

WALKER MARTÍNEZ, Agustín: “El nuevo delito de acuerdos abusivos (Art. 134 bis LSA) en Chile. Nudos problemáticos y lineamientos interpretativos”.
Polít. Crim. Vol. 20 Nº 40 (Diciembre 2025), Art.13, pp. 320- 345
<https://politcrim.com/wp-content/uploads/2025/11/Vol20N40A13.pdf>

**El nuevo delito de acuerdos abusivos (Art. 134 bis LSA) en Chile.
Nudos problemáticos y lineamientos interpretativos¹**

**The new crime of abusive agreements (Art. 134 bis LSA) in Chile.
Problematic knots and interpretative guidelines**

Agustín Walker Martínez

Abogado, Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Pompeu Fabra y la Universidad de Barcelona.

agustin.walker@derecho.uchile.cl

<https://orcid.org/0000-0003-2468-6273>

Fecha de recepción: 21/08/2024

Fecha de aprobación: 15/05/2025

Resumen

El trabajo pretende dar lineamientos para delimitar los alcances del delito de acuerdos abusivos, recientemente incorporado por la ley 21.595 en el art. 134 bis de la ley 18.046, que buscó -al menos inicialmente- incorporar una figura análoga a la del art. 291 del Código Penal español. Dicho tipo penal contiene conceptos en apariencia abiertos, y requiere para su adecuada interpretación remitirse a normas y debates extrapenales. La intención de este trabajo es dar con una interpretación que permita dotar de contenido los distintos componentes del tipo, y con ello dar previsibilidad de su contenido, desde 3 perspectivas interpretativas. Primero, desde una interpretación histórica o teleológica de la norma; segundo, desde la importación razonada de los criterios dogmáticos y jurisprudenciales que se han dado respecto a la operatividad del delito de acuerdos abusivos en España; y tercero, desde una interpretación sistemática, en función de la inclusión de dicho delito en la regulación mercantil y societaria chilena. La aplicación de dichos criterios interpretativos lleva a la restricción de, al menos, 6 ámbitos del tipo penal, que se detallan en el trabajo.

Palabras clave: acuerdo abusivo, interés social, interpretación restrictiva.

Abstract

This paper aims to provide guidelines for defining the scope of the crime of abusive agreements, recently incorporated by Law 21.595 in Article 134 bis of Law 18.046, which sought—at least initially—to incorporate a concept analogous to that of Article 291 of the Spanish Penal Code. This criminal offense contains concepts that are apparently open-ended and requires reference to extra-criminal norms and debates for its proper interpretation. The intention of this paper is to find an interpretation that gives substance to the different components of the offense and thus makes its content predictable, from three interpretative

¹ El trabajo es una adaptación de la tesis para optar al grado de Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Pompeu Fabra y la Universidad de Barcelona. Agradezco especialmente la orientación de mi profesora guía, Nuria Pastor Muñoz, y los comentarios posteriores de los profesores Ivó Coca, Myrna Villegas, Miguel Schürmann, Javier Contesse y Juan Pablo Mañalich.

perspectives. First, from a historical or teleological interpretation of the rule; second, from the reasoned importation of the dogmatic and jurisprudential criteria that have been given regarding the operability of the crime of abusive agreements in Spain; and third, from a systematic interpretation, based on the inclusion of this crime in Chilean commercial and corporate regulations. The application of these interpretative criteria leads to the restriction of at least six areas of the criminal type, which are detailed in the paper.

Keywords: abusive agreement, social interest, restrictive interpretation.

Introducción

El 17 de agosto de 2023 entró en vigor en Chile la ley 21.595, que regula y sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medioambiente, y establece consecuencias penales específicas respecto de estos. La nueva ley, que fue presentada como la principal modificación realizada al Código Penal desde 1874,² buscó definir y sistematizar aquellos delitos que son considerados para el ordenamiento jurídico nacional como “*delitos económicos*”, estableciendo para ellos un sistema específico de determinación de la pena que rompe con la lógica imperante para los “*delitos comunes*”, en especial en cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal aplicables, y en relación con las penas sustitutivas a la privación de libertad procedentes. Esta ley buscó adaptar la legislación a las particularidades de este tipo de criminalidad,³ que justificarían -desde distintas perspectivas- un tratamiento normativo diferenciado.⁴ Con ello se pretendió paliar la percepción ciudadana de impunidad ante la criminalidad económica⁵ -dada cierta evidencia en ese sentido-,⁶ y la supuesta insuficiencia de las medidas administrativas para dar con una sanción “*efectiva, disuasiva y proporcional*”.⁷ En ese marco, la ley buscó efectuar una reforma general al sistema de consecuencias pecuniarias e inhabilidades aplicables a los delitos económicos, ampliar significativamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los mismos, y realizar otras modificaciones a la normativa penal y extrapenal para adecuar la legislación a esta nueva regulación.

En este último ámbito, se dispuso la tipificación de diversas conductas consideradas como *delitos económicos*, buscando *actualizar* la normativa a las nuevas variantes de criminalidad no contempladas en el código penal decimonónico, lo que supuso la incorporación de nuevas figuras delictivas (p. ej. en materia ambiental, en el Mercado de Valores, etc.). Dentro de esas nuevas conductas, el legislador optó por la tipificación del llamado delito de *acuerdos abusivos* del directorio de una sociedad anónima, mediante la incorporación de un nuevo art. 134 bis en

² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023).

³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), pp. 10 y ss.

⁴ BASCUÑÁN y WILENMANN (2023), pp. 24 y ss.

⁵ Así, p. ej., parlamentarios señalaban durante la tramitación que este proyecto buscaba “*terminar con la impunidad*”, “*terminar con los perdonazos obscenamente millonarios*”, y romper con la idea colectiva de que en Chile existirían “*dos justicias*”. Véase: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), pp. 10, 69, 71, 77, 103, 306, 309, 310. Ello tuvo ciertas expresiones más radicales. P. ej. El Diputado Araya manifestó hacia el final de la tramitación: “*Aquí no caben las excusas; que no les baje la preocupación por el debido proceso, que no les baje la preocupación por la técnica legislativa. Este es el momento de dar la cara ante nuestro país, y decirle quiénes están a favor de terminar con los abusos, y quienes están por mantener esas lagunas de impunidad*”. Biblioteca del Congreso Nacional, ob. cit., p. 944.

⁶ WINTER (2013).

⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 4. A pesar de enunciarse de esa manera, no se otorga un análisis pormenorizado ni con sustento empírico de lo mencionado, ni se distingue la situación de los muy distintos fenómenos delictivos involucrados en el proyecto.

la Ley 18.046, de sociedades anónimas (en adelante, LSA), cuya incorporación se hizo -al menos inicialmente- calcando la regulación del art. 291 del Código Penal Español (en adelante, CPE). El legislador chileno incluyó este nuevo delito como un “delito económico de primera categoría”, entendiendo por tales aquellos delitos que son “*económicos per se*”⁸ o “*absolutamente económicos*”, respecto al cual “*no es necesario atender a especificidades sobre el modo de perpetración para efectos de determinar la aplicabilidad de la ley de delitos económicos*”,⁹ lo que supone importantes consecuencias en términos de determinación de la pena, de consecuencias penales, y además, determina la posibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica por la comisión de este delito. El art. 134 bis LSA finalmente aprobado dispone:

“Los que prevaliéndose de su posición mayoritaria en el directorio de una sociedad anónima adoptaren un acuerdo abusivo, para beneficiarse o beneficiar económicamente a otro, en perjuicio de los demás socios y sin que el acuerdo reporte un beneficio a la sociedad, serán sancionados con la pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados.

La misma pena se impondrá a los que prevaliéndose de su condición de controlador de la sociedad indujeren el acuerdo abusivo del directorio, o con su acuerdo o decisión concurrieren a su ejecución”

Este trabajo busca enfocarse en esta polémica figura penal, intentando delimitar su contenido, valiéndose para ello de criterios teleológicos, sistemáticos y comparados, que permiten restringir significativamente los alcances del delito,¹⁰ volviéndolo uno prácticamente “simbólico”, cuyo campo de aplicación será seguramente muy limitado, si no derechosamente nulo. Lo anterior con el propósito de intentar interpretar adecuadamente sus distintos elementos, y al mismo tiempo de abrir un debate sobre los alcances de esta figura en Chile.¹¹

1. Nudos problemáticos, y propuestas de interpretación restrictiva

1.1. Interés social como eje interpretativo

1.1.1. El interés social como eje interpretativo en el debate comparado español¹²

En primer lugar, se ha sostenido -con razón- que en este delito el “interés social”, definido desde el derecho societario, se erige como eje interpretativo del precepto,¹³ pues se limita la

⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 86.

⁹ BASCUÑÁN y WILENMANN, (2023), p. 59.

¹⁰ De manera similar, en el derecho español, dando una interpretación restrictiva: GRAMÁTICA (2016), p. 188. Metodológicamente, la necesidad interpretativa así formulada sigue a SILVA (1992), pp. 132 y ss.

¹¹ Existe algún incipiente antecedente en las posturas delineadas por la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC) y por los académicos que orientaron la creación de la ley 21.595, en el marco de la inconstitucionalidad de la norma planteada por los primeros, en el marco de una presentación que buscó impugnar buena parte de la nueva ley. Ello puede verse en la tramitación de la causa seguida ante el Tribunal Constitucional en el rol 14.455-2023.

¹² Debe hacerse la prevención de que el art. 204 de la Ley de Sociedades de Capital española, expresamente define el interés social y lo vincula con la existencia de acuerdos abusivos. En ese sentido, la propia norma dispone que “*La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.*”.

¹³ PASTOR (2023), pp. 442 y ss.

protección de los socios¹⁴ minoritarios exclusivamente respecto de aquellos acuerdos que sean contrarios a dicho interés, con lo que -por regla general- los minoritarios deben soportar los acuerdos que no lo afecten, siendo atípicos todos aquellos acuerdos que sean conformes al interés social, pues se trata en esos casos de “riesgos de perjuicio que el socio minoritario tendrá que asumir”.¹⁵ La relevancia de aquello en el caso español, es que ha requerido que la interpretación del tipo penal aborde antes un debate dogmático mercantil, a saber, si el interés social jurídicamente relevante es aquel que se interpreta bajo la llamada *tesis institucionalista*¹⁶ o bajo la *tesis contractualista*.¹⁷

En resumen, la adopción de una tesis institucionalista como prisma interpretativo supone desligar el interés social de la voluntad social expresada por la mayoría, y más bien definirlo “con base a criterios de racionalidad económica externos a las sociedades”,¹⁸ así como a intereses de otros *stakeholders*. La interpretación del interés social conforme a la tesis contractualista, en cambio, supone que este se define como el “interés común o colectivo de los socios”¹⁹ o como el “interés típico del socio, el interés del socio medio, o el interés común de los accionistas”,²⁰ siendo por tanto el único interés relevante el interés económico de los *shareholders*. En un estado puro, la primera postura ve en la sociedad un patrimonio autónomo, mientras que la segunda define el interés como lo que la mayoría define, pudiendo dicho interés coincidir con toda decisión mayoritaria, incluyendo -por ejemplo- la destrucción misma del patrimonio. Ninguna regulación contempla un modelo puro de estas visiones.

