

Legal |
Opinión | Artículo 1 de 1

El nuevo delito de *acuerdo abusivo societario* (art. 134 bis LSA): casos y certezas elementales

"...La introducción de esta figura ha generado cierta inquietud entre los especialistas y en directorios de empresa. Diversas razones pueden explicar aquella inquietud, pero ya a distancia de más de un año desde su entrada en vigencia conviene echar alguna luz sobre esta figura penal y, en esa medida, contribuir a morigerar la inquietud (o, cuanto menos, a darle un objeto menos impreciso)..."

Miércoles, 6 de noviembre de 2024 a las 10:30



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

Fernando Londoño

Como se sabe, la Ley N° 21.595 de delitos económicos (LDE) incorporó una nueva figura penal en la Ley N° 18.046 de sociedades anónimas (LSA), conforme a la cual se castiga con pena de presidio o reclusión menor en cualquiera de sus grados (61 a cinco años) a "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" (inciso 1° del art. 134 bis LSA); así como a quienes "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" (inciso 2° del art. 134 bis LSA).

La introducción de esta figura ha generado cierta inquietud entre los especialistas y en directorios de empresa¹. Diversas razones pueden explicar aquella inquietud, pero ya a distancia de más de un año desde su entrada en

vigencia conviene echar alguna luz sobre esta figura penal y, en esa medida, contribuir a morigerar la inquietud (o, cuanto menos, