía a otros cuerpos legales para completarla.

Y tratándose de sociedades anónimas, la ley que se debe revisar es la n.º 18046, en particular los artículos 44 –para las anónimas cerradas– y los 146 y siguientes para las abiertas y especiales. Recordemos, en todo caso, que también hay que revisar los cuerpos legales especiales que establecen condiciones particulares para enfrentar y resolver conflictos de interés, como ocurre, por ejemplo, en el caso del DL 3500, sobre Administradora de Fondos de Pensiones o en los preceptos de la Ley n.º 20712, más conocida como ley única de fondos³.

En tales dispositivos se describen las condiciones que se deben reunir para que un director o gerente con interés en la negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad, lo exteriorice, se abstenga de participar en la misma y quede exento de toda responsabilidad.

³ Sobre conflictos de interés y operaciones con parte relacionada, puede consultarse nuestros trabajos: PFEFFER (2015), pp. 207-226; PFEFFER (2008), pp. 83-98; PFEFFER (2005), pp. 145-160, también disponibles en www.pfeffer.cl.

Entonces, es nuestra opinión que para configurar el delito de negociación incompatible del artículo 240 del *Código Penal*, es necesario que se infrinjan también las citadas normas de la ley de sociedades anónimas, u otras contenidas en otros cuerpos legales, según ya se dijo.

Así, tratándose de una sociedad anónima cerrada, la sola presencia de interés de un director o gerente en actos o contratos que involucren montos relevantes⁴, no es suficiente para configurar el delito. Es necesario que tal interés no se hubiera exteriorizado, que el director o gerente no se hubiera abstenido de participar en la operación y que esta no se ajuste a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. De no existir estas infracciones, no hay delito de negociación incompatible ni responsabilidad penal de la persona jurídica⁵.

Ahora, si los estatutos de la sociedad autorizan ejecutar estas operaciones sin cumplir con tales condiciones, es nuestra opinión que con ello los accionistas quisieron liberar de responsabilidad a los directores y gerentes al ejecutar operaciones donde ellos tengan algún interés. Ello impide que se configure la infracción a la norma, lo que, a su vez, impide que se configure la responsabilidad penal de la persona jurídica, de su director o gerente y la responsabilidad civil de estos últimos respecto de la sociedad y sus accionistas. Pero la responsabilidad civil de la sociedad será igualmente exigible por los terceros perjudicados por la operación.

Tratándose de una sociedad anónima abierta, la sola existencia de interés de un director o gerente –única razón por la que podría interesarse en la operación– tampoco es suficiente para que se entienda configurado el delito. Es necesario que ello sea por incumplimiento de las condiciones establecidas en la ley. Y estas condiciones son:

- i) que la acción de interesarse se manifieste en alguna negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad y que este no tenga por fin el interés social⁶;

⁴ Se entiende que es de monto relevante todo acto o contrato que supere el 1% del patrimonio social, siempre que dicho acto o contrato exceda el equivalente a dos mil unidades de fomento y, en todo caso, cuando sea superior a veinte mil unidades de fomento. Se presume que constituyen una sola operación todas aquellas que se perfeccionen en un periodo de doce meses consecutivos por medio de uno o más actos similares o complementarios, en los que exista identidad de partes, incluidas las personas relacionadas, u objeto.

⁵ Cada vez que se haga referencia a las condiciones de equidad, a las imperantes en el mercado o a las ventajas o beneficios indebidos u otras similares, debe entenderse que son aquellas imperantes en la misma época de su ocurrencia.

⁶ El interés social de cualquiera sociedad de capital es la obtención del máximo beneficio y provecho para la persona jurídica como entidad autónoma, con independencia de lo que cada accionista en particular pretenda –cuestión que en todo caso debiera ser común a todos

- ii) que esta no se ajuste en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación y
- iii) que no cumplan con los requisitos y procedimientos que se señalan en el artículo 147 de la ley de sociedades anónimas.

Habiendo infracción a tales exigencias, se habrá cumplido la condición exigida por el artículo 240 del CP para configurar el delito de negociación incompatible. Como es posible apreciar, no será fácil configurar este delito respecto de directores o gerentes de sociedades anónimas abiertas.

