

LA PERSECUCIÓN PENAL DE LOS DIRECTORES O ADMINISTRADORES DE LOS NEGOCIOS DE UN DEUDOR EN ESTADO DE INSOLVENCIA

CRIMINAL PROSECUTION OF DIRECTORS OR MANAGERS IN CHARGE OF AN INSOLVENT DEBTOR'S BUSINESS

*Valeska Fuentealba Sepúlveda**
*Natacha Souza John***

RESUMEN: Este trabajo analiza la responsabilidad penal de los directores y administradores de los negocios de un deudor en situación de insolvencia, del artículo 463 *quater* del *Código Penal*, modificado por la Ley n.º 21595 sobre Delitos Económicos. A partir del reconocimiento del estado de insolvencia como presupuesto del tipo penal, se profundiza en la caracterización del sujeto activo y en los elementos normativos y subjetivos requeridos para su configuración. Se sostiene que la norma sanciona no solo a quienes ostenten un cargo formal, sino, también, a quienes, en la práctica, ejerzan funciones de dirección o administración. Además, se analiza la relevancia de los delitos concursales como manifestación del derecho penal económico y las consecuencias de ello. Se destaca la necesidad de una interpretación orientada por el bien jurídico para evitar sanciones desproporcionadas o innecesarias, en concordancia con la Ley de Delitos Económicos.

PALABRAS CLAVE: delitos concursales, insolvencia punible, delitos económicos.

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales. Candidata a doctora en Derecho, todos por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora investigadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Educación de la Universidad Viña del Mar. Correo electrónico: valeska.fuentealba@uvm.cl

** Doctora en Derecho por la Universidade Caxias do Sul, Brasil, com cotutela en la Universidad Sevilla, España. Magíster en Derecho por la Universidad de Caxias do Sul, Brasil y grado en la Universidad Santa María, Brasil. Profesora investigadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Educación de la Universidad Viña del Mar. Correo electrónico: Natacha.souza@uvm.cl

ABSTRACT: This paper analyzes the criminal liability of directors and managers of a debtor's business in a state of insolvency, with reference to Article 463 quater of the Criminal Code, as amended by Law No. 21.595 on Economic Crimes. Starting from the recognition of insolvency as a prerequisite for the criminal offense, the study delves into the characterization of the offender and the normative and subjective elements required for its configuration. It argues that the provision penalizes not only those who formally hold a position but also those who, in practice, perform management or administrative functions. Furthermore, the paper examines the relevance of insolvency-related offenses as a manifestation of economic criminal law and the resulting consequences. It emphasizes the need for an interpretation guided by the protected legal interest, in order to avoid disproportionate or unnecessary sanctions, in accordance with the Economic Crimes Law.

KEYWORDS: insolvency crimes, punishable insolvency, economic crimes.

INTRODUCCIÓN

La penalización de los delitos vinculados con la insolvencia no ha sido un ámbito exento de problemas. Sin ir más lejos, fue la tensión entre el respeto estricto del principio de legalidad, por un lado, y la necesidad de sancionar conductas lesivas de bienes jurídicos, por el otro, lo que llevó a erigir soluciones como otorgarle responsabilidad penal a quien actúa por otro¹.

El derecho dio respuesta a la impunidad que devenía de la actuación de un sujeto incapaz de delinquir, como era la persona jurídica. Era a través de la instrumentalización de esta que se realizaba una conducta que, al menos formalmente, satisfacía las exigencias típicas para configurar el delito². Se llegaba, entonces, a la situación de no sancionar penalmente a la persona jurídica, por carecer de capacidad delictiva, pero tampoco sancionar a los miembros de esta que ejecutaban la conducta, por carecer de los elementos especiales que se exigían al autor del tipo penal, en atención al principio de legalidad.

En nuestro derecho, desde el año 1929 existen normas que sancionan expresamente al administrador de los negocios del deudor por los ilícitos propios

¹ FUENTEALBA (2021) p. 149.

² Alex van Weezel diría que la responsabilidad que le cabe a esta persona jurídica se parece a la penal, siendo de otra índole, toda vez que este ente no tiene la calidad de sujeto penal ni puede predicarse de él las exigencias propias que impone el principio de culpabilidad. Cfr. VAN WEEZEL (2010) pp. 114-117, 122-124.

de la insolvencia^{3,4,5}, bastando la ostentación de un cargo formal para la configuración del tipo.