La postura dominante en España adopta la llamada *tesis contractualista*, aunque, tras la modificación realizada en 2014 a la Ley de Sociedades de Capital, en que el legislador introdujo límites materiales a dicho concepto que restringen el espacio interpretativo del art. 291 CPE,²¹ la doctrina ha entendido que el concepto de interés social se define más bien “desde la racionalidad económica de la decisión para la sociedad”.²² Esto último es coincidente con lo planteado desde perspectivas “mixtas”, para las cuales el criterio delimitador de relevancia típica estaría dado tanto por aquellos acuerdos que se alejan del contrato social y su objeto, como por aquellos que contravienen criterios de racionalidad económica del mercado.²³ Así entendido, y en términos prácticos vinculados con el delito de acuerdos abusivos, estas consideraciones de la doctrina española llevarían a incluir dentro del delito de acuerdos abusivos,²⁴ (i) los acuerdos perjudiciales para la sociedad y para los socios minoritarios; (ii) los acuerdos no perjudiciales ni beneficiosos (es decir, neutros) para la sociedad, pero sin racionalidad económica desde la perspectiva de esta última, que perjudiquen a los socios minoritarios. En ambos casos, siempre que los intereses de los minoritarios sean “intrasocierarios”, pues no se protege todo interés extrasocietario que el minoritario pueda

¹⁴ En el trabajo se aludirá indistintamente a socios y accionistas, para aludir al sujeto activo y pasivo del art. 134 bis LSA, por ser *socios* el vocablo utilizado por el legislador, y *accionistas* el vocablo utilizado por la LSA. Ello sin perjuicio de la imprecisión conceptual del legislador al homologar ambos conceptos, lo que será relevado *infra*.

¹⁵ PASTOR (2020), p. 362.

¹⁶ Descriptivamente: GRAMÁTICA (2016), p. 127; En la doctrina italiana, se describe en: BIGLIAZZI (1967), pp. 302 y 303; GALGANO (1988), pp. 61 y 62; JAEGER (1964); RATHENAU (1917).

¹⁷ PASTOR (2008), p. 7; PASTOR (2013), pp. 100 a 103.

¹⁸ PASTOR (2013), p. 100.

¹⁹ GRAMÁTICA (2016), p. 128.

²⁰ GRAMÁTICA (2016), p. 128.

²¹ PASTOR (2023), p. 443.

²² PASTOR (2023), p. 444.

²³ GRAMÁTICA (2016), p. 132.

²⁴ PASTOR (2023), pp. 444.

tener. En cambio, quedarían fuera del tipo (i) los acuerdos beneficiosos (económicamente racionales) para la sociedad, perjudiquen o no a minoritarios; (ii) los acuerdos indiferentes para la sociedad, pero justificados conforme a una racionalidad económica, perjudiquen o no a los socios minoritarios.

En esos términos, la relevancia -para el tipo penal chileno- de una adecuada delimitación del concepto de interés social es que de entrada supone una limitación del delito, pues no se afecta el derecho de la mayoría de imponer acuerdos que sean conformes a dicho interés, es decir, que sean económicamente racionales en relación a la maximización de utilidades y la sostenibilidad de la sociedad, perjudiquen o no a los socios minoritarios en sus intereses intrasocietarios.²⁵ Adicionalmente, la incorporación del nuevo tipo penal supone incorporar insumos relevantes a la discusión sobre el concepto de interés social, pues a través de este delito el legislador reconoce que la mayoría social no puede en cualquier minuto y de cualquier manera redefinir el interés social, sino que necesariamente debe incorporar elementos de “racionalidad económica” externa. Esto bien puede llevar a considerar que se abandona, por tanto, una visión contractualista, y se abraza una institucionalista, o -como se sostiene en este trabajo- que prima una visión “mixta”. Esto quiere decir que, si bien la mayoría puede por regla general definirse desde el interés social *ad intra*, lo cierto es que esta figura introduce al menos un correctivo o límite a dicha definición, al incorporar un criterio de racionalidad económica externa.

1.1.2. El interés social en Chile y su relevancia desde una interpretación sistemática del tipo penal

Junto con esa experiencia comparada,²⁶ la propia discusión del precepto en Chile²⁷ nos muestra que la configuración del delito del art. 134 bis LSA está en buena medida supeditada a la delimitación conceptual del *interés social*, pues el carácter *abusivo* del acuerdo, y sobre todo el análisis del *beneficio* que dicho acuerdo reporta a la sociedad, debe determinarse atendiendo a ese concepto, que se estructura como concepto central de la sistemática mercantil y de la regulación de sociedades anónimas. Lo anterior exige remitirnos al derecho societario y mercantil, como complemento interpretativo del tipo, por lo que en lo sucesivo analizaremos brevemente qué debe entenderse por interés social para estos efectos, en la realidad chilena.

El debate entre las ya mencionadas tesis institucionalistas y contractualistas²⁸ también ha estado muy presente en la discusión jurídica societaria chilena.²⁹ A pesar de no existir definición normativa en la legislación nacional,³⁰ existe un cierto consenso de que el ordenamiento jurídico societario chileno abraza una concepción *contractualista* del interés

²⁵ PASTOR (2023), p. 444.

²⁶ PASTOR (2023) pp. 442 y ss. Cabe precisar que el debate de interés social en España, como describe la misma autora, ha sido particularmente relevante respecto a las decisiones del órgano de gobierno (paradigmáticamente, las juntas de accionistas), y no respecto de los acuerdos de directorios. Esto pues en puridad, quien define el interés social es dicho órgano de gobierno. De todas formas, como se describe en lo sucesivo, la ejecución de las labores del directorio (y en particular, si está compuesto de directores-accionistas, como parece pretender el 134 bis LSA) sí puede interpretarse a la luz del concepto de interés social, y éste último concepto adquiere relevancia para analizar el carácter abusivo o beneficioso del acuerdo adoptado por el directorio.

²⁷ Al respecto, véase: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), pp. 179 y 460.

²⁸ Adicionalmente, se ha conceptualizado como una tercera teoría, una “*tesis de la viabilidad*”, siguiendo lo expresado en el art. 172 de la UK Companies Act de 2006, para la que el interés social estaría vinculado con la visión de largo plazo, entendida como la viabilidad y sostenibilidad de la sociedad en el tiempo. Véase: VÁSQUEZ (2023), pp. 220 y 221.

²⁹ Véase: ALCALDE (2006), pp. 119 y ss.

³⁰ VÁSQUEZ (2023), p. 215.

social,³¹ con lo que dicho interés “*necesariamente dice relación con los intereses de quienes son partes en el contrato, es decir, los propios accionistas, y con exclusión de otros sujetos que puedan interactuar con la sociedad*”.³² Este interés de los socios, sin embargo, no debe entenderse como la confluencia de intereses disímiles y extrassocietarios, que llevarían a una ampliación desmesurada del concepto (volviéndolo inútil), sino que la doctrina mercantil chilena asocia el interés social con el “*interés que les es común*” a todos los socios, “*que conduce, a todos ellos, con independencia de sus otras motivaciones personales o individuales, a constituir la sociedad o bien ingresar a ella*”.³³ En concreto, lo anterior se identifica con el interés u objetivo de desarrollar conjuntamente una actividad con miras a repartir entre sí los beneficios pecuniarios que de ello provengan, con lo que desde una “*significación objetiva*”, el interés social vendría dado por la “*consecución de lucro o utilidad de la misma sociedad*”.³⁴ De esta manera, esta visión ha sido categorizada como una lectura *contractualista* de la legislación mercantil chilena, a pesar de que -en puridad- es una tesis más bien híbrida o mixta, pues no se parte de la base de que la mayoría puede en cualquier momento definir o redefinir lo que es favorable para la sociedad.

Si esto es así, la consecuencia es que el interés social así entendido

“*viene a condicionar aquello que se debe ejecutar, o abstenerse a ejecutar, a fin de satisfacer la función típica de esta figura contractual, y corresponde a aquello que hallándose comprendido dentro del objeto social, sea adecuado o apto para que los accionistas aumenten las utilidades provenientes del giro y disminuyan su riesgo de pérdidas, respondiendo así a una finalidad que es compartida por los mismos*”.³⁵

Así, el interés social vendría dado sobre todo por los intereses de los *shareholders*, y por ciertos estándares objetivos de racionalidad económica analizados “desde afuera”, no desde la perspectiva de los intereses económicos de los accionistas, sino también de la subsistencia y sostenibilidad de la sociedad en sí misma.

En esos términos, el interés social supondría la incorporación de un prisma interpretativo que -en línea con lo señalado respecto de la experiencia española- exigiría analizar los acuerdos sociales desde su racionalidad económica, tanto a modo de maximización de utilidades, como de subsistencia en el tiempo de la sociedad. Si eso es así, la inclusión del delito del art. 134 bis vendría a dar un argumento adicional, en línea con lo señalado *supra*, en torno a que el ordenamiento jurídico no adopta una visión puramente contractualista, pues con este delito queda muy claro que la mayoría no puede redefinir dicho interés de cualquier manera. El límite, por tanto, está dado sobre todo por la racionalidad económica desde una perspectiva externa, lo que supone la adopción de una tesis al menos híbrida (como se sostiene acá), o derechamente institucionalista. Esa racionalidad debe siempre analizarse desde una perspectiva económica global, no desde sus efectos (contables) inmediatos, sino desde la conveniencia y razonabilidad

³¹ ALCALDE (2006), pp. 119 y 120. En el mismo sentido: GUERRERO y ZEGERS (2014), p. 70. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia chilena, véase: Corte Suprema, rol 125.574-2020, de 24 de marzo de 2021, al definir el interés social como “*el interés común de los actuales accionistas de una sociedad en sentido objetivo y abstracto*”. En el mismo sentido: Corte Suprema, rol 3.389-2015, de 3 de diciembre de 2015. Análogas consideraciones: Corte Suprema, rol 29.503-2019, de 31 de julio de 2020; Corte Suprema, rol 29.982-2019, de 31 de julio de 2020; Corte Suprema, rol 33.342-2019, de 2 de octubre de 2020, entre otras. Véase además: VÁSQUEZ (2023), pp. 228 y 229.

³² ALCALDE (2006), pp. 119 y 120.

³³ ALCALDE (2006), p. 120.

³⁴ ALCALDE (2006), p. 120.

³⁵ ALCALDE (2006), p. 120. En el mismo sentido, PUGA (2020), pp. 575 y ss.

de dicha decisión en función del objetivo común de los socios consistentes en maximizar sus utilidades y reducir sus pérdidas,³⁶ y/o volver sostenible y funcional la sociedad, todo ello en el marco de las actividades específicas propias del objeto social de la compañía. Así, por ejemplo, no será típico un acuerdo mediante el cual la mayoría vende a precio de mercado determinados activos sociales de relevancia productiva, a pesar de que ello genere una disminución inmediata de los activos de la sociedad y una afectación en la capacidad productiva, si es que dicha venta obedece a una racionalidad de hacer frente a deudas urgentes, pues dicha enajenación tiene por objeto lograr la subsistencia económica de la empresa.

Esta visión del interés social es coincidente con la definición del contrato de sociedad que realiza el mismo Código Civil (CC) chileno en su artículo 2053, y permite entender el contrato de sociedad -en general-, y la S.A., en particular, como instituciones orientadas a un fin. Así, el concepto de interés social actúa como

“parámetro permanente para velar porque el comportamiento de las partes se ajuste a esa función típica (...). La noción de interés social permite así, por un lado, “objetivizar” la causa del contrato y, por otro, identificar cuál es el interés jurídicamente protegido en este contrato, de modo tal que sea exigible un respeto por la función típica del contrato, al tiempo que se puedan corregir las desviaciones en caso de abusos”,³⁷ con lo que dicha institución pasa a ser “un límite para las finalidades personales de los accionistas, sirviendo para juzgar sus actuaciones “en concreto” y no ya teóricas”.³⁸

Dichos criterios, expresados 17 años antes de la entrada en vigor del nuevo art. 134 bis LSA, parecen sumamente atingentes a lo que acá se analiza, siendo ese el prisma interpretativo para determinar el carácter penalmente relevante del acuerdo específico.