Si el directorio de la sociedad anónima autoriza ejecutar ciertas operaciones⁷ con parte relacionada –donde potencialmente existe un conflicto de interés–, sin ajustarse a las condiciones ya apuntadas, significa ello que el máximo órgano de administración limitó su propia responsabilidad. Ello impide que se configure la infracción a la norma, lo que, a su vez, impide que se configure la responsabilidad penal de la persona jurídica, de su director o gerente y la responsabilidad civil de estos últimos respecto de la sociedad y sus accionistas. Pero la responsabilidad civil de la sociedad será igualmente exigible por los terceros perjudicados por la operación.

En el ámbito de la responsabilidad penal y administrativa se podría dar el caso de que se configurara el ilícito no obstante no haberse producido daño patrimonial a la persona jurídica. Incluso, podría configurarse la infracción penal y administrativa si la sociedad obtuvo un beneficio producto de la operación en falta, dado que el artículo 240 del CP y las normas que

ellos–, provecho y utilidad que se debe alcanzar explotando el objeto social definido por la misma sociedad. Es el faro que debe alumbrar y guiar siempre las decisiones de directores y gerentes de la sociedad en el cumplimiento de sus funciones, tanto en su sentido positivo, que se manifiesta en el cumplimiento del deber de diligencia y cuidado –creando riqueza y valor sostenible para todos los accionistas– como en su sentido negativo –no apropiarse del valor creado–, que se expresa en el cumplimiento del deber de lealtad y transparencia. La satisfacción del interés social supone considerar a la totalidad de intereses externos a la sociedad, pero que pueden afectar la satisfacción del interés social de esta. Solo entendiendo que el interés de todos los externos a la sociedad (*stakeholders*), y que pueden afectar grave y negativamente el interés social de esta –lograr la mayor creación de riqueza y valor sostenible–, forma también parte del interés social de la misma, es posible aceptar que su consideración, análisis, estudio y eventual tutela pasan a ser deberes exigibles para sus directores y gerentes.

⁷ Aquellas operaciones que no sean de monto relevante; aquellas operaciones que, conforme a políticas generales de habitualidad, determinadas por el directorio de la sociedad, sean ordinarias en consideración al giro social. En este último caso, el acuerdo que establezca dichas políticas o su modificación será informado como hecho esencial puesto a disposición de los accionistas en las oficinas sociales y en el sitio en Internet de las sociedades que cuenten con tales medios, sin perjuicio de informar las operaciones como hecho esencial cuando corresponda; aquellas operaciones entre personas jurídicas en las cuales la sociedad posea, directa o indirectamente, al menos un 95% de la propiedad de la contraparte.

facultan a la ahora Comisión para el Mercado Financiero (CMF) para aplicar sanción por infracción a la normativa bajo su fiscalización, no exige daño patrimonial. Solo infracción al deber de conducta normativamente exigido.

De este modo, la persona jurídica queda liberada de responsabilidad penal por este delito si implemento, antes de la comisión del ilícito, un modelo de prevención que cumpla con el estándar exigido por el artículo 4º de la Ley n.º 20393; este delito solo se configura si se incumplen las condiciones exigidas en la ley especial que completa la tipicidad del ilícito penal; igualmente podría nacer la responsabilidad penal no obstante que la operación resulte en provecho para la persona jurídica y, la responsabilidad civil y administrativa de la persona jurídica y de sus directores, gerentes y equivalentes, corre por cuerda separa y es independiente a la responsabilidad penal de la sociedad.

Como se ve, el impacto de la Ley n.º 21121 en el ámbito de los gobiernos corporativos y la administración de las sociedades, es que vino a penalizar una conducta que hasta la fecha solo acarrearba responsabilidad civil y administrativa para la persona jurídica y el autor de la conducta. Y de paso, le dio contenido y sentido al artículo 133 de la Ley n.º 18046⁸, que se refiere a las sanciones penales para quienes infringieran la ley, en circunstancias de que hasta la fecha de su vigencia no había en la ley de sociedades anónimas sanciones penales.

4. ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Se agregó al artículo 470 del *Código Penal* un número 11, que en lo pertinente a este trabajo es del siguiente tenor:

“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.