Esto vino a romperse definitivamente con la Ley n.º 20720, ...de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas. Como es sabido, dicha norma consagró los delitos concursales en el *Código Penal*, como una muestra de que cualquier sujeto, satisfaciendo los requisitos establecidos en los tipos penales, podía ser sancionado. Dentro de las disposiciones que incorpora al *Código* se encuentra el artículo 463 *quater*, que sanciona a personas que, en los hechos, llevan a cabo conductas antes restringidas solo a gerentes o a personas con cargos similares.

Esta disposición contiene una norma de extensión de la autoría^{6,7}, que sanciona de la misma forma al deudor y al director o administrador por los delitos llevados a cabo por estos durante la situación de insolvencia del deudor.

En ese sentido, la justificación del artículo 463 *quater* es clara: permitir el castigo de personas naturales que, sin contar con la calidad de deudor sometido a algunos de los procedimientos que señala la norma (de reorganización

³ PUGA (2017), pp. 143, 145-146.

⁴ El artículo 203 prescribía: “Los gerentes, directores o administradores de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada declarada en quiebra, serán castigados, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, como reos de quiebra culpable o fraudulenta, cuando en la dirección de los negocios sociales y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones a que se refieren los artículos 188 y siguientes, o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones.

Serán castigados con reclusión o relegación menores en su grado mínimo a medio, si se han repartido dividendos a los socios, a propuesta del Directorio, a sabiendas de que no correspondían utilidades efectivas. La pena se elevará en un grado si esos repartos han ocasionado la quiebra”.

⁵ Esta norma contenía el artículo 232, que prescribía: “Los gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, cuyo giro quede comprendido en el artículo 41, serán castigados, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, como reos de quiebra culpable o fraudulenta, según el caso, cuando en la dirección de los negocios del fallido y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220, o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones.

Serán castigados con reclusión o relegación menores en su grado mínimo a medio si se han repartido dividendos a los socios, a propuesta del directorio, a sabiendas que no correspondían a utilidades efectivas. La pena se elevará en un grado si estos repartos han ocasionado la quiebra”.

⁶ No es, por cierto, la única norma de extensión que contienen los delitos concursales. Para profundizar más sobre el tema de la extensión de la autoría y participación en los delitos concursales, véase TORRES (2018), 27 pp.

⁷ Hay autores que, más que poner énfasis en la extensión, solamente se limitan a constatar que ciertos sujetos, como los administradores, tendrán responsabilidad penal en caso de satisfacer las exigencias del tipo. A modo ejemplar, Ricardo Sandoval, al abordar esta clase de delitos, se refiere a ellos como “figuras delictivas aplicables al representante o administrador del deudor”. En cursivas en el original. Cfr. SANDOVAL (2015), p. 438.

o de liquidación, sean simplificados o no), son quienes jurídica o fácticamente deciden o ejecutan las conductas delictivas.

La toma de consciencia sobre esta problemática es relevante de cara a la efectiva protección del bien jurídico que subyace a esta norma, cual es, siguiendo a Laura Mayer, la posibilidad de los acreedores de hacer efectivos sus créditos en el patrimonio del deudor⁸. Ahora, más recientemente se ha planteado que, detrás de los delitos concursales, el bien jurídico protegido sería el proceso concursal. En ese sentido, Iván Navas ha sostenido que otras posturas sobre el bien jurídico deben rechazarse⁹, pues:

“si el patrimonio individual fuese el único bien jurídico que se busca proteger con la nueva regulación de los delitos de insolvencia punible, ello sólo tendría sentido si el deudor fuese el único sujeto activo que aparece cualificado para afectar a los acreedores. Dicha situación no es así, pues también pueden cometer delitos concursales los liquidadores o veedores y otros sujetos que no tengan esa condición tal y como establece el art. 464”¹⁰.

Justamente, la consideración del bien jurídico –no solo del relativo a la norma en comento, sino que de los delitos concursales en general– será una directriz relevante al momento de analizar e interpretar el tipo penal, y llevará

⁸ Esta toma de posición no desconoce, por cierto, la multiplicidad de posturas que han existido entre los autores sobre el objeto jurídico protegido de los delitos concursales, existiendo tesis patrimonialistas, que centran su mirada en bienes jurídicos individuales y metapatrimonialistas, que afirman la tutela de bienes jurídicos supraindividuales tradicionalmente protegidos en otros delitos. Por todos, véase MAYER (2017) pp. 255-281, en particular las páginas 267-276, donde se aborda la postura de la autora. En nuestra doctrina, en cambio, Ricardo Sandoval es de la idea que el bien jurídico es uno de índole metapatrimonial, específicamente el sistema económico crediticio. Para afectarlo, a su juicio: “es preciso que [los deudores en nombre de los cuales actúa el administrador] sean empresas o empresarios que tengan una posición de poder en el mercado y que a través de sus acciones u omisiones lleguen a abusar de dicha posición. De manera que, si una pequeña empresa o un pequeño empresario carece de la señalada posición económica, el procedimiento concursal no debe generar consecuencias penales, porque su acción u omisión no afecta al sistema económico crediticio, que es el bien jurídico macrosocial protegido, o cuando mucho a ella o a él, en su caso, se le pueden aplicar sanciones de carácter administrativo [...]”. SANDOVAL (2015), pp. 443-444.