Una lectura atenta de la normativa aplicable a las sociedades, en general, y a las sociedades anónimas, en particular, permite corroborar esa afirmación.³⁹ En efecto, es esa la conceptualización del interés social al que parecen aludir normas como la prevista en el art. 2091 CC (al referirse a las gestiones de los socios en *interés común* de la sociedad), aquellas que regulan los *deberes fiduciarios* de los directores y gerentes (en particular, lo previsto en los arts. 41 y 50 LSA, al construir su deber de cuidado; y la regulación del deber de lealtad del art. 42 N° 1, 3, 5, 6, y 7 LSA); lo que se reitera en los arts. 43, 54, 56 y 58 LSA, y en los arts. 27, 78, 79 y 135 del Reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas.⁴⁰

La relevancia de esto para el delito acá analizado, es que como señala el propio Alcalde, “el mismo concepto de interés social representa una garantía para él (director), en el sentido que, para ejercer debidamente el cargo, goza de la autonomía e independencia necesarias para adoptar todas aquellas acciones que, a su juicio, respondan a su obligación de procurar este objetivo participado por todos los socios”.⁴¹ En sede penal esto debe realizarse mediante un examen de idoneidad *ex ante* de la conducta, no desde la visión subjetiva-interna del director, sino desde una perspectiva objetivo-subjetiva o intersubjetiva. Así entendido, el interés social

³⁶ Esto también se ha reformulado entendiendo el interés social como mandato de actuación y abstención de directores, entendido como el deber de “incrementar el valor de las inversiones de los accionistas”. Así: PUGA (2020), p. 581.

³⁷ ALCALDE (2006), p. 124.

³⁸ ALCALDE (2006), p. 124.

³⁹ ALCALDE (2006), p. 125.

⁴⁰ VÁSQUEZ (2023), p. 225.

⁴¹ ALCALDE (2006), p. 126.

no determina -por regla general- la imposición en abstracto de un sentido determinado de voto para los/as directores/as,⁴² sino que abre en concreto un campo de alternativas dentro de las cuales los/as directores/as pueden legítimamente actuar, sin que ello suponga privilegiar el interés personal de un accionista por sobre los intereses sociales.⁴³ Esto implica asumir que “*la concepción contemporánea de interés social no supone que exista algo así como una mejor decisión o una decisión óptima en términos absolutos*”,⁴⁴ pues si el interés social equivale con un criterio de plusvalía de los accionistas y de sostenibilidad externa de la compañía bajo criterios de racionalidad económica *ex ante*, las decisiones que pueden conducir a ella son múltiples.⁴⁵ Es en esa lógica en la que se inserta el tipo penal, y es en esa clave en que debe interpretarse la conducta de los sujetos activos.

Lo antes mencionado es particularmente relevante en sociedades *concentradas*, en que se verifica un “*problema de agencia horizontal*”,⁴⁶ entre accionistas mayoritarios y minoritarios, pues dicha estructura concentrada permite a los mayoritarios dominar las decisiones, *obligando* a los minoritarios a seguir lo decidido. En estos casos el interés social entendido de la manera en que se ha venido describiendo, permite distinguir aquellos supuestos de ejercicio legítimo de dicha posición mayoritaria en pro de intereses intrasocietarios, de aquellos acuerdos que se adoptan para satisfacer intereses extrasocietarios de los directores y/o controladores, en perjuicio de los minoritarios y en desmedro del interés social. Este último caso puede entenderse como un acuerdo abusivo, en principio.

Ese criterio es coincidente con lo que dispone -como lógica sistemática- el art. 147 LSA respecto a las operaciones con partes relacionadas, pues el legislador mercantil solo permite dicha operación “*cuando tengan por objeto contribuir al interés social*”. De esta manera, es posible dar con una racionalidad global que permite delimitar interpretativamente el delito a aquellos supuestos en que el acuerdo abusivo adoptado pueda interpretarse, *ex ante*, como contrario al interés social entendido como la racionalidad económica de la operación en función de la maximización de utilidades y disminución de pérdidas de los accionistas, y de la sostenibilidad de la sociedad. Dicha racionalidad debe adoptarse sin caer en lógicas de mera comparación aritmética de la situación contable pre y post acuerdo, sino bajo lecturas más complejas y globales, que permitan apreciar los objetivos y la racionalidad de una determinada decisión.

La visión mixta antes descrita del concepto de interés social ha sido profundizada en tiempos recientes por corrientes doctrinales que proponen integrar en el concepto de interés social las nociones propias del “*buen gobierno corporativo*”,⁴⁷ que ha ido progresivamente integrándose a la normativa mercantil y societaria mediante regulaciones internacionales a modo de *soft law*. También mediante sucesivas modificaciones internas como la ley 20.382 (2009), la ley 21.314 (2021), junto con otras normas generales emanadas de la CMF. En concreto, este planteamiento supone incorporar en la noción de interés social, junto con la obtención de ganancias o el incremento del valor de las acciones sociales, la necesidad de “*crear valor sostenido en la*

⁴² Lo mencionado no obsta la existencia de situaciones en que entre un abanico de posibilidades, sólo una de ellas respeta el interés social. El punto está en que se debe adoptar una perspectiva concreta, que analice la decisión en sus dimensiones y particularidades.

⁴³ ALCALDE (2006), p. 127. En el mismo sentido, LYON (1993), p. 210.

⁴⁴ LAGOS (2019), p. 15.

⁴⁵ LAGOS (2019), p. 15.

⁴⁶ ARMOUR, HANSMANN y KRAAKMAN (2009), p. 2.

⁴⁷ VÁSQUEZ (2023), pp. 230 y ss.

sociedad”, de manera que la empresa se vuelva “*sostenible a largo plazo*”.⁴⁸ En esos términos, sería igualmente infractora del interés social una actuación de la administración social que logra utilidades en un período específico, pero que crea una situación que vuelve insostenible a la sociedad en el mediano o largo plazo.⁴⁹ Ello, sea que se formule como una tesis derechamente “institucionalista”, o “mixta”, en realidad secunda lo antes planteado, en términos de la relevancia del criterio de “racionalidad económica”, que se ha venido esbozando, pues es claro que una decisión que (de manera *ex ante* previsible) genere utilidades inmediatas o al mediano plazo, pero vuelva insostenible la sociedad en el futuro, no cuenta con dicha racionalidad global, ni es protectora del interés social, sino que termina condenando dicho interés a una muerte definitiva e inexorable.

1.2. El carácter abusivo del acuerdo y su delimitación en base a consideraciones de imputación objetiva

En primer lugar, es importante constatar que el tipo penal se estructura sobre la existencia de un “acuerdo”. Esta conducta es también utilizada por otros delitos previstos en nuestra legislación, cuyo ejemplo paradigmático es el delito de colusión del art. 62 del dL 211.⁵⁰ En este caso, se requiere por tanto que el contenido del acuerdo abusivo haya sido adoptado formalmente dentro del directorio y que a través de él se haya dado nacimiento a la situación que se traduce en una instrumentalización de la sociedad para el propio beneficio de los mayoritarios y en perjuicio de los minoritarios. Sin entrar en el concepto de dicho “acuerdo”, cuyos deslindes y formas se determinan por la propia ley 18.046, parece relevante constatar que, dada la técnica legislativa empleada, debe tratarse de acuerdos en que el Directorio tenga un margen de decisión en el marco del cual pueda adoptar distintas alternativas, entre las cuales se encuentra el acuerdo que se tilda de abusivo. Esto es relevante por algunos supuestos en que la propia legislación societaria ordena al directorio adoptar ciertos acuerdos “declarativos”, de efectos que operan por el solo ministerio de la ley. Así, por ejemplo, ante un aumento de capital, los artículos 11 y 24 de la ley 18.046 regulan el plazo para la suscripción y pago de dichos aumentos, así como las consecuencias que se siguen de su omisión. La propia norma da un plazo de 3 años para que eso ocurra. Lo relevante para efectos del ejemplo, es que la propia ley dispone que en caso de que dicho capital aumentado no se suscriba y pague efectivamente en ese plazo, el capital se reduce de pleno derecho al total suscrito y pagado. Ante eso, el artículo 56 del Reglamento de Sociedades Anónimas ordena al directorio declarar esa disminución que operó de pleno derecho. Dado que el directorio se limita a declarar -sin mayor libertad decisoria- una realidad que operó por el solo efecto de la ley, no puede entenderse ese comportamiento como un “acuerdo” penalmente relevante. Lo anterior, pues no opera el directorio con un ámbito de libertad que dote de sentido su sanción penal, pero además porque se está limitando a reconocer un efecto que la propia regulación societaria impone.

Por otro lado, en la labor interpretativa del vocablo *abusivo*, la dogmática española también ofrece interesantes lineamientos. Como señala Gramática, la relevancia penal en estos casos

⁴⁸ VÁSQUEZ (2023), p. 233.

⁴⁹ Un ejemplo de ello puede verse en la decisión de la mayoría del directorio de enajenar activos productivos estratégicos de la compañía, generando utilidades en un corto plazo, pero volviendo imposible la mantención en el tiempo de las actividades productivas. Otro ejemplo, más polémico pero muy claro conceptualmente, puede verse en los casos de administradores mayoritarios que cometan ilícitos, generando un beneficio económico, pero creando con ello una posibilidad de sanción sobre el patrimonio social, y de los minoritarios. Véase: PASTOR Y COCA (2015).

⁵⁰ Al respecto, véase: ARTAZA Y OTROS (2018), pp. 555 y ss.

estaría dada por un “*plus de abuso del derecho*”,⁵¹ entendido como una desviación clara de las reglas del tráfico societario, lo que debe interpretarse desde los deberes fiduciarios de los directores. En esos términos, es un acuerdo abusivo penalmente relevante aquel que es “*evidentemente irracional (...) que sólo puede verse como un acto de instrumentalización del socio minoritario para la obtención de un lucro del mayoritario*”,⁵² lo que nuevamente se vincula con criterios casuísticos relacionados con el concepto de interés social. Un ejemplo de ello puede apreciarse en la Sentencia del Tribunal Supremo español N° 172/2010, en que se acreditó que la mayoría adoptó un acuerdo social consistente en la autorización de constitución de una hipoteca sobre un bien inmueble de la sociedad, con el propósito de garantizar una obligación personal de una de las socias mayoritarias.⁵³ Es decir, bajo una lógica fiduciaria, se ve con claridad el quebrantamiento de deberes de lealtad para con la sociedad, en directo beneficio del interés personal de los mayoritarios, sin otra explicación plausible.