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

⁸ Artículo 133.- La persona que infrinja esta ley, su reglamento o en su caso, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia ocasionando daño a otro, está obligada a la indemnización de perjuicios. Lo anterior es sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales y administrativas que correspondan.

el artículo 467 aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero.

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

En el derecho societario, tanto en las sociedades de personas como en las de capital, ya existen normas que obligan a quienes administran patrimonios ajenos, como lo es el de la persona jurídica que forma la sociedad, a anteponer siempre el interés social por sobre el personal del director y a administrarlo con el cuidado propio de un buen padre de familia⁹.

Bien se sabe que el deber de diligencia y cuidado junto con el deber de lealtad y transparencia forman la parte medular de los deberes fiduciaros que le son exigibles a los administradores de sociedades de personas y a directores y gerentes de sociedades de capital como integrantes del *órgano* a cargo de dirigir, administrar y representar a la persona jurídica. También se sabe que la infracción de tales deberes determina el nacimiento de la responsabilidad individual de cada administrador, director o gerente en la obligación de indemnizar los perjuicios que tales infracciones hubieran provocado a la sociedad, socios, accionistas o terceros, sin perjuicio de la responsabilidad de la persona jurídica por tales daños.

En particular, tratándose de los accionistas de la sociedad cotizada, como dueños del capital, en un acto de máxima confianza, encargan la administración de parte de su patrimonio a personas a quienes muchas veces no conocen, en el entendido de que el comportamiento de estas estará siempre guiado por el imperativo de cumplir con tales deberes.

La confianza que los accionistas depositan en los administradores, directores y gerentes tiene precisamente como contrapartida la obligación de estos de someter su conducta al cumplimiento de ambos deberes, ya que ello será garantía de que todas las decisiones que se adopten, estarán siempre destinadas a maximizar la producción de valor por igual para todos los socios y accionistas y en ellas el interés social aparecerá antepuesto a cualquier otro interés que pudiera interferir tales decisiones.

⁹ Véanse, entre otros el artículo 404 y siguientes del *Código de Comercio*, sobre sociedades colectivas; el artículo 233 y siguientes del mismo *Código*, referentes al mandado comercial, aplicable a los gerentes o factores de comercio; y diversos artículos de la ley de sociedades anónimas, de mercado de valores, única de fondos y de Administradoras de Fondos de Pensiones, que consagran el deber de lealtad, en términos de prohibir conductas que supongan anteponer el interés individual por sobre el interés social.

La diligencia y cuidado que se exige a directores y gerentes –artículos 41, 45 y 106 de la LSA, entre otros– apunta precisamente a que los actos de gestión importen necesariamente una creación de valor. Su regulación busca maximizar la producción de riqueza por igual para todos los accionistas. La infracción de este deber supone actos de gestión indebida, de desprolijidad, despreocupación o negligencia, que se traduce en la pérdida de valor o de oportunidades de negocios. Todos los accionistas dejan de ganar si se infringe este deber de diligencia, pero el director o gerente no se hace más rico ni se apropia de valor de los accionistas.

Se trata de una obligación de medios, en cuanto a que la conducta debida por el director o gerente es la de hacer sus mejores esfuerzos, colocando todas sus habilidades, destrezas y capacidades al servicio de una gestión que tenga como único objetivo la mayor creación posible de riqueza y valor sostenible para todos los accionistas, sin que, empero, sea parte de este deber, asegurar un resultado exitoso de la gestión realizada.

Por otro lado, el deber de lealtad y transparencia se manifiesta en la obligación exigible a todo director o gerente de anteponer siempre y en todo momento el interés social por sobre cualquier otro interés que se pueda presentar al momento de tomar la respectiva decisión. Quebranta esta obligación cualquiera decisión que apunte a favorecer lo propio o de terceros relacionados por sobre el interés social.

El incumplimiento del deber de lealtad importa necesariamente una apropiación de valor por el director o gerente. Su infracción supone que el administrador se queda con parte de la riqueza creada, que no le pertenece, ya que este mayor valor, aunque creado por la gestión de quienes administran, es de propiedad de los dueños del capital, esto es, de los accionistas y no de quienes con su gestión lo crearon. Supone actos de apropiación indebida e importa desviar valor de la esfera social a la individual. Su regulación busca minimizar la redistribución de valor creado.