⁹ Particularmente la de Laura Mayer, quien sigue una postula individual del bien jurídico. Iván Navas establece que la postura de la autora sería que el bien jurídico es el patrimonio, afirmación con la que nos permitimos discrepar, pues el planteamiento de Laura Mayer se vincularía con el patrimonio, pero, también –aunque la autora no lo menciona– con el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, cuando la deuda conste en una resolución judicial o en un equivalente jurisdiccional; y con el derecho de prenda general, propio del derecho civil.

¹⁰ NAVAS (2024) p. 339.

–cumpliendo su función dogmática– a descartar la configuración del delito en los casos en que el bien jurídico resulte indemne¹¹.

I. DIRECTORES Y ADMINISTRADORES COMO SUJETOS ACTIVOS

Para la adecuada comprensión de la norma –y de los delitos concursales en general– debe decirse que, aun cuando no se mencione expresamente por el legislador, la insolvencia es un presupuesto básico de estas figuras, tanto por la redacción de las hipótesis que regulan a los delitos concursales como por el fundamento de la punición de las diversas figuras albergadas en dicho apartado.

Siguiendo a Juan Esteban Puga, podemos señalar que la insolvencia es aquel:

“estado patrimonial vicioso y complejo que se traduce en un desequilibrio entre su activo liquidable y su pasivo exigible [del deudor], de modo tal que coloca a su titular en la incapacidad objetiva de cumplir, actual o potencialmente, los compromisos que lo afectan”¹².

Lo relevante de este estado es que acaece y convive con el desarrollo de los negocios de un determinado deudor, entendiendo por tal, en términos generales, a aquella persona natural o jurídica obligada a satisfacer una deuda contraída con otra –su acreedor¹³. En principio, entonces, cualquier persona puede ser deudor, requiriendo la norma penal que, durante el desarrollo de los negocios que le competen, sobrevenga o sea inminente la insolvencia.

El estado de insolvencia se predica del deudor¹⁴. En el caso de la norma a analizar, nos estamos refiriendo a quien ocupe la calidad de administrador o director de los negocios del deudor mientras tiene lugar ese estado.

Por los requisitos que establece el legislador, debe indicarse que el artículo 463 *quater* del *Código Penal* contempla un delito de sujeto especial propio, por cuanto solo quien ejerza la dirección o administración de los negocios del deudor puede verse sancionado por el tipo penal. Ello no significa que todo el que dirija o administre los negocios del deudor responderá como autor del tipo penal, pues, a la luz de los artículos 464 y 464 bis, quienes dirijan o administren en función de haber sido designados como veedor o liquidador de los

¹¹ FERNÁNDEZ (2004) pp. 151-153; 158-172.

¹² PUGA (2015) p. 78.

¹³ MONGE (2016) p. 79.

¹⁴ Para una mirada sobre quién puede ser entendido por deudor, véase FUENTEALBA (2021) pp. 152-154.

procedimientos concursales serán sancionados por aquellos ilícitos, en el caso que su conducta sea subsumible en los tipos respectivos.

Se requiere que el sujeto *dirija o administre* los bienes del deudor, no habiendo definido el legislador dichas voces. En cuanto al primer término, o sea, ‘dirigir’, él puede referirse a quien gobierna, rige o da reglas para el manejo de algún asunto¹⁵. El segundo, esto es, ‘administrar’, se referirá a quien gobierna o ejerce una autoridad o mando sobre una institución o grupo de personas¹⁶. Se aprecia, entonces, una similitud entre ambos conceptos, no pudiendo sostenerse que significan lo mismo, toda vez que atentaría contra una interpretación útil de la norma.

Al respecto, Juan Esteban Puga Vial señala: “ambas trasuntan un grado de dirección de los negocios [...]”¹⁷. Tanto el director como el administrador tienen a cargo la determinación de la actividad económica del deudor, pero la forma en cómo se lleva a cabo esto es diverso.