Adicionalmente, la delimitación del concepto de acuerdo abusivo también se vincula con la necesidad de constatación de un riesgo jurídicamente desaprobado, el que por tanto también se ve fuertemente limitado en supuestos de riesgo permitido, lo que excluye la tipicidad objetiva de “*comportamientos donde se pueda demostrar que, a pesar de haberse adoptado un acuerdo social que genera un riesgo jurídicamente relevante y concreto en contra del patrimonio del socio minoritario, estarían permitidas atendiendo a las circunstancias del caso*”.⁵⁴ Esto será particularmente relevante en los negocios de riesgo, alzándose como una hipótesis plausible de defensa que descarte la tipicidad objetiva de la conducta. Del mismo modo, esa imputación decae en casos en que se producen consecuencias negativas pero que no son adjudicables al acuerdo desde el punto de vista *ex ante*,⁵⁵ sino que obedecen a la concurrencia de otros factores externos a dicho acuerdo (p. ej. crisis económica no previsible, intervención de terceros o acto de autoridad) o a la concurrencia de factores que no sean normativamente de competencia del administrador o controlador.⁵⁶ En esos casos, aunque haya perjuicio de los minoritarios, y beneficio de los mayoritarios, ello no podrá imputarse objetivamente a un acuerdo de carácter *abusivo*. Así, por ejemplo, la decisión de la mayoría de realizar una fuerte inversión expansiva, que luego fracasa por una crisis sanitaria, económica o social cuya previsión no era exigible o por una variación significativa de la decisión de consumidores, no puede entenderse como un acuerdo abusivo penalmente relevante, sino como la ocurrencia de un riesgo propio de los negocios.

En esos términos, el carácter abusivo del acuerdo penalmente relevante debe determinarse en función del contenido concreto de la decisión adoptada, exigiendo un prevalimiento de una posición mayoritaria en la toma de decisión que tuerza los intereses involucrados, apartándose -como se dijo- claramente de las reglas del tráfico societario. Esto debe interpretarse, desde los deberes fiduciarios de los directores, y por tanto del contraste entre los intereses intra y extra societarios vinculados a la específica operación. Para considerarse abusivo, se exige un acuerdo que sólo pueda interpretarse como un ejercicio de instrumentalización de los minoritarios en pos del lucro de los mayoritarios, sin que exista una explicación alternativa razonablemente fundada en la protección del interés social. En ese marco conceptual, son abusivos los acuerdos

⁵¹ GRAMÁTICA (2016), p. 198.

⁵² GRAMÁTICA (2016), p. 198.

⁵³ GRAMÁTICA (2016), p. 204.

⁵⁴ GRAMÁTICA (2016), p. 200.

⁵⁵ CORCOY y GALLEGO (2016), p. 277. Señalan que el carácter abusivo del acuerdo “*debe entenderse en referencia a su idoneidad para causar perjuicios a los socios minoritarios, sin que se requiera idoneidad del acuerdo para perjudicar a la sociedad*”.

⁵⁶ GRAMÁTICA (2016), p. 201.

que buscan privilegiar la satisfacción de intereses extrasocietarios de los mayoritarios, por sobre los intereses societarios de los que es garante, por sobre los intereses de los minoritarios, y en perjuicio de éstos. Es decir, cuando se incumplen esos deberes fiduciarios de los directores/as en los términos descritos. Todo ello, como se ha dicho, debe analizarse desde una perspectiva *ex ante*, y desde un punto de vista intersubjetivo.

Así, por ejemplo, desde la doctrina española se señala que pueden considerarse *prima facie* abusivo,⁵⁷ un aumento injustificado de capital, no explicable bajo ninguna necesidad o justificación empresarial razonable, que se realiza con el exclusivo propósito de diluir a las minorías sociales.⁵⁸ Lo mismo puede decirse de las decisiones que suponen un desvío de fondos a través de contratos u otros mecanismos jurídicos que benefician intereses extrasocietarios de los mayoritarios, sin que dicha decisión sea explicable bajo necesidades sociales racionales, como ocurre, por ejemplo, con la constitución de garantías sobre bienes sociales, para asegurar obligaciones de empresas asociadas a uno de los mayoritarios, tal como se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.⁵⁹ Por el contrario, aquellos acuerdos que no puedan interpretarse como abusos de derecho absolutamente injustificados desde la perspectiva de la sociedad, ni como la sola rentabilización del mayoritario en desmedro de ésta y de los minoritarios, no serán abusivos para el tipo penal. Ello sin perjuicio de la concurrencia de otros delitos.

Como de manera muy esquemática señala Pastor Muñoz en España, lo más razonable en este punto es interpretar el carácter abusivo del acuerdo en función de los aspectos del deber de lealtad de los mayoritarios, con lo que el problema puede también analizarse desde el punto de vista de la colisión de intereses:

*“la mayoría puede legítimamente favorecer sus intereses intrasocietarios (sus intereses en cuanto mayoría), sobre los intereses de la minoría, pero, en cambio, no puede perjudicar a esta última en favor de sus intereses (los de la mayoría) extrasocietarios. Por ello, por una parte, serían abusivos los acuerdos de la mayoría que no le benefician en cuanto mayoría de esa sociedad, sino en cuanto titular de intereses ajenos a esta última -por ejemplo, beneficios para otras sociedades en la que la mayoría tiene acciones, etc.-. En cambio, por otra parte, no serían abusivos los acuerdos de la mayoría que le benefician en cuanto titular de intereses intrasocietarios o (...) en cuanto titular de intereses extrasocietarios si también beneficia sus intereses intrasocietarios”.*⁶⁰

Lo anterior es sumamente relevante, porque la mayoría (especialmente bajo la interpretación del concepto de interés social ya explicada) puede en general legítimamente definir qué es lo beneficioso para la sociedad, siempre que en ello no haga un uso abusivo (o desleal, como señala Pastor Muñoz) de su poder de decisión, torciendo dicha decisión de manera ajena a las reglas del tráfico societario, en pos de sus propios intereses extrasocietarios, ajenos al interés

⁵⁷ GRAMÁTICA (2016), pp. 201 y 202.

⁵⁸ En rigor, en Chile, esto sería complejo de imputar, pues los aumentos de capitales son atribuciones de las juntas de accionistas, al tenor del artículo 24 de la ley 18.046. De todas formas, podría pensarse que se estime como abusivo alguno de los acuerdos del directorio encaminados a, por ejemplo, cobrar los montos adeudados relacionados a dicho aumento, o la propuesta a la junta de castigar el saldo insoluto y reducir el capital al monto efectivamente recuperado. Esto, como se explicó *supra*, sería un error, pues el ámbito competencias relevantes radica en la junta de accionistas, cuyos acuerdos no son penalmente relevantes por expresa decisión del legislador, como se verá *infra*.

⁵⁹ Tribunal Supremo Español, sentencia número 172/2010 de 4 de marzo de 2010.

⁶⁰ PASTOR (2008), pp. 8 y 9.

social. Al ser abusivos, la mayoría que adopta dichos acuerdos deja de definir el interés social, pues al actuar de esa manera “*han perdido su autoridad*” para definirlo.⁶¹

1.3. El perjuicio para los demás socios

La experiencia española también es ilustrativa en torno al concepto de perjuicio penalmente relevante, como elemento del tipo objetivo.⁶² Dogmáticamente se ha entendido (de manera adecuada) que solo caben dentro del tipo penal aquellos acuerdos que sean en sí mismos (y sin necesidad de ejecución posterior) idóneos para perjudicar, lo que permite excluir (es decir, considerar atípicos)⁶³ aquellos acuerdos que no son en sí mismos idóneos para perjudicar a los accionistas, sino que requieren de una ejecución para configurar el perjuicio.⁶⁴ Esto debe tenerse en cuenta en relación con el art. 134 bis inciso primero LSA, aunque considerando además la particularidad de que el inciso segundo de la norma chilena sanciona específicamente a los controladores que con su decisión “*concurrieren a la ejecución*” del acuerdo. En ese caso, el castigo de dicha ejecución debe entenderse sólo vinculado -como se verá- con aquellos acuerdos que, al ser adoptados,⁶⁵ sean *ex ante* idóneos para perjudicar el patrimonio de los accionistas minoritarios, con lo que el castigo se amplía a los controladores que, respecto de ese mismo acuerdo lo inducen o, en una fase temporalmente posterior, concurren a su ejecución, al entender que es ese el ámbito de atribución de responsabilidad relevante para esos sujetos.

El perjuicio para los demás socios así entendido, supone la necesidad de determinar en qué casos, o en base a qué criterios un acuerdo es *ex ante* idóneo para perjudicar. En ello el criterio limitador ofrecido por la doctrina española es de interés, pues dispone que dicho análisis no puede realizarse desde un *enfoque tradicional*, “*basado en la focalización de la disminución patrimonial inmediata y efectiva a la adopción del acuerdo social*”,⁶⁶ sino que se debe analizar el perjuicio según un “análisis global” de la situación patrimonial tras la celebración del acuerdo, considerando⁶⁷ los pronósticos de ganancia y pérdida, el valor estratégico de la decisión y las expectativas de ganancia futura vinculada a la misma. Esto se vincula -por tanto- con la racionalidad económica que fue reseñada *supra* como criterio rector vinculado con el interés social como eje interpretativo del tipo. En términos prácticos, esto implica dos cosas: primero, que un acuerdo que sea idóneo para generar pérdidas inmediatas para la minoría puede no ser considerado perjudicial si se vincula, también *ex ante*, con expectativas de ganancia que doten dicha decisión de sentido económico;⁶⁸ y segundo, que desde un punto de vista probatorio-procesal, se vuelve determinante la prueba pericial, que permita valorar los efectos de la decisión sobre el patrimonio,⁶⁹ desde dicha perspectiva global.

⁶¹ PASTOR (2008), p. 9.

⁶² GRAMÁTICA (2016), pp. 91 a 95.

⁶³ O, si se trata de un acuerdo que para desarrollar efectos perjudiciales deberá ser ejecutado, generando perjuicios para la sociedad, entonces el acuerdo podría considerarse un acto preparatorio (no punible) del delito de administración desleal. Así: PASTOR (2023), p. 450.

⁶⁴ PASTOR (2023), pp. 445 y 446. Sigue esta línea, GRAMÁTICA (2016), p. 194 y ss. Como bien advierte Pastor, esto genera en todo caso una laguna de punibilidad, pero parece la única interpretación compatible con una interpretación restrictiva de la conducta de “adoptar” un “acuerdo abusivo” y con la necesidad de peligro de perjuicio.

⁶⁵ GRAMÁTICA (2016), p. 210.

⁶⁶ GRAMÁTICA (2016), p. 196. En el mismo sentido: PASTOR (2020), p. 365.

⁶⁷ PASTOR (2013), pp. 100 a 106. Adopta los mismos criterios, GRAMÁTICA, (2016), p. 196.

⁶⁸ PASTOR (2020), p. 365. Se reformula por la autora, en el mismo sentido, en PASTOR (2023), p. 447.

⁶⁹ GRAMÁTICA (2016), p. 196; PASTOR (2013), pp. 102 y 103.