Se trata de una obligación de resultado, en términos de que sus múltiples y diversas expresiones normativas –artículos 39, 42, 44 147 de la LSA y artículos 165 y 207 de la LMV, entre otros– expresamente prohíben que el director o gerente obtenga beneficios o evite pérdidas anteponiendo su interés personal o cualquiera otro por sobre el interés social, al momento de decidir la ejecución o inejecución de una operación.

Estas consideraciones son totalmente válidas y aplican tratándose de personas jurídicas que formen parte de un grupo empresarial, según lo que luego se dirá.

En suma, la observancia y el cumplimiento de ambos deberes son garantía de que la gestión del administrador, director o gerente estará siempre motivada por el propósito de satisfacer el interés social ante todo y cualquier

otro interés, desplegando en la consecución de tal objetivo la diligencia y cuidado que las personas emplean en la ejecución sus propios negocios.

Ahora, el impacto de la Ley n.º 21121 en el ámbito del derecho societario al agregar este nuevo delito al artículo 240 del *Código Penal*, es que se penalizan conductas que hasta noviembre del año 2018 solo tenían asociada la pena civil –reparación del daño– y la sanción administrativa –generalmente aplicación de multa–, por lo que claramente se incrementa el costo de la infracción normativa, no solo para la persona jurídica, sino que, también, para quien administra el patrimonio de la sociedad.

En relación con este nuevo delito, cabe precisar que podrán ser sujetos activos del mismo el administrador de toda sociedad, sea esta de personas o de capital, quedando incluidos todos los tipos societarios que consagra el ordenamiento positivo nacional, de momento que la persona jurídica tiene un patrimonio distinto al de los socios o accionistas que es administrado por el gerente, directores o equivalentes a ellos, en cuanto a facultades. Se penaliza así, la conducta de administración desleal en todo el derecho societario nacional.

Existe si una penalidad mayor cuando el patrimonio administrado es el de una sociedad anónima abierta o especial, ya que en estos casos está comprometida la fe pública, de momento que estas sociedades se financian con recursos que toman directamente del público inversor. Tratándose de este tipo de sociedades, el administrador será sancionado con las penas señaladas en el artículo 467 del *Código Penal* aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero.

En el derecho societario, es nuestra opinión que la fuente del deber fiduciario de administrar en interés y en provecho del titular del patrimonio, es la ley, para el caso de los directores en las sociedades de capital, y es el contrato, para el caso de los gerentes o ejecutivos equivalentes con facultades de administración¹⁰.

A diferencia de lo que ocurre con el delito de negociación incompatible, en este nuevo ilícito de administración desleal si se requiere de un perjuicio al patrimonio objeto de la administración. Es nuestra opinión que este

¹⁰ Sobre el punto, recuérdese que no es pacífico en la doctrina la determinación de la naturaleza del vínculo que existe entre el director y la sociedad. Para algunos es de naturaleza contractual. Es nuestra opinión que no hay contrato entre el director y la sociedad. El vínculo nace directamente de la ley y los deberes y obligaciones que le son exigibles también son de fuente legal.

debe ser de carácter pecuniario, apreciable en dinero, quedando, por cierto, excluidos los de naturaleza extra patrimonial. Se requiere como resultado de la conducta punible que el patrimonio administrado hubiere sido dañado. Un delito de resultado, a diferencia de la negociación incompatible, que es un ilícito de peligro.

La conducta punible consiste en el ejercicio abusivo de facultades, ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado, para

- i) disponer por cuenta del patrimonio administrado u
- ii) obligar al patrimonio administrado.

Todo ello, según ya se dijo, causándole perjuicio al mismo patrimonio.

Lo que requiere el tipo penal, entonces, es que el administrador, abusando de las prerrogativas propias del cargo que desempeña, ejecute actos de disposición patrimonial por cuenta del patrimonio administrado sin generarle un beneficio equivalente o le cree obligaciones o gravámenes que no tengan una contraprestación similar, en términos de beneficios.

Lo que penaliza este ilícito, entonces, es el ataque desde dentro del patrimonio, desde la posición de quien, estando legítimamente facultado para administrar, abusa de sus facultades, en perjuicio del patrimonio administrado anteponiendo un interés distinto al del titular del mismo. Es lo que lo diferencia de otros delitos contra el patrimonio, como lo son la estafa o la extorsión, que son ataques desde afuera, precedidos de un engaño hacia el titular del patrimonio.

5. ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y GRUPOS EMPRESARIALES

La penalización de esta conducta por el nuevo número 11 del artículo 240 del *Código Penal*, tendrá también un impacto muy significativo en la forma de administración de los grupos empresariales¹¹.

En aquellas estructuras empresariales donde la matriz ejerce gran influencia en la administración de las sociedades filiales, muy común en la forma de administración de las empresas en el mercado local, se corre el riesgo de que muchas decisiones que son beneficiosas para la matriz, puede que no lo sean para las sociedades filiales.

Debemos entender que este nuevo delito también castiga esta forma de administración?

La respuesta a esta interrogante pasa por dilucidar si el ordenamiento jurídico nacional admite el interés social grupal al interior de un grupo

¹¹ Su regulación aparece en el artículo 96 y siguientes de la Ley n.º 18045.

empresarial, o, si, por el contrario, el director, administrador o gerente debe siempre y en todo momento anteponer el interés social de la persona jurídica en que ocupa la posición al interés social del grupo a que pertenece esa personal jurídica¹².

Nuestra opinión, no compartida en resoluciones sancionatorias dictadas por la entonces Superintendencia de Valores y Seguros, es que tal interés social grupal si existe, por lo que la configuración del delito de administración desleal al interior de un grupo empresarial, pasa necesariamente por el estudio y análisis del eventual perjuicio al patrimonio de la sociedad en particular, sin perder de vista su pertenencia al grupo y el beneficio que tal pertenencia le produce a la persona jurídica en particular¹³.

Es nuestra opinión que existe un interés social grupal como categoría independiente y autónoma, diverso del interés social individual, pero que en nada difiere en su contenido, puesto que el todo como grupo y cada sociedad como integrante del mismo, siempre deben aspirar a alcanzar la máxima creación de riqueza y valor sostenible, que es precisamente su contenido¹⁴.

El interés social individual de cada sociedad integrada al grupo es un concepto abstracto, desprovisto de un contenido concreto, que no aparece vinculado a una sociedad en particular o a un giro social específico. Alcanzar su satisfacción por quienes deben velar por conseguirlo supone, en sentido positivo, crear el mayor beneficio y valor sostenible posible, y en su sentido negativo, no apropiarse del valor creado.

El interés social grupal se manifiesta en la búsqueda del máximo beneficio conjunto, aunque no necesariamente para todos los miembros ni para todos los miembros por igual, el cual debe de ser concebido como un interés consciente de su necesaria coordinación con el interés individual de las empresas que constituyen el grupo, de forma tal que si la sociedad ejecuta un

¹² Véase nuestro trabajo PFEFFER (2015), pp. 207-226.

¹³ Más allá de la definición de grupo empresarial que contempla el artículo 96 de la Ley n.º 18-045, es un grupo empresarial el conjunto de sociedades que conservando su personalidad jurídica independiente se encuentran sometidas a una dirección económica unificada y única sobre la base del control, en procura de un objetivo común. Presenta las siguientes características esenciales: a) La existencia de una pluralidad de sujetos de derecho (sociedades) con personalidad jurídica diferenciada; b) El sometimiento de esos sujetos a una "dirección unificada", en general bajo la influencia decisiva de un controlador; c) La explotación por el grupo de una o más empresas mercantiles, integradas entre sí o no y d) La búsqueda de un objetivo común a todas ellas.

¹⁴ Solo hay violación al deber de lealtad del director o gerente al interior de un grupo empresarial, si el resultado final de la operación es cuantitativa y objetivamente perjudicial para la persona jurídica que sufre el daño, esto es, si el perjuicio directo que sufre la sociedad es mayor al beneficio indirecto que se percibe al pertenecer al grupo empresarial.

acto contrario a su interés social inmediato en favor del interés del grupo, está, en realidad, persiguiendo su interés social propio en la medida en que puede razonablemente atender una contrapartida futura por este sacrificio.

Sostenemos que el ordenamiento jurídico nacional contempla la existencia de los denominados grupos de sociedades y reconoce y declara la existencia de un interés social grupal, que debe servir de guía para las actuaciones de las diversas partes del todo, interés social grupal que, a su vez, deber ser el faro que alumbre las decisiones de administración de directores y gerentes. Normativamente existe el interés social grupal, el que en su contenido no difiere del interés social individual, dado que tanto aquel como este se alcanzan logrando la mayor creación de valor sostenible para cada entidad integrada al grupo, lo que se traduce en que el grupo como tal logre igual resultado, todo en una mirada agregada y global, a lo que no obsta que una decisión particular adoptada por una sociedad perteneciente al grupo le sea perjudicial, si el beneficio final, por su pertenencia al grupo, es mayor que el perjuicio experimentado por ella, dado que en ello consiste la subordinación de intereses¹⁵.

El concepto de interés social grupal requiere necesariamente de un análisis global, agregado, donde el máximo beneficio y provecho como ex-

¹⁵ En el ordenamiento jurídico nacional, fue la Ley n.º 18.660, de 20 de octubre 1987, la que introdujo el título xv a la LMV, que regula a los grupos empresariales. El inciso primero del artículo 96 del citado cuerpo legal define al grupo empresarial como “el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten”. En cuanto a la existencia en la regulación local de un interés social grupal, como categoría autónoma e independiente del interés social individual de cada sociedad integrante al grupo, es la propia Ley n.º 18045 la que reconoce que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los “intereses comunes del grupo” –entiéndase de la matriz, de acuerdo con la conceptualización de la LMV–, y una muestra de ello es que la LMV reconoce como controlador –matriz– a aquel que tiene poder para “influir decisivamente en la administración de la sociedad”. Así, el interés de la subsidiaria no es absoluto y, por tanto, no es excluyente de los intereses de la matriz como entidad global. Se suma a lo anterior el hecho que el artículo 90 inciso 2º de la LSA establece que la matriz debe confeccionar su balance anual en forma consolidada con los balances y estados de resultados de sus filiales y el dividendo mínimo que debe repartir la matriz deberá calcularse sobre la base de las utilidades líquidas consolidadas de la matriz con sus filiales. Por consiguiente, la LMV hace que el resultado de las filiales no le sea indiferente a la matriz y, por ende, a los accionistas de esta última, alineando los intereses sociales de las filiales y su matriz. Es más, conforme al artículo 101 del Reglamento de la LSA, la matriz está obligada a imponer a la filial sistemas de contabilidad y criterios contables compatibles a los utilizados por la matriz de manera de poder cumplir con la obligación de confeccionar balances consolidados.

presión del interés social debe medirse no en función de cada sociedad en particular, sino que en función del conjunto de entidades que forman parte del grupo. Ese contexto agregado es el que constituye el marco dentro del cual el directorio, directores, gerentes y ejecutivos de cada una de las entidades integradas al grupo deben adoptar todas las decisiones comprendidas dentro de la esfera de sus atribuciones.

Una operación que causa un perjuicio al interés social de la sociedad que forma parte de un grupo de empresas no importa *per se* la violación del deber de lealtad del director o gerente que la adopta. Para sostener tal violación es preciso hacer un examen de la operación en términos globales y agregados, lo que supone determinar en términos objetivos y cuantitativos si el resultado final para el grupo de empresas de que forma parte, fue positivo o negativo. Y solo en el caso de ser negativo el resultado final se podrá sostener fundadamente el reproche de haber vulnerado el deber de anteponer ante todo y en cualquiera circunstancia el interés social de la persona jurídica en que ocupa la posición.

A todo lo anterior debe agregarse que las decisiones de administración que adopta el director, gerente o personas equivalentes en cuanto a facultades, quedan amparadas por y bajo la regla del juicio de negocios, esto es, que no pueden ser revisadas en su mérito, en orden a ponderar desde afuera si son o no consistentes con el interés social de la persona jurídica en que se ocupa la posición.

En suma, el delito de administración desleal recientemente introducido al ordenamiento jurídico nacional impactará fuertemente la estructura de los grupos empresariales y será un tema que, a no dudarlo, traerá importantes consecuencias y, probablemente, mejoras significativas en la estructura de los gobiernos corporativos de los mismos.

6. CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES¹⁶

Se agregó en el título VI del libro segundo del *Código Penal*, a continuación del artículo 287, un párrafo §7º bis, denominado “§7º bis. De la corrupción entre particulares”” §7º bis. De la corrupción entre particulares”, y los siguientes artículos 287 bis 287 bis y 287 ter 287 ter, que lo integran:

¹⁶ No nos referiremos al delito de apropiación indebida, dado que este ya existía en el ordenamiento penal y la única novedad introducida por la Ley n.º 21121 es que lo incorpora como otro delito que origina responsabilidad penal de la persona jurídica. O sea, ejecutado el hecho por los sujetos indicados en el artículo 3º de la Ley n.º 20393, y siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica de los deberes de dirección y supervisión, nace la responsabilidad penal para la sociedad.

“Artículo 287 bis.- El empleado o mandatario que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para favorecer o por haber favorecido en el ejercicio de sus labores la contratación con un oferente sobre otro será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio y multa del tanto al duplo del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales.

Artículo 287 ter.- El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado o mandatario un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para que favorezca o por haber favorecido la contratación con un oferente por sobre otro será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido. Además, se le sancionará con las penas de multa señaladas en el artículo precedente.”.

Sin duda que estos nuevos delitos impactaran fuertemente en el ámbito comercial y en el derecho societario. Obligarán a los gobiernos corporativos de las empresas, cualquiera sea su tipo y naturaleza, a mejorar los controles y modelos de prevención. A asegurarse de que las ofertas escogidas sean efectivamente el resultado de un proceso competitivo donde no hubo ninguna otra motivación o circunstancia, distinta a las mejores condiciones ofertadas, las que llevaron a elegir una y no otra. Todo un desafío no fácil de lograr.

Se busca con ello evitar los nefastos efectos de la corrupción en los negocios, que finalmente la terminan pagando los consumidores al tener que asumir precios y productos que no necesariamente son el resultado de un proceso competitivo, sino que de la “coima” ofrecida y recibida por uno de los corredores en competencia. Se evitan así distorsiones en la competencia con el cumulo de efectos positivos que ello trae para el mercado y el desarrollo del comercio.

De igual forma, al castigar la oferta o recepción de beneficios económicos o de otra naturaleza, se minimiza el riesgo de corromper al encargado de la venta, adquisición o contratación, lo que se traduce en un fortalecimiento de las confianzas en la dinámica de los mercados.

Son sujetos activos del delito tanto el que ofrece como el que recibe el beneficio económico. Cada uno en su ámbito de acción, ya que se trata de delitos que castigan independientemente a cada sujeto, sin que sea necesario que lo que se ofrezca por uno lo aceptare el otro.

El tipo penal no requiere acreditar un daño patrimonial. Basta con que *diere, ofreciere o consintiere en dar o que solicitare o aceptare recibir*.

La falta de un límite al beneficio económico será una cuestión a dilucidar y que, en nuestra opinión, no estará exenta de problemas¹⁷.

En suma, el castigo de la corrupción entre particulares obligará al gobierno corporativo de las empresas a mejorar sus modelos de prevención como única vía para evitar la responsabilidad penal que la comisión del mismo les originará.

CONCLUSIONES

1. Hablar hoy de gobierno corporativo y *compliance*, más allá de entenderse como conceptos complementarios y que se retroalimentan entre sí, importa necesariamente referirse a la idea de que toda organización desde su más alta dirección debe implementar modelos, procesos, procedimientos y protocolos que le permitan un control efectivo de los riesgos normativos a que se ve expuesta en su actividad, como atenuante o eximente de la responsabilidad civil, penal y administrativa tanto de la persona jurídica como de sus equipos gerenciales y ejecutivos.
2. En el ámbito de aplicación de la Ley n.º 20393, la forma de liberar la responsabilidad penal de la persona jurídica, o, si se quiere, de matar la antijuricidad de la conducta, es mediante la implementación de un programa de prevención que cumpla con las exigencias impuestas por la misma ley en su artículo 4º. Pero ello no libera ni obsta a la responsabilidad civil y administrativa que se pueda imputar a la persona jurídica y las personas naturales que actuaron por ella en infracción de las normas a que se refiere el artículo 1 de la citada Ley n.º 20393. Esta podrá hacerse efectiva en la medida que concurran las exigencias normativas que la hagan procedente.
3. En cuanto al delito de negociación incompatible, el impacto de la Ley n.º 21121 en el ámbito de los gobiernos corporativos y la administración de las sociedades, es que vino a penalizar una conducta que hasta la fecha solo acarrearaba responsabilidad civil y administrativa para la persona jurídica y el autor de la conducta. Y, de paso, le dio contenido y sentido al artículo 133 de la Ley n.º 18046, que se refiere a las sanciones penales para quienes infringieran la ley, en