La diferencia estará en la forma en que determinan la actividad económica. Puede sostenerse que director será quien adopte las decisiones de los negocios, fijando los objetivos o entregando directrices¹⁸.

No basta, entonces, que alguien determine las decisiones que se llevarán dentro de los negocios, puesto que ellas deben ser concretadas en aras a que, de forma efectiva, lo que se dirige alcance el objetivo propuesto. Esta será la función del administrador, siendo aquella persona ligada a la actividad gestora^{19,20}. Por cierto, no solo se limitará a ejecutar, y mucho menos puede señalarse que obedecerá haciendo lo que el director le señale. Si así fuera, no tendría sentido que el legislador los hubiese equiparado, ni que los hubiese castigado con igual pena que el deudor, que es quien, en una hipótesis normal de delito concursal dirigió y administró sus propios bienes o patrimonios. El director entrega las pautas o metas para los negocios, debiendo determinar el administrador la forma en que

¹⁵ Esta definición concuerda con el *Diccionario de la lengua española* en su acepción quinta de la palabra ‘dirigir’, y en la primera y quinta de la expresión ‘dirección’.

¹⁶ Al igual que la definición anterior, concuerda con las acepciones primera y segunda que el mencionado *Diccionario* ofrece del término ‘administrar’.

¹⁷ PUGA (2017) p. 148.

¹⁸ FUENTEALBA (2021) p. 155.

¹⁹ ALCALDE (2013) p. 268.

²⁰ Observando el resto del ordenamiento jurídico, es posible apreciar normas que permiten sustentar esta distinción. Solo a modo ejemplar, dentro de la Ley n.º 18046 sobre Sociedades Anónimas, en el artículo 7.º, inciso tercero, prescribe: “los directores, el gerente, el liquidador o liquidadores en su caso, serán solidariamente responsable de los perjuicios que casen a accionistas o terceros [...]”. Ello, por cierto, pareciera seguir la misma idea que hay detrás de la responsabilidad de estos sujetos en los delitos concursales, que es la relevante posición en la que se encuentran que les permite lesionar intereses jurídicos relevantes, en el caso de los delitos concursales, la posibilidad de los acreedores de hacer efectivos sus créditos en el patrimonio del deudor.

se alcanzan dichas pautas. Para ello, deberá adoptar decisiones que le permitan alcanzar los objetivos.

Lo que se busca es sancionar a quienes toman las decisiones de los negocios del deudor, llevando la dirección o administración de estos²¹. Para esto, no es necesario que el sujeto ocupe formalmente un cargo que lo vincule jurídicamente con el patrimonio que administra²². Por supuesto que puede hacerlo, y ocurrirá, entonces, que el sujeto tendrá la calidad que la doctrina ha denominado “director o *administrador de derecho*”: aquel sujeto que, cumpliendo con los requisitos que la ley ha impuesto, tiene la calidad de director o administrador para el ordenamiento jurídico en su conjunto²³.

Pero también puede darse el caso de que el sujeto dirija o administre los negocios adoleciendo su nombramiento de un defecto formal o, incluso, desprovisto de nombramiento en cuanto tal. Este sujeto es el que la doctrina ha denominado *administrador de hecho*, pudiendo definirse como:

“cualquier persona que ejerciera ‘realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad o quien de facto maneja sus riendas, realizando funciones ejecutivas propias de un administrador’”²⁴.

Aun cuando la doctrina no aluda directamente a la figura de “director de hecho”, analizando la forma en que los diversos autores se refieren a la idea de “administrador de hecho” puede apreciarse que abarca el actuar del director que, por carecer de los requisitos legales para ser tenido como tal, actúa –en los hechos– estableciendo la dirección del negocio²⁵.

Es relevante enfatizar que quien dirige o administra debe, en la práctica, participar de forma activa en la gestión de los negocios de forma permanente e independiente²⁶. No basta, por lo mismo, una simple accidentalidad para tener a alguien por administrador, así como tampoco es suficiente que el sujeto ejecute actos de administración siguiendo de forma estricta lo que otro le ordena.

Tratándose de quienes son directores o administradores de derecho esto es relevante, pues no es suficiente con que formalmente tenga la calidad de director o administrador, sino que se necesita que, en los hechos, actúe según su propio parecer²⁷, no estando supeditado a las órdenes de otro. De no tratarse de una

²¹ RAMÍREZ (2016) p. 139.

²² FUENTEALBA (2021) pp. 156-157.

²³ ASTARLOA (2011) p. 61.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ JEQUIER (2015) pp. 567-594.

²⁶ ASTARLOA (2011) p. 64.