Por último, en este punto, resulta de algún interés el debate sostenido en España en torno a la necesidad de un perjuicio efectivo para la consumación del delito, existiendo una mayoría doctrinal y jurisprudencial que estima este delito como uno de lesión, lo que se ha construido en parte en base a argumentos de intervención mínima.⁷⁰ De todas formas, el principal argumento de texto de dicha postura se basa en una consideración normativa ajena a la regulación chilena, pues el delito del art. 291 CPE prevé una pena de multa alternativa a la privativa de libertad, que se determina con base al beneficio obtenido, lo que ha llevado a ese sector mayoritario⁷¹ a entender que se requiere -de manera correlativa a dicho beneficio- de un perjuicio efectivo que permita dar viabilidad a esa pena alternativa. Lo anterior, sin embargo, ha generado resistencia en otro sector de la doctrina y jurisprudencia.⁷² En Chile, hay razones para sostener que basta un peligro (abstracto) de perjuicio. Fundamentalmente pues en nuestra regulación el tipo penal no establece dicha penalidad alternativa. Al mismo tiempo, dicha postura dominante en la dogmática española se funda en una necesidad de interpretación coherente entre la sanción penal, y las sanciones mercantiles expresamente previstas respecto de los acuerdos abusivos en España,⁷³ situación que tampoco se produce en Chile, en que no se contemplan mecanismos específicos en la jurisdicción mercantil para impugnar los acuerdos abusivos.⁷⁴ Ello implica que los dos principales argumentos para fundar en España la interpretación del delito como uno de resultado, que exige perjuicio efectivo, no se darían en la regulación chilena, la que además alude a un acuerdo que se adopte *en perjuicio* de los demás socios, a diferencia de lo que hace en otros delitos de resultado como la administración desleal, en que se exige que la conducta “*le irrogare perjuicio*” al patrimonio administrado. Ello fundamentaría la posibilidad de tratar este delito como uno de peligro abstracto,⁷⁵ que funde el juicio de tipicidad objetiva no en el cambio de la composición patrimonial de los socios minoritarios, sino en la existencia de una conducta *ex ante* objetivamente idónea afectar el patrimonio de los minoritarios, como delito de aptitud.

1.4. Restricción a nivel de tipicidad subjetiva

Respecto a la tipicidad subjetiva, el tipo penal español y el tipo chileno comparten la necesidad de satisfacción de dos requisitos: por un lado, se requiere un actuar doloso, lo que excluye la imprudencia, que será siempre atípica en este delito, debatiéndose adicionalmente si es un

⁷⁰ FARALDO (2000).

⁷¹ Descriptiva y críticamente: PASTOR (2023), p. 448.. Explica y defiende esta postura: FARALDO, (2000), p. 218.

⁷² Así, PASTOR (2008), p. 16 y 17; PASTOR (2023), p. 448; GALLEGOS (2006), pp. 243 y 244; GRAMÁTICA (2016), pp. 213 y ss. Jurisprudencia en el mismo sentido: Tribunal Supremo Español, sentencia de 19 de febrero de 1991; Tribunal Supremo Español, sentencia número 654/2002, de 17 de abril de 2002; Tribunal Supremo Español, sentencia número 172/2010 de 4 de marzo de 2010. Sistematizan estos argumentos en apoyo a los mismos: CORCOY y GALLEGOS (2016), p. 278.

⁷³ Al respecto, véase: BAENA (2018).

⁷⁴ MANTEROLA (2017), p. 372. El mismo autor ha intentado construir una vía de impugnación mediante la llamada “acción de corrección”, pero el mismo debate da cuenta de la inexistencia de una vía jurisdiccional específicamente establecida para estos supuestos. Véase: MANTEROLA (2023). “La acción de corrección de acuerdos ilegales o abusivos en la junta de accionistas de la sociedad anónima en la legislación chilena”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 44. Esto es también importante desde un punto de vista de la construcción argumentativa del tipo penal, pues -a diferencia de lo ocurrido en otros ámbitos de la ley 21.595- el legislador olvida incorporar consideraciones de *ultima ratio*, que podrían haber aconsejado introducir mecanismos de impugnación civil-mercantil, que permitieran dar resguardo a los intereses de los minoritarios, antes de introducir un delito como el que se comenta en este trabajo.

⁷⁵ En España, bajo estas consideraciones llegan a la conclusión de que sería de peligro pero concreto: CORCOY y GALLEGOS (2016), p. 277.

delito que requiere de dolo directo, o si en cambio puede cometerse con dolo eventual.⁷⁶ Este punto es relevante, pues existe cierto consenso en España⁷⁷ en torno a considerar que el delito de acuerdos abusivos solo puede cometerse con dolo directo, es decir, con conocimiento y voluntad de estar adoptando un acuerdo abusivo desde una posición mayoritaria, que es idóneo para perjudicar a los accionistas minoritarios, que es contrario al interés social, que no genera beneficios a la sociedad, y que adicionalmente se adopta en beneficio de los mismos mayoritarios.⁷⁸ En segundo lugar, se ha entendido que forma parte también del tipo subjetivo el “*ánimo de lucro propio o ajeno*”,⁷⁹ que en la legislación chilena es equivalente al actuar “*para beneficiarse o beneficiar económicamente a otro*”, lo que supone acreditar dicho ánimo específicamente encaminado al beneficio económico, siendo atípicos aquellos acuerdos que pretenden la consecución exclusiva de un beneficio de otro tipo, con lo que quedan fuera también aquellos supuestos en que lo que persigue el acuerdo es obtener beneficios de política interna, y otros beneficios personales, que no sean re conducibles a algún beneficio económico.

1.5. Sujetos activos, órganos cuyos acuerdos son de relevancia típica, y los problemas de técnica legislativa en la legislación aprobada

1.5.1 Acuerdos y directorio como órgano de relevancia penal

Inicialmente, y siguiendo la regulación española, el delito originalmente previsto en el art. 134 bis LSA sancionaba a “*Los que prevaliéndose de su situación mayoritaria en la junta de accionistas o el órgano de administración de una sociedad anónima, impusieren acuerdos para obtener un beneficio económico para sí o un tercero, en perjuicio de los demás socios o de algún socio en particular, y sin que esos acuerdos reporten beneficios para la sociedad*”.⁸⁰ Fue con posterioridad a ello, que los representantes de la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), propusieron que el delito no aludiera a la “*junta de accionistas*”, sino solo a “*administradores*”, al entender que -en base a la estructura y funcionamiento de la S.A. en Chile-, “*la responsabilidad de la administración en las sociedades anónimas recae en su directorio, gerentes y altos ejecutivos*”.⁸¹

Ello fue luego traducido en una indicación parlamentaria para sustituir la redacción del tipo penal, “*ajustando el sujeto infractor a uno compatible con la estructura y funcionamiento de estas sociedades, porque la responsabilidad de administración recae directamente en el*

⁷⁶ Plantean esta postura: BACIGALUPO (2005), p. 423; SÁNCHEZ (2001), p. 3232.

⁷⁷ Véase, en esos términos, lo señalado por GRAMÁTICA (2016), p. 95.

⁷⁸ Así, entre otros: DEL ROSAL (1996), p. 1428; FARALDO (2013), pp. 451 y 452; FERNÁNDEZ (1998), p. 227; SÁNCHEZ (1996), p. 5; MARTÍNEZ-BUJÁN (2015), p. 499; MARTÍNEZ-BUJÁN (2019), pp. 536 y 537; GRAMÁTICA (2016), p. 95. En el mismo sentido, respecto del art. 292 CPE, pero bajo la misma lógica aplicable al art. 291 CPE: SILVA (1996), p. 68. La tesis del dolo directo puede abonarse si se incorporan argumentos estructurales utilizados respecto de otros delitos. Así, por ejemplo, respecto al delito de colusión se ha señalado que el uso del vocablo “acuerdo” como elemento central, da cuenta de un comportamiento difícilmente compatible con el dolo eventual. Así, ARTAZA Y OTROS (2020), p. 100. En el mismo sentido, puede seguirse lo señalado en doctrina respecto al delito de cohecho, en términos de que el uso de conductas típicas que incluyen actuar “*para*” realizar una acción (en este caso, beneficiarse económicamente), suponen expresiones incompatibles con dolo eventual. RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN (2004): 337.

⁷⁹ PASTOR (2023), p. 449.

⁸⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 40.

⁸¹ Así lo expresó Mauricio Larraín de la CMF. Véase: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 179.

directorio, y alta gerencia, y no en los accionistas que los eligieron”.⁸² Esto es interesante no solo por la limitación del sujeto activo potencialmente responsable, sino además, porque el legislador expresamente dejó constancia de que la legislación mercantil contempla ya herramientas “*para impedir que los accionistas mayoritarios expropien riquezas a los accionistas minoritarios*”,⁸³ que serían fundamentalmente la oferta pública de adquisición de acciones, los procedimientos que limitan las operaciones con partes relacionadas, y la exigencia normativa de un director independiente en el directorio de la compañía, entre otras, cuyo *enforcement* normativo (suficiente) sería administrativo-mercantil. Pero adicionalmente, se debe a una constatación relativa a la regulación chilena. Y es que, a diferencia de la española, la ley 18.046 restringe en buena medida las facultades de las juntas de accionistas, y entrega importantes atribuciones en el directorio.⁸⁴ En esos términos, el legislador probablemente consideró sobredimensionada la introducción de una herramienta penal, en atención al contenido específico de la regulación chilena.

De lo anterior puede desprenderse, desde ya, que el tipo penal queda circunscrito a exclusivamente a los acuerdos que se den en el seno de un directorio, excluyéndose -con algunos matices, como se verá- la punibilidad en la adopción de acuerdos de juntas de accionistas. Ello, según el propio legislador nacional, es una manifestación del carácter de *última ratio* del Derecho penal, al existir otros mecanismos administrativos y mercantiles suficientes para impedir el abuso de accionistas mayoritarios sobre otros minoritarios mediante acuerdos de las juntas de accionistas. Dicha posición de la CMF fue resistida por parte de los académicos que asesoraron la creación de la ley de delitos económicos,⁸⁵ quienes sostuvieron que los acuerdos de juntas de accionistas también podían ser abusivos, siguiendo la lógica del ordenamiento español, lo que supone también una toma de postura sobre la esfera jurídica de competencias del socio con la actividad social.⁸⁶

Como consecuencia de ese debate, se modificó la formulación típica del precepto, que pasó a sancionar a quienes se prevalezcan de su posición mayoritaria “en el directorio” (no ya, en la junta de accionistas), acogiendo el planteamiento de la CMF, pero agregando un inciso segundo en la disposición, para sancionar a “los controladores” (en términos del art. 97 de la ley 18.045)⁸⁷ que “ocasionaren” el acuerdo abusivo del directorio, o que “con su acuerdo o decisión concurrieren a su ejecución”.⁸⁸

Esta modificación en la redacción fue luego explicada, señalando que el inciso primero efectivamente recoge los planteamientos de la CMF y radica la responsabilidad en los miembros del directorio, pues son quienes “*poseen el poder normativo para adoptar el acuerdo abusivo*”⁸⁹ pero precisando que se agregó el inciso segundo como una regla “que

⁸² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 460.

⁸³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 460.

⁸⁴ Un elemento indicativo de esto puede verse, por ejemplo, en la regulación de las operaciones con partes relacionadas. El art. 44 de la ley, por ejemplo, alude invariablemente a los “directores”.

⁸⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 461.

⁸⁶ PASTOR (2019), pp. 3 y ss.

⁸⁷ Que lo define como “*toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente, o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad, y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones: a) Asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de S.A. (...), o b) Influir decisivamente en la administración de la sociedad.*”

⁸⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 551.

⁸⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 637.

extendiera esa responsabilidad al controlador de la sociedad”.⁹⁰ Lo medular en este punto es que se restringió la configuración del delito exclusivamente a aquellos acuerdos adoptados por los miembros del directorio, con la consecuente atipicidad de los acuerdos adoptados por la junta de accionistas, pudiendo -sin embargo- extenderse dicha responsabilidad penal al controlador, cuando este “induzca” al acuerdo abusivo del directorio” o “concurra a la ejecución” del acuerdo abusivo ya adoptado por el directorio.