¹⁷ Un regalo al encargado de adquisiciones, una invitación a comer al mismo, una visita a las instalaciones del proveedor financiada por este, e innumerables casos de diaria ocurrencia en el ámbito comercial tendrán que ser precisadas y objeto de regulación en los modelos de prevención.

circunstancias de que no había en la ley de sociedades anónimas sanciones penales.

4. En relación con el nuevo delito de administración desleal, el impacto de la Ley n.º 21121 en el ámbito del derecho societario, es que se penalizan conductas que hasta noviembre del año 2018 solo tenían asociada la pena civil –reparación del daño– y la sanción administrativa –generalmente aplicación de multa–, por lo que claramente se incrementa el costo de la infracción normativa, no solo para la persona jurídica, sino que, también, para quien administra el patrimonio de la sociedad.
5. El delito de administración desleal impactará fuertemente la estructura de los grupos empresariales y será un tema que traerá importantes consecuencias y, probablemente, mejoras significativas en la estructura de los gobiernos corporativos de los mismos.
6. El nuevo delito de corrupción entre particulares obligará a los gobiernos corporativos de las empresas, cualquiera sea su tipo y naturaleza, a mejorar los controles y modelos de prevención. A asegurarse de que las ofertas escogidas sean efectivamente el resultado de un proceso competitivo donde no hubo ninguna otra motivación o circunstancia, distinta a las mejores condiciones ofertadas, las que llevaron a elegir una y no otra. Todo un desafío no fácil de lograr.
7. Las reformas introducidas por la Ley n.º 21121 elevó significativamente los estándares y grados de responsabilidad penal, civil y administrativa no solo de las personas jurídica, sino que, también, de directores, gerentes y ejecutivos con facultades equivalentes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BANKS, Ted & Joe MURPHY, (2012): “The Internacional Law of Antitrust Compliance”, in *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 40: p. 377.
- PFEFFER, Francisco (2005): “Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 12, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho. Disponible en www.pfeffer.cl/publicaciones/doc/aplicacion%20del%20procedimiento%20del%20articulo%2044.pdf
- PFEFFER, Francisco (2008): “Conflictos de intereses entre privados y protección de minorías accionarias. El caso Chispas”, en *Estudios de Casos de América Latina*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Disponible en www.pfeffer.cl/wp-content/uploads/2014/11/FPU-en-anuario-ddhh.pdf
- PFEFFER, Francisco (2015): “Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del

caso Cascadas”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 32, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho. Disponible en www.pfeffer.cl/wp-content/uploads/2016/04/Actualidad-Jur%C3%ADdica-N%C2%BA-32-Julio-2015.pdf

Normas citadas

Código de Comercio, del Ministerio de Justicia, 23 de noviembre de 1865.

Decreto n.º 702 nuevo reglamento de sociedades anónimas, 6 de julio de 2012.

Decreto ley n.º 3500 establece nuevo sistema de pensiones, 13 de noviembre de 1980.

Ley n.º 18045 de mercado de valores, 22 de octubre de 1981.

Ley n.º 18046 sobre sociedades anónimas, 22 de octubre de 1981.

Ley n.º 18660 modifica la legislación sobre seguros y valores, 20 de octubre de 1987.

Ley n.º 20393 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica, 2 de diciembre de 2009.

Ley n.º 20712 administración de fondos de terceros y carteras individuales y deroga los cuerpos legales que indica, 7 de enero de 2014.

Ley n.º 21121 modifica el código penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción, 20 de noviembre de 2018.

Jurisprudencia citada

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2019): Rol N° 167/2019, 28 de febrero de 2019.