²⁷ Por supuesto que, en la toma de decisiones, escuchará y actuará conforme a la información que otros le proporcionen, como pueden ser los asesores del director o administrador o, incluso, otros directores o administradores. Lo relevante es que quien adopte la decisión lo haga de forma libre.

dirección o administración realizada de forma permanente e independiente, no podrá ser considerado autor del delito, sin perjuicio que pueda responder como partícipe del delito de quien sí tiene la calidad exigida por el tipo (es decir, de quien es director o administrador de hecho)²⁸.

En estructuras organizadas, para lograr la independencia antes señalada se requerirá que la persona tenga la dirección o administración superior dentro de la empresa, hablando Juan Puga de la ostentación de un “cargo de administración superior con facultades direccionales de alto rango”²⁹.

Se ha planteado que la norma sanciona a quien, ejerciendo funciones de dirección o administración sobre los negocios del deudor, ejecute los actos u omisiones descritos en los artículos 463, 463 bis y 463 ter del mismo cuerpo legal, o los autorice expresamente. Esta disposición, por tanto, supedita la responsabilidad del sujeto a la interpretación de qué se entiende por “dirección o administración de los negocios”, así como a la forma en que se configuran los delitos concursales.

Ya se ha dicho en otro trabajo que, por un lado, basta con que el sujeto haya provocado o agravado con su conducta la situación de insolvencia actual o inminente (lo que permite superior las hipótesis donde la complejidad de la estructura social implica que varios sujetos deben o pueden participar en la provocación o agravación de la situación económica del deudor) y, por otro, que no es necesario que se administren *todos* los negocios del deudor, pudiendo ser lo administrado una unidad económica, parte de una unidad económica o la totalidad de los negocios³⁰.

En efecto, el término ‘negocios’ puede abarcar desde actividades específicas que generen una utilidad hasta el conjunto de la actividad económica del deudor, lo que en derecho comercial se denomina “giro”. Si se requiriera que el sujeto tuviera control absoluto sobre todos estos negocios, se correría el riesgo de excluir del tipo penal a quienes, aun sin ostentar tal control total, ejercen facultades de administración relevantes en áreas específicas dentro de estructuras empresariales complejas, máxime tratándose de hipótesis en las que el mismo sujeto activo ha procurado otorgarle una estructura empresarial compleja al deudor para efectos de favorecer la afectación de los derechos de pago de los acreedores (siguiendo a Laura Mayer, como se señalaba *supra*) o para afectar los intereses del deudor o terceros³¹.

²⁸ A esta clase de administrador Percy García Caverro lo denomina “hombre de paja”. Véase GARCÍA (2006) pp. 8-10.

²⁹ PUGA (2017) p. 75.

³⁰ FUENTEALBA (2021) p. 159.

³¹ *Op. cit.* pp. 157-159.

1. Elemento subjetivo de la conducta

Con respecto al elemento subjetivo con el que actúa el director o administrador, será admisible cualquier clase de dolo como ya se ha defendido en otro trabajo³², descartando que deba existir *animus injuriandi* como ha sostenido Juan Pablo Ramírez³³. Las razones son varias.

Por un lado, el artículo 1.º del *Código Penal* ya plantea la exigencia de “dolo” en las diversas figuras delictivas³⁴, a menos que el tipo penal sostenga otra hipótesis (cuestión que no ocurre en materia concursal, a diferencia de normas anteriores donde se permitían hipótesis culposas); por otro, el hecho que quienes ejerzan como directores o administradores de los negocios del deudor tengan, sobre los negocios que conducen, un “conocimiento muy superior que el de cualquier otra persona”³⁵, lleva a aceptar la cabida del dolo eventual en los delitos concursales.

En ese sentido, siguiendo una concepción normativa del dolo, se está frente a personas que no podían menos que saber que sus conductas podrían configurar un delito concursal, ejecutándola igualmente, máxime considerando que, las más de las veces, quien actúe como director o administrador será una persona con conocimiento sobre el quehacer de los negocios del deudor y de las facultades que a él se le encomendaron, así como de los resultados económicos que se pueden obtener con la realización de ciertas conductas.

Ahora, lo usual será que la ejecución de la conducta se realice con dolo directo, por lo menos en las hipótesis en las cuales ya existe la resolución de liquidación que, en algunos supuestos, exige el legislador para punir la conducta. Esto, pues, el director o administrador, para llevar a cabo las conductas descritas en los tipos penales, deberá burlar las facultades de administración del liquidador, así como la facultad de fiscalización de los acreedores, cuestión que parece incompatible con un ánimo diverso al dolo directo.

2. Actos que realiza el director o administrador de los negocios del deudor

La norma del artículo 463 *quater* del *Código Penal* sanciona al que, en la dirección o administración de los negocios del deudor, hubiese ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones señaladas en los artículos 463, 463 bis y 463 ter del *Código Penal*, o hubiese autorizado expresamente dicho

³² FUENTEALBA (2021) p. 161.

³³ RAMÍREZ (2016) p. 145.

³⁴ HERNÁNDEZ (2011) p. 53.

³⁵ RAMÍREZ (2016) p. 145.

actos u omisiones. Queda, por tanto, supeditada la responsabilidad de quien dirige o administra los negocios del deudor a la interpretación que se le otorgue a estos delitos.

En cuanto a la *autorización*, significará que el sujeto activo permitirá que otro sujeto, diverso de quien dirige o administra los negocios del deudor, realice alguno de los delitos concursales que puede cometer este. Dicha aprobación requiere ser otorgada de forma directa, clara y específica, puesto que la norma emplea el término ‘expresamente’.

Esta expresión permite analizar la situación penal del *intraneus* y el *extraneus* a la norma penal, facilitando el análisis de la calificación jurídico-penal de la conducta de ambos.

El legislador, en esta norma, ocupa la misma fórmula que en el artículo 1.º del *Código Penal*, puniendo las dos modalidades que puede adoptar la conducta humana, cuales son la acción y la omisión. Con respecto a esa última, debe tenerse en cuenta, que algunos delitos concursales permiten la sanción de omisiones. Ello podrá ser así en el delito del artículo 463 bis n.º 4, que regula el ocultamiento de bienes, el cual podría cometerse por no incluir un bien en el listado de bienes que debe proporcionarse al veedor o liquidador, estando consciente de esta omisión. También lo será en el delito relativo a la situación contable del artículo 463 ter n.º 2, que sanciona a quien no hubiese llevado o conservado libros de contabilidad o sus respaldos, siendo esta una hipótesis de delito de omisión propia. Por esto, parece que no es dable hablar de omisión impropia respecto del resto de las hipótesis, debiendo exigir una conducta activa del sujeto obligado por la norma.

II. EL DELITO CONCURSAL COMO DELITO ECONÓMICO

La figura que se analiza, incorporada en nuestra legislación el año 2014, fue recientemente modificada por la Ley n.º 21595, de Delitos Económicos. Esta norma modificó el artículo 463 *quater* del *Código Penal*, pasando a hacer referencia a procedimientos concursales incorporados el año 2023 en nuestra legislación.

Por otro lado, tal como indica Iván Navas, con la modificación en materia de delitos concursales de la Ley de Delitos Económicos, las diversas figuras concursales solo pasan a ser perseguibles penalmente una vez que se ha dictado una resolución que da inicio a los procedimientos concursales establecidos en la Ley n.º 2072036.

³⁶ NAVAS (2024) p. 375.

El que el delito concursal pase a ser un delito económico tiene diversas consecuencias en nuestro ordenamiento jurídico. En específico, la norma que nos convoca sería un delito económico de segunda categoría, en atención a los artículos 2 n.º 27 y 5 de la Ley n.º 21595. Pero solo cuando se realice “en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando lo fuere en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa”. Por ello, no podría ser considerado como delito económico la hipótesis de quien administra o dirige negocios de una persona natural, sino solo cuando se dirige o administra a una persona jurídica. Tampoco podrán ser considerados en dicha calidad a los administradores o directores de negocios de micro y pequeñas empresas, según la literalidad del artículo de la misma ley.

Según Agustina Alvarado, los tipos penales señalados en dichas disposiciones:

“requieren la concurrencia de un criterio subjetivo, conocido bajo la denominación de ‘involucramiento corporativo’ o de ‘criminalidad de empresa’, para poder ser calificados como delitos económicos”³⁷.

Al ser considerado como delito económico, el órgano jurisdiccional –y los diversos intervinientes del proceso penal– deberán tener en consideración algunas normas que contiene la Ley n.º 21595, en virtud de las cuales se deben inobservar las disposiciones del *Código Penal*. Por ejemplo, de conformidad al artículo 12 y siguientes de la ley, las reglas de determinación de las penas privativas de libertad mutan, no pudiendo considerarse los artículos 65 a 69 del *Código Penal*, ni tampoco las circunstancias modificatorias de los artículos 11 a 13 del mismo cuerpo normativo.

En cuanto a las atenuantes, se reducen de manera importante estas figuras, permitiéndose solo dos hipótesis que contempla el artículo 13, las cuales, cumpliendo con los requisitos del artículo 14, pueden ser consideradas como muy calificadas. En cuanto a las agravantes, ocurre una situación similar en los artículos 15 y 16 de la ley. De conformidad con dichas disposiciones, resulta un elemento trascendental el monto del perjuicio provocado, lo que, en el ámbito de los delitos concursales, tiene relación con el bien jurídico que existiría. De ser el delito uno patrimonialista, el artículo 16 permitiría agravar la pena de quien, además, provoque afectación de intereses o patrimonios de sujetos diversos a los acreedores.

³⁷ ALVARADO (2024) p. 9.

III. CUESTIONES PROCESALES RELATIVAS AL DELITO CONCURSAL

El *Código Penal* establece, en su artículo 465, que este delito es uno de acción penal pública previa instancia particular, mencionándose los sujetos que pueden denunciar la conducta: Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento; veedor o liquidador del proceso concursal respectivo; acreedores que hayan verificado sus créditos; acreedores a quienes les afecte el acuerdo de reorganización. Empero, la norma omite la denuncia del deudor, lo cual puede ser sensible tratándose de hipótesis en las que se ve afectado en su patrimonio por los actos del sujeto activo, máxime considerando que, una vez concluido el proceso de reorganización o liquidación, y sometiéndose a los requisitos de la Ley n.º 20720, el deudor podría, en algún momento futuro, desear continuar realizando actividades económicas (para las cuales el patrimonio de los negocios administrados por el director o administrador pueden ser relevantes).

La disposición se pone en el supuesto que, una vez iniciado el proceso penal, los acuerdos reparatorios que eventualmente se celebren deban ser aprobados de manera previa por la junta de acreedores correspondiente. Las prestaciones que se deriven del acuerdo, además, deberán beneficiar a todos los acreedores, a prorrata de sus créditos, sin distinción de clase o categoría.

Pero, aun cuando el acuerdo haya sido aprobado por la Junta de Acreedores, debe tenerse presente el artículo 241 del *Código Procesal Penal*, en el sentido de que el juez de garantía negará la aprobación del acuerdo reparatorio “si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal”. Dependiendo de la postura que se adopte sobre el bien jurídico protegido, a nuestro juicio, el juez podrá acoger o rechazar el acuerdo. Debería decantarse por esta última hipótesis, por ejemplo, cuando abraza una concepción metapatrimonialista.

Con respecto al juez competente para conocer de este delito concursal, el artículo 465 del *Código Penal* señala que deberá conocer el tribunal con competencia penal del domicilio del deudor, por lo que modifica, en el ámbito de los delitos concursales, la regla general consagrada en el artículo 157 inciso 1.º del *Código Orgánico de Tribunales*, donde se señala que será competente para conocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio. Esto podría provocar afectaciones a los derechos de los intervinientes, sobre todo la víctima, cuando el sujeto activo ha tomado como recaudo establecer un domicilio alejado del lugar donde se realizan las actividades económicas o, en específico, donde se realizan las conductas constitutivas de delito concursal.

Por último, siguiendo a Agustina Alvarado, no resulta baladí que el delito concursal sea categorizado como uno económico, debiendo informarse de

aquello al imputado en la audiencia de formalización de la investigación de manera de que ejerza con propiedad su derecho a defensa³⁸.

CONCLUSIONES

Según lo analizado, la norma del artículo 463 *quater* del *Código Penal* introdujo, en nuestro derecho, la consagración expresa de la responsabilidad penal del actuar en lugar del otro, limitado –por cierto– a los delitos concursales. Esta regla permite analizar las conductas que ejecuta el director o administrador de los negocios del deudor durante la gestión de estos, lo cual es particularmente sensible a la luz del bien jurídico protegido por los delitos concursales, cual es, siguiendo a Laura Mayer, la posibilidad de los acreedores de hacer efectivos sus créditos en el patrimonio del deudor.

No es inocuo analizar las circunstancias en las cuales se desarrolla la conducta del director o administrador, pues la misma debe ejecutarse durante la insolvencia del deudor. Debe recordarse que deudor es toda persona jurídica de derecho privado o toda persona natural contribuyente de primera categoría, a la luz del artículo 465 bis del *Código Penal*.

Lo relevante es que el sujeto activo gestione los negocios del deudor, pudiendo ser estos la totalidad de su actividad económica, algún establecimiento donde realice su actividad, un contrato o las utilidades que le genera la misma, o su patrimonio. La gestión, por cierto, puede abarcar la totalidad de los negocios o una parte.

En cuanto al sujeto activo, señala la norma que puede ser el director o administrador de los negocios del deudor. Se ha entendido, en este trabajo, por director quien adopte las decisiones de los negocios, fijando los objetivos o entregando directrices; mientras que el administrador es la persona ligada a la actividad gestora, quien podrá, también, adoptar decisiones que le permitan alcanzar los objetivos indicados por el director. Cualquier persona que desempeñe estas funciones de forma permanente e independiente será tenida por tal, con independencia de si goza de algún cargo formal dentro de los negocios que gestiona.

Para sancionar al sujeto se requerirá que este ejecute alguno de los actos u omisiones regulados en los artículos 463 a 463 ter del *Código Penal*, pudiendo ser una forma de ejecutar la conducta la autorización a que otro la lleve a cabo. Resulta necesario que la conducta se ejecute de forma dolosa, ya sea con dolo directo o dolo eventual.

³⁸ ALVARADO (2024) p. 22.

Esta figura penal –y los delitos concursales en general– deben ser entendidos como delitos económicos, de conformidad al artículo 2 de la Ley n.º 21595, de Delitos Económicos. Esta calificación tiene efectos sustantivos, pero también procesales. En cuanto a los primeros, implicará la no aplicación de las normas de determinación de las penas de los artículos 65 a 69 del *Código Penal*, así como las circunstancias modificatorias del mismo cuerpo normativo; en cuanto a los segundos, implicará que el juez deberá someterse a las normas de la Ley de Delitos Económicos, debiendo ser informada la categoría de delito económico en la correspondiente audiencia de formalización de la investigación.

Por último, debe tenerse presente que el *Código Penal* contiene normas procesales aplicables a los delitos concursales, en específico, el artículo 465, donde alude a normas orgánicas y funciones del proceso penal, el que solo podrá iniciarse por denuncia de ciertas personas, siendo, entonces, un delito de acción penal pública previa instancia particular.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE, Enrique (2013): *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* (Santiago, Ediciones UC).
- ALVARADO, Agustina (2024): “La noción de delito económico como mera categoría clasificatoria: análisis crítico desde un punto de vista sustantivo y procesal”, *Pro Jure Revista de Derecho* vol. 63.
- ASTARLOA, Esteban (2011): “¿Por fin un concepto unívoco de ‘administrador de hecho’ en el derecho penal y derecho societario?”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* vol. 1.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo (2004): *Bien jurídico y sistema del delito* (Buenos Aires, B de F).
- FUENTEALBA, Valeska (2021): “Algunas notas sobre la responsabilidad penal del director o administrador de los negocios del deudor en los delitos concursales”, en Cárdenas, Claudia; Guzmán, José Luis; Vargas, Tatiana (coords.), *XVI Jornadas chilenas de derecho penal y ciencias penales. En homenaje a sus fundadores* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- GARCÍA CAVERO, Percy (2006): “Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular”, *InDret* n.º 3.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2011): “Art. 1º Código Penal”, en Couso, Jaime; Hernández, Héctor (dir.), *Código Penal comentado* (Santiago, Legal Publishing).
- JEQUIER, Eduardo (2015): “Responsabilidad por insolvencia en los grupos empresariales. Una aproximación a la teoría del administrador de hecho en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 42 n.º 2.
- MAYER, Laura (2017): “El bien jurídico protegido en los delitos concursales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 2.

- MONGE, Antonia (2016): *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015. Análisis de los artículos 259 y 259 bis CP* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- NAVAS, Iván (2024): "Delitos concursales (art. 463-465)", en Navas, Iván (dir.), *Derecho penal económico. Parte especial "Actualizado a la Ley 21.595 de delitos económicos"* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- PUGA, Juan Esteban (2017): *Derecho concursal. Los delitos concursales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición actualizada).
- RAMÍREZ, Juan Pablo (2016): *Delitos en la bancarrota. Aspectos penales de la Ley 20.720, sobre reorganización y liquidación de empresas y personas*. Memoria de pregrado (Santiago, Universidad de Chile).
- SANDOVAL, Ricardo (2015): *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la séptima edición).
- TORRES, Javiera (2018): *La cláusula de autoría mediata, inducción o cooperación del artículo 464 ter del Código Penal* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, trabajo inédito).
- VAN WEEZEL, Alex (2010): "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Política Criminal* vol. 5 n.º 9.

Normas

Código Penal.

Código Procesal Penal.

Código Orgánico de Tribunales.

Ley n.º 21595, sobre Delitos Económicos. 17 de agosto de 2023.