La sanción al controlador-inductor, respondería así -según la historia de la ley- a la necesidad de que se sancione a quien posea realmente el poder de control de la sociedad, incluyendo -cuando intervenga en los términos descritos en el tipo- al controlador.⁹¹ Así, terminó adoptándose la versión final del inciso segundo del art. 134 bis LSA, que sanciona “*a los que prevaliéndose de su condición de controlador de la sociedad, indujeren el acuerdo abusivo del directorio (en referencia, por tanto, a todo controlador), o con su acuerdo o decisión concurrieren a su ejecución*”, aludiendo esta última parte a aquellos controladores que son accionistas y que como tales deberán participar de la decisión en una junta de accionistas para ejecutar el acuerdo (abusivo) del directorio.⁹²

Este debatido aspecto fue sintetizado al final de la tramitación legislativa, por el profesor Bascuñán Rodríguez, quien señaló que el delito reformulado “*distingue entre directores, como los autores directos por tener el poder jurídico de controlar, y el resto de los intervenientes, como los controladores de la sociedad, ya que, a pesar de no tener el mismo control, concurren a su ejecución en la junta de accionistas*”.⁹³

En esos términos, la evolución del debate legislativo nos muestra que solo pueden responder por el delito del art. 134 bis LSA los directores que se prevalgan de una posición mayoritaria para adoptar un acuerdo abusivo, los controladores que fácticamente induzcan -por su poder material de control- a los directores a adoptar ese acuerdo, y los controladores-accionistas que concurran con su voto favorable a la ejecución efectiva del acuerdo abusivo ya adoptado por el directorio. La remisión del concepto de “controlador” al art. 97 de la LMV, y en específico a su letra b), permite además anticipar que a través de esta vía la autoría por este delito podrá ampliarse significativamente. En particular, pues deberá determinarse materialmente quién tiene esa capacidad de influir decisivamente en la administración de la sociedad.

1.5.2. Sujeto activo, y acuerdo en perjuicio de los “demás socios”.

En ese mismo debate, se propuso efectuar un cambio adicional en el tipo penal, pues los académicos que acompañaron el proceso de reforma hicieron ver que existía “*una diferencia entre la propuesta y la solución del derecho español, ya que para los españoles el controlador decide en contra de todos los demás socios, mientras que la regla aprobada por la Cámara de Diputados (en Chile) es que el controlador decide en contra de todos los demás socios o de alguno de tales socios*”.⁹⁴ Lo anterior fue formulado en esos términos, a pesar de que -más allá de la literalidad de la norma española- la doctrina española no ha exigido que el acuerdo sea

⁹⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 637.

⁹¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 639.

⁹² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 639.

⁹³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 912.

⁹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 638.

idóneo para perjudicar a todos los minoritarios, sino que ha entendido que basta que se perjudique a uno de ellos.⁹⁵

Sin perjuicio de ello, lo anterior motivó que parlamentarios plantearan si bajo la formulación de ese momento, el tipo penal debía ser idóneo para afectar a todos los accionistas minoritarios y qué ocurriría si dicho perjuicio únicamente recae sobre algunos de los minoritarios. Ante ello, se aprobó la indicación que modificó la formulación del delito, y exigió que el acuerdo se adoptara “*en perjuicio de los demás socios*”, eliminando la referencia alternativa a “*algún socio en particular*”.⁹⁶ Con esto, en apariencia el tipo penal se reduce solo a los acuerdos que perjudiquen a los demás socios minoritarios, pero lo cierto es que -siguiendo lo planteado por la dogmática española- dicha interpretación no es razonable, con lo que debe entenderse que el acuerdo que es perjudicial para uno o parte de los socios minoritarios, es también típico, siempre que se cumplan los restantes requisitos. La irracionalidad de la interpretación contraria puede apreciarse en un ejemplo concreto: piénsese en el supuesto en que un director-accionista no asiste a la junta por una imposibilidad circunstancial, con lo que no concurre con su voto favorable al acuerdo mayoritario “abusivo”, debiendo considerarse en principio parte de la minoría perjudicada. Si luego de adoptado el acuerdo, ese director minoritario estuviere de acuerdo con lo decidido, y por tanto el mismo “no le perjudicare”, en ese caso -siguiendo la interpretación que acá se rechaza-, el acuerdo sería atípico porque no perjudica a “todos” los restantes “socios”, sino solo a parte de ellos. Dicha interpretación redundaría en una restricción excesiva del tipo, incompatible con una lectura racional del mismo, y con su objeto de protección.

Por otro lado, la formulación acordada puede generar importantes limitaciones prácticas a la hora de aplicar este delito. Esto pues como ya ha levantado cierta doctrina,⁹⁷ la terminología del tipo penal es problemática en dos sentidos. En primer lugar, pues alude al vocablo *socios*, probablemente replicando las palabras usadas por el tipo penal español en la Ley de Sociedades de Capital, a pesar de que la regulación chilena de la ley 18.046 no alude a *socios* para referirse a las personas que posean participación en sociedades de capital, sino para referirse a individuos que integran sociedades de personas, por lo que lo correcto era haber empleado el concepto de *accionistas*. A pesar de que la construcción histórica del precepto deja claro que el legislador al hablar de *socios* se refiere a accionistas, la formulación del precepto debe ser aclarada por una enmienda legislativa que aluda a “*accionistas*”, pues la formulación aprobada indudablemente generará problemas prácticos de aplicación del delito, por consideraciones de legalidad, siendo muy extensivo (si no analógico) sostener que el vocablo *accionistas* cabe dentro del concepto de *socios*.

En segundo lugar, los mismos autores han relevado el carácter mucho más problemático de la exigencia de que el acuerdo sea idóneo para perjudicar a “*los demás*” socios. Esto pues dicha formulación supone que

“los miembros del directorio que cometan el ilícito deben reunir la condición de socios (en rigor, por lo explicado, accionistas): de lo contrario la voz “demás” no tendría ningún sentido, pero resulta que los directores frecuentemente no tienen esa calidad. Los directores de una sociedad anónima no tienen por qué ser accionistas, muchas

⁹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN (2019), p. 525.

⁹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN (2019), p. 525.

⁹⁷ CHAHUÁN y CONTRERAS (2024).

veces no lo son y, es más, en determinadas ocasiones revestir las dos calidades se encuentra legalmente prohibido”.⁹⁸

De esta manera, la configuración del delito se imposibilitaría (al infringir el principio de legalidad) si se interpretara que los directores no accionistas pueden caber dentro del concepto de “socios” o “accionistas”, pues ello desbordaría el sentido literal posible del tipo. Este argumento es razonable, y puede (debe) generar una restricción radical del alcance del delito en la práctica, que exigiría una modificación legislativa que enmiende la redacción del tipo.

1.6. Posible incompatibilidad conceptual con responsabilidad penal de la persona jurídica.

Uno de los grandes objetivos propuestos por la ley 21.595, fue ampliar significativamente el catálogo de delitos por el que puede ser penalmente responsable una persona jurídica,⁹⁹ pasando a configurarse dicha responsabilidad cuando se cometa alguno de los ilícitos del catálogo de delitos considerados *económicos*, y que se enumeran en los arts. 1 a 4 de la ley 21.595, motivo por el cual se introdujo una modificación en el art. 1º de la ley 20.393, que señala que la persona jurídica responde penalmente por “*los delitos a que se refieren los artículos 1, 2, 3 y 4 de la ley de delitos económicos*”, dentro de los cuales se encuentra justamente el delito en comento, contenido en el art. 1 N° 9 de la ley. Dicha ampliación se realizó con el objetivo de abarcar aquellos casos en que el delito sea consecuencia de un “*defecto de organización*”¹⁰⁰ de la empresa, buscando además ampliar dicha responsabilidad al excluir el requisito de beneficio económico o provecho para la persona jurídica, como requisito para configurar su responsabilidad penal.¹⁰¹ De esta manera, el catálogo de delitos buscó responder a aquellos casos en que la persona jurídica actúa como un mecanismo deficitariamente organizado que contribuye a la comisión de delitos,¹⁰² es decir, a casos en que “*la empresa se transforma en una fuente potencial de delitos de diferente tipo*”.¹⁰³

A pesar de haberse eliminado el requisito de beneficio o provecho de la persona jurídica para configurar su responsabilidad penal, parece conceptual y estructuralmente complejo -y así fue explicitado durante la tramitación parlamentaria-¹⁰⁴ configurar la responsabilidad penal de la persona jurídica por un delito de acuerdo abusivo del art. 134 bis LSA. Es al menos problemático que la persona jurídica sea considerada perjudicada (en términos de que el acuerdo sea necesariamente contrario al interés social), y por tanto incluso una posible víctima del delito (junto con los accionistas minoritarios, por haberse privilegiado intereses extrasociales de los administradores ajenos al interés social), y al mismo tiempo jurídico-penalmente responsable de dicho delito. Ello es al menos aplicable a los casos en que dicho acuerdo sea perjudicial para la sociedad,¹⁰⁵ con lo que en principio la responsabilidad penal de

⁹⁸ CHAHUÁN y CONTRERAS (2024), p. 1.

⁹⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), pp. 3, 63, 64.

¹⁰⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), pp. 4, 65, 210

¹⁰¹ El debate respectivo y los cambios sobre el requisito de beneficio o provecho pueden verse en: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), pp. 5, 101, 420, 455, 456, 466, 494, 550, 630, 711.

¹⁰² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 5

¹⁰³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 630.

¹⁰⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), pp. 466 y 467.

¹⁰⁵ En este delito, entendemos que no será nunca aplicable el art. 3º inciso final de la ley 20.393, que excluye la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el hecho se perpetre “exclusivamente” en contra de la propia persona jurídica. Esto pues el delito necesariamente requiere que el acuerdo sea en perjuicio de los demás socios. Así, si el acuerdo es exclusivamente perjudicial para la sociedad pero no para los demás socios, en puridad no habrá delito.

la persona jurídica quedaría limitada a los casos en que el acuerdo sea neutro para el interés social. Esto pues lo que se le imputaría, en rigor, sería haber actuado como fuente delictiva de un ilícito perpetrado en contra de su propio interés, lo que parece conceptualmente inadmisible, pues implicaría alzar a la sociedad como un vehículo delictivo con vocación autodestructiva. Ello forzaría, por lo demás, al ente corporativo a adoptar una actitud judicial incompatible, que además es político criminalmente indeseable: por un lado, tendrá incentivos para denunciar aquellos acuerdos que sean abusivos y contrarios al interés social y, por otro, tendrá desincentivos para hacerlo, pues de acreditarse el delito por la mayoría, no solo habrá sufrido un acuerdo contrario a su interés, sino además, deberá responder penalmente de dichos hechos.

En principio, puede pensarse un grupo de casos que exceptúan la conclusión anterior. Se trataría de aquellos supuestos en que el delito de acuerdos abusivos se produzca en directorios de sociedades que sean parte (como activos) de un grupo de sociedades controladas por otra matriz. En este caso, para ésta última sociedad, y en clave de riesgos, sí existen riesgos que deben ser controlados respecto de las sociedades controladas, y por tanto puede ser razonable sancionar a la primera respecto de los acuerdos abusivos cometidos por sus filiales o por los directorios que la representan en sus activos.

1.7. ¿Comisión por omisión?

En principio, puede plantearse que no debe descartarse la posibilidad de que -en base a un acuerdo o plan conjunto- uno o más directores que posean una posición mayoritaria incurran en conductas omisivas (paradigmáticamente, no asistir para dar con determinadas configuraciones de quórum), para permitir la configuración de un acuerdo abusivo, con lo que eventualmente ello puede ser constitutivo de coautoría, o de intervención como partípice en el voto ajeno.¹⁰⁶ A ello podría sumarse que es el propio legislador el que contempla una atenuante para los delitos económicos (en el art. 13.1.b)) consistente en la conducta omisiva desde posiciones intermedias o superiores, lo que presupone la punibilidad de la conducta omisiva. Sin embargo, la configuración de un delito de acuerdos abusivos en comisión por omisión parece de compleja configuración, pues requeriría, primero, homologar la conducta omisiva (no votar, no asistir), con el verbo típico “*adoptar*”, lo que resulta cuestionable.¹⁰⁷ Pero sobre todo, como bien señala Gramática Bosch a modo de interrogante en este delito, “*¿cuál sería el deber que funda, en cabeza del socio, su eventual posición de garante y cuyo eventual incumplimiento podría acarrear su responsabilidad penal en comisión por omisión?*”¹⁰⁸

Dicho de otro modo, la posibilidad de configurar este delito en comisión por omisión supondría construir una posición de garante del administrador que no asiste, como garante del patrimonio de los accionistas minoritarios, lo que no es posible construir de la normativa de sociedades anónimas chilena, ni española.¹⁰⁹ En ese sentido, quienes han sostenido esa posibilidad de delito omisivo, han entendido que dicho deber de garante correspondería al socio, y emanaría de un especial deber de vigilancia con relación a los consejeros delegados y al comité ejecutivo,¹¹⁰ lo que parece difícilmente argumentable. En particular, cuando el bien jurídico

¹⁰⁶ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN (2015), pp. 446 y 447. Aceptándolo de manera más general respecto de la actuación de órganos de administración como el directorio: MEINI (2003), p. 238.

¹⁰⁷ SILVA (1996), p. 66.

¹⁰⁸ GRAMÁTICA (2016), p. 75. El autor lo plantea respecto al socio, pero ello es aún más plausible respecto de administradores.

¹⁰⁹ GRAMÁTICA (2016), pp. 72 y ss.

¹¹⁰ SÁNCHEZ (1996), p. 69; MUÑOZ CONDE (2007), p. 139.

resguardado por el delito es el patrimonio de los socios minoritarios,¹¹¹ con lo que incluso la existencia de ese deber no permitiría necesariamente fundar la imputación de este delito. En ese sentido, parece claro que “*no recae sobre el socio ningún deber general ni, mucho menos, ningún deber especial de fidelidad, lealtad o diligencia que pudieran eventualmente exigirle que impida, p. ej. la celebración de un acuerdo social o que el resto de los socios vote de una determinada manera*”.¹¹² A esto debe sumarse la consideración de que ni siquiera la propia ley de sociedades anónimas prohíbe la ausencia, el voto en contra de acuerdos, ni la abstención, con lo que difícilmente puede fundarse la extracción de consecuencias penales de dichas conductas omisivas. Si ello es así respecto de los socios como titulares del interés social, entonces es aún más cierto respecto de los administradores.¹¹³ La única vía para intentar salvar lo anterior, sería intentar esbozar una posición de garante de los directores específicos, por injerencia,¹¹⁴ en supuestos en que los directores a través de su *hacer precedente* creen el riesgo que se traduce en el delito. Esto se daría en supuestos específicos, y supondría hacer frente a la ausencia de regulación chilena en la materia, y a las reservas expresadas por parte de la doctrina -más tradicional- chilena.¹¹⁵

Todo lo anterior es distinto al supuesto en que el acuerdo (que es adoptado mediante intervenciones omisivas) que perjudique a los minoritarios, sea también perjudicial para la sociedad, pues en ese caso los miembros del directorio tienen el deber de oponerse activamente y/o de evitar la ejecución del mismo, en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 78 y 79 LSA, pero no bajo la amenaza de incurrir en el delito del art. 134 bis LSA, sino para impedir los perjuicios en el patrimonio social, del que sí son garantes, con lo que se trataría más bien de un supuesto de comisión por omisión de un delito de administración desleal.¹¹⁶

Si todo lo dicho es así, con mayor razón aún es imposible configurar la responsabilidad penal respecto de quienes concurren pero votan en contra del acuerdo abusivo, por el sólo hecho de pertenecer al órgano de administración en que el acuerdo se adoptó, pues es absolutamente ilógico y contradictorio sostener que quien vota en contra se está prevaleciendo de una posición mayoritaria, o que está “adoptando” un acuerdo abusivo, cuando precisamente ha votado en contra de su adopción.¹¹⁷ Lo contrario sería validar una hipótesis de responsabilidad colectiva contraria al principio de culpabilidad y de responsabilidad penal por el hecho.

2. Otros aspectos interpretativos relevantes.

Junto con los aspectos antes dispuestos, la interpretación propuesta del tipo penal también lleva a limitar los alcances del delito en otros supuestos de relevancia práctica y dogmática.

2.1. Agravante jerárquica y delito de acuerdos abusivos

¹¹¹ PASTOR (2008), pp. 14 y 15. Sobre el desarrollo del debate del bien jurídico protegido, véase: GRAMÁTICA (2016), pp. 46 y ss.

¹¹² GRAMÁTICA (2016), p. 75.

¹¹³ Sobre la relación de competencias entre socios y administradores, véase: PASTOR (2019), pp. 9 y ss.

¹¹⁴ Al respecto, con los problemas de aceptación de esta categoría en el derecho chileno: IZQUIERDO (2006): 329 y ss.

¹¹⁵ IZQUIERDO (2006), pp. 333 y ss. Sobre postura restrictiva que permite considerar esta posición, véase: CURY (2005), p. 683.

¹¹⁶ Un asunto completamente distinto, y que requiere de un análisis que excede las pretensiones de este artículo, es el problema de la posible responsabilidad penal de los socios o accionistas como autores en comisión por omisión. Sobre este problema, véase: PASTOR (2019).

¹¹⁷ En este sentido: GRAMÁTICA (2016), p. 75.

Durante la tramitación legislativa, se dejó constancia de la imposibilidad de aplicación de la nueva “agravante de posición jerárquica”, en este delito del art. 134 bis LSA. En efecto, entre las múltiples modificaciones de la ley 21.595, y con el objetivo de canalizar las sanciones más graves en los órganos superiores de la persona jurídica, se incorporó una agravante “*muy calificada*” en el art. 16.1.a), que permite agravar la pena si “*El condenado participó activamente en una posición jerárquica superior en la organización en la que se perpetró el delito*”. Siguiendo las críticas del profesor Van Weezel, parlamentarios plantearon que ello sería problemático en delitos que se prevén precisamente para sujetos activos situados en los cargos superiores de las empresas. Al respecto, el profesor Wilenmann -también parte del equipo académico que asesoró al proyecto- aclaró que ello no sería problemático en la generalidad de los delitos, pero que “*Hay delitos en que eso puede pasar, por ejemplo, en el nuevo delito de abuso de posición mayoritaria (que sólo pueden ser cometidos por directores o por alguien en posición de controlador). En este caso, naturalmente no se puede considerar la agravante. Pero es un caso excepcional*”.¹¹⁸

Así, durante la tramitación del precepto se explicitó la incompatibilidad de este delito -bajo argumentos de *ne bis in idem*- con aquellas agravantes fundadas en la posición jerárquica superior de los sujetos activos, misma posición superior que funda la atribución de responsabilidad a título de autor por el delito.

2.2. Delimitación con delito de administración desleal

El delito que se ha venido describiendo, ha sido definido por parte de la doctrina que -de manera incipiente- se ha ido pronunciando sobre este delito, como un supuesto especial de “*administración desleal en perjuicio de los accionistas no controladores*”.¹¹⁹ Ello, en atención a que el posible solapamiento de estos dos delitos es muy probable, debiendo encontrarse una solución a dicha relación. Esto no es ajeno tampoco a la experiencia española que se ha venido reseñando. Pastor Muñoz plantea que, cuando un acuerdo de la mayoría del órgano de administración que sea constitutivo del delito del art. 291 CPE, perjudique no solo a la minoría, sino además a la sociedad, dicho acuerdo podrá ser también constitutivo de un delito de administración desleal.¹²⁰ Ello no ocurrirá, sin embargo, en los casos en que el acuerdo sea *solo* idóneo para perjudicar a la minoría, ni en los casos en que los acuerdos son adoptados por sujetos que no son administradores sociales. Sobre el punto, la solución propuesta por la propia Pastor Muñoz es que se aplique un “*concurso de leyes*” en aquellos casos en que el acuerdo sea en sí mismo perjudicial para los minoritarios y a la sociedad. Dicho concurso se resolvería en favor de la administración desleal, pues este tipo penal requiere un resultado de perjuicio, que abarca el perjuicio para la sociedad. Desde otra perspectiva, también se ha planteado la posibilidad de aplicación subsidiaria del art. 291 CPE en casos en que falte el elemento *fraudulento* de la administración desleal,¹²¹ y se constate un acuerdo carente de racionalidad económica que privilegia intereses extrasocietarios de los socios mayoritarios por encima del interés social.

Durante la discusión parlamentaria de la ley 21.595 también se debatió la relación de este delito con los supuestos en que el mismo acuerdo dé lugar a un delito de administración desleal.

¹¹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 917.

¹¹⁹ LONDOÑO (2024), p. 4.

¹²⁰ PASTOR (2023), p. 450.

¹²¹ PASTOR (2008), pp. 20 a 22.

Durante la etapa final de tramitación legislativa, surgieron cuestionamientos acerca de “*¿cómo conversa esa norma* (la del art. 134 bis LSA) con la administración desleal vigente en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Podría haber un concurso de delitos?”.¹²² Ello fue respondido en dicha sesión por el profesor Hernández, como miembro del equipo asesor del proyecto, quien aclaró que la diferencia entre ambos radicaría en que “*la administración desleal es un delito que consiste en provocarle un perjuicio al patrimonio de la sociedad afectada, y en caso de acuerdos abusivos no existe ese perjuicio, sino que el perjuicio se arroga a los demás socios*”.¹²³ Esa respuesta, en nuestro contexto, permite dar una solución diversa a la planteada por Pastor Muñoz. En particular, pues se trata de delitos cuyo objeto de protección es distinto. La administración desleal se configura por una afectación efectiva al patrimonio social administrado, mientras que el delito del art. 134 bis LSA protege en rigor el patrimonio de los minoritarios de acuerdos que sean abusivos e idóneos para perjudicarlos. Son, incluso en términos prácticos, potenciales víctimas distintas. En esos términos, no se verifica en realidad un “concurso de leyes”¹²⁴ cuando la conducta afecte tanto al patrimonio social como al de los minoritarios. No podría, por tanto, aplicarse solo la administración desleal, pues eso dejaría fuera el desvalor de la conducta dirigida contra el patrimonio de los minoritarios. Si ambos perjuicios son re conducibles a un mismo acto (acuerdo) del Directorio, y pueden considerarse como un solo hecho, en rigor por tanto sería un supuesto de concurso de delitos, y en particular, un concurso ideal.

2.3. Delito de acuerdos abusivos y legalidad formal.

La historia de la ley 21.595 es también interesante pues permite entender los reparos del legislador a la hora de implementar esta figura, en términos de impedir que con ella se pudieran obstaculizar prácticas legítimas a las que el accionista mayoritario tiene derecho en su condición de tal. En ese sentido, se debatió si bastaba que la prerrogativa ejercida por la mayoría se encontrara legalmente contemplada, para poder descartar el carácter abusivo del acuerdo adoptado, lo que suponía homologar el concepto de acuerdo abusivo con la ilegalidad formal de la conducta, lo que obtuvo cierto respaldo inicial.¹²⁵ En ese contexto, el profesor Bascuñán sostuvo -acertadamente- en la discusión,¹²⁶ que el concepto de acuerdo abusivo típicamente relevante no podía definirse en términos puramente formales, pues ello equivaldría a “*hacer fenecer la norma*”, por lo que caso a caso deberá apreciarse que se trate de un “*acuerdo abusivo que perjudica a todos los demás socios, beneficia a un tercero y no a la sociedad*”, con lo que los acuerdos que cumplan esos requisitos “*no pueden ser tolerados por más que exista legalidad formal respecto del acuerdo*”¹²⁷

3. Conclusiones.

El artículo ha intentado contribuir a la delimitación típica del delito de acuerdos abusivos recientemente incorporado en el art. 134 bis de la ley de sociedades anónimas, como una de las nuevas figuras incorporadas por la ley 21.595, de delitos económicos. Analizado el precepto desde su construcción legislativa, desde su incorporación en la sistemática societaria chilena, y desde los debates surgidos en la dogmática y jurisprudencia española, el tipo puede

¹²²BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 914.

¹²³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 916.

¹²⁴ Sobre el concepto en la dogmática chilena, véase: MALDONADO (2020), pp. 494 y ss.

¹²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 638.

¹²⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 638.

¹²⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 744.

delimitarse interpretativamente, permitiendo que el precepto sea suficientemente previsible en sus alcances. Tal como se ha descrito, dichas limitaciones provienen de distintos ámbitos. Entre ellos, destaca la interpretación sistemática del precepto a la luz del “interés social” como eje interpretativo del mismo, y la restricción de la intervención penal a acuerdos que no sólo atenten contra dicho interés, sino que sean además “abusivos”, lo que exige un plus de irracionalidad que pone el foco en el favorecimiento explícito de intereses extrasociedados de la mayoría, por sobre los intereses intrasociedados y sus deberes fiduciarios asociados. Asimismo, el artículo busca delimitar los alcances de las exigencias típicas de “perjuicio”, y a nivel de tipicidad subjetiva. El trabajo buscó relevar que la técnica legislativa chilena tiene importantes diferencias con el tipo penal español, en relación al órgano cuyos acuerdos son típicamente relevantes. En dicha distinción, sin embargo, es posible apreciar algunos defectos en términos de técnica legislativa en la norma incorporada, que seguramente generarán problemas en relación al principio de legalidad como garantía, restringiendo aún más los alcances del tipo penal. Por último, el trabajo buscó problematizar conceptualmente la posibilidad de configurar -en general- la responsabilidad penal de las personas jurídicas por este delito. Realizada esa labor interpretativa, lo cierto es que el delito se restringe significativamente, volviéndose muy limitado en su aplicación.

Lo anterior no obsta a que el delito sea probablemente utilizado de manera instrumental, como mecanismo de presión o de control de decisiones de las mayorías sociales. Ello debe llevar a los Tribunales y al Ministerio Público a realizar una rigurosa labor de control y admisibilidad de las querellas y denuncias presentadas, para impedir que este delito se alce como un mecanismo instrumental de bloqueo de las decisiones legítimas de las mayorías sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE, Enrique (2006): “El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación desde la perspectiva del derecho privado”, en: Revista de Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo (Nº 14), pp. 117-147.
- ARMOUR, John; HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier (2009): “Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement”, en: Harvard John M. Online Discussion Paper (Nº 644), pp. 1- 18.
- CURY, Enrique (2005): Derecho Penal, Parte General (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- ARTAZA, Osvaldo; SANTELICES, Víctor y BELMONTE, Matías (2018). “El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo”, en: Revista Ius et Praxis, Nº 2.
- ARTAZA, Osvaldo; SANTELICES, Víctor y BELMONTE, Matías (2020). El delito de colusión (Valencia, Tirant lo Blanch).
- BACIGALUPO, Enrique (2005): Curso de Derecho Penal Económico (Barcelona, Marcial Pons), 2a edición.
- BAENA, Pedro (2018): “El derecho de impugnación de acuerdos de la junta general en las sociedades de capital en España: legitimación activa ordinaria y ampliada”, en: Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción (Nº 34), pp. 29-51.
- BASCUÑÁN, Antonio y WILENMANN, Javier (2023): Derecho Penal Económico chileno (Santiago, DER Ediciones), Tomo I (La Ley de Delitos Económicos).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023): Historia de la Ley 21.595. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8195/>
- BIGLIAZZI, Lina (1967): Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato (Milán, Guiffré).
- CHAHUÁN, Guillermo y CONTRERAS, Lautaro (2024): “La adopción de acuerdos abusivos en directorios de sociedades anónimas: un delito de difícil aplicación práctica”, en El Mercurio Legal (19/04/2024).
- CORCOY, Mirentxu y GALLEGOS, José Ignacio (2016): “Tema 2. Actividad societaria. Mercado y Consumidores”, en: CORCOY, Mirentxu, GÓMEZ, Víctor y MIR PUIG, Santiago (Coord.), Manual de derecho penal, económico y de empresa. Parte general y parte especial (Valencia, Tirant lo Blanch), Tomo II, pp. 283-304.
- DEL ROSAL, Bernardo (1996): Comentarios al Código Penal de 1995 (Valencia, Tirant lo Blanch).
- FARALDO, Patricia (2000): Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales (Valencia, Tirant lo Blanch).
- FERNÁNDEZ, Javier (1998): Los delitos societarios en el Código Penal Español. (Madrid, Dykinson).

- GALGANO, Francesco (1988): “La società per azioni”, en: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (Milán, CEDAM).
- GALLEGO, José (2006). “Política criminal en materia de delitos societarios”, en MIR PUIG, Santiago y CORCOY, Mirentxu (Dirs.), y GÓMEZ, Víctor (Coord.), Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995, (Montevideo-Buenos Aires, B de F).
- GRAMÁTICA, Gerard (2016): Los acuerdos abusivos en las sociedades mercantiles: el delito del art. 291 CP (Barcelona, Atelier).
- GUERRERO, Roberto y ZEGERS, Matías (2014): Manual sobre derecho de sociedades (Santiago: Ediciones Universidad Católica), Tomo I.
- IZQUIERDO, Cristóbal (2006). “Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante”, en: Revista chilena de Derecho, Vol. 33 Nº 2.
- JAEGER, Pier (1964): *L'è interesse sociale* (Milán: Giuffrè).
- LAGOS, Osvaldo (2019): “La cuestión de la licitud o ilicitud de los pactos de accionistas relativos al voto de directores de sociedades anónimas”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 46, Nº 1), pp. 7-28.
- LONDOÑO, Fernando (2024): “El nuevo delito de acuerdo abusivo societario (artículo 134 bis LSA): casos y certezas elementales”, en El Mercurio Legal (06/11/2024).
- LYON, Alberto (1993): Teoría de la personalidad (Santiago: Ediciones Universidad Católica).
- MALDONADO, Francisco (2020). “Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales”, en: Polit. Crim., Vol. 15, Nº 30.
- MANTEROLA, Pablo (2017): “Pactos de accionistas, arbitraje e impugnación de acuerdos de la junta. Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de doce de noviembre de 2015, Rol 9913-2015”, en Revista Chilena de Derecho Privado (Nº 28), pp. 365-374.
- MANTEROLA, Pablo (2023): “La acción de corrección de acuerdos ilegales o abusivos en la junta de accionistas de la sociedad anónima en la legislación chilena”, en Revista de Derecho Privado (Nº 44), pp. 247-271.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos (2015): Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial (Valencia, Tirant lo Blanch), 5a Edición.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos (2019): Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial (Valencia: Tirant lo Blanch), 6a Edición.
- MEINI, Iván (2003): Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2010): *Derecho Penal. Parte Especial* (Valencia, Tirant lo Blanch), 18a Edición.
- PASTOR, Nuria (2008): “La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP)”, en: InDret, pp. 1-25.
- PASTOR, Nuria (2013): “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del derecho penal patrimonial y económico”, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús y MIRÓ, Fernando, La teoría del delito en la práctica penal económica (Madrid, La Ley), pp. 85-109.
- PASTOR, Nuria y COCA, Ivó: (2015) “¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?”, en: Indret, pp. 1-32.
- PASTOR, Nuria (2019): “¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa? Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio”, en: Diario La Ley (Nº 9.400), pp. 1-21.
- PASTOR, Nuria (2020): “Los Delitos Societarios”, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús y ROBLES, Ricardo (Coords.), Lecciones de derecho penal económico y de la empresa. (Barcelona, Atelier), 1a Edición, pp. 353-388.

WALKER MARTÍNEZ, Agustín: “El nuevo delito de acuerdos abusivos (Art. 134 bis LSA) en Chile. Nudos problemáticos y lineamientos interpretativos”.

- PASTOR, Nuria (2023): “Los Delitos Societarios”, en: SILVA, Jesús y ROBLES, Ricardo (coords.), Lecciones de derecho penal económico y de la empresa (Barcelona, Atelier), 2a Edición, pp. 427-476.
- PUGA, Juan (2020): La sociedad anónima (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 3^a Edición.
- RATHENAU, Walther (1917): Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung (Berlín, Fischer).
- RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María (2004): Delitos contra la función pública, 2^a Edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ, Luis (2012): “Los principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal”, en: Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad de Viña del Mar (Nº 8), pp. 145-172.
- SÁNCHEZ, Manuel (1996): Los delitos societarios (Pamplona: Aranzadi).
- SÁNCHEZ, Julián (2001): “El abuso de posición de dominio: Imposición de acuerdos abusivos y acuerdos lesivos (arts. 291 y 292 del Código Penal)”, en: MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (coord.), Libro Homenaje a don Antonio Hernández Gil (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces), pp. 291-302.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús (1992): Aproximación al derecho penal contemporáneo (Barcelona, Bosch).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús (1996): “Els delictes societaris en el Dret Comparat, el Dret vigent y el nou Codi Penal”, en: El Codi Penal de 1995: Part Especial (Barcelona: Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Cataluña), pp. 55-76.
- VÁSQUEZ, María (2023): “El interés social en las sociedades anónimas chilenas: una relectura a la luz del buen gobierno corporativo”, en: Revista de Derecho Privado (Nº 44), pp. 215-245.
- WINTER, Jaime (2013). “Derecho penal e impunidad empresarial en Chile”, en: Revista de Estudios de la Justicia (Nº 19), pp. 91-125.

Jurisprudencia citada

1. Tribunal Supremo español, 19 de febrero de 1991.
2. Tribunal Supremo español, Nº 654/2002, 17 de abril de 2002.
3. Tribunal Supremo español, Nº 172/2010, 04 de marzo de 2010.
4. Corte Suprema, rol: 3.389-2015, 03 de diciembre de 2015.
5. Corte Suprema, rol: 29.503-2019, 31 de julio de 2020.
6. Corte Suprema, rol: 29.982-2019, 31 de julio de 2020.
7. Corte Suprema, rol: 33.342-2019, 02 de octubre de 2020.
8. Tribunal Constitucional, rol: 14.455-2023, 20 de junio de 2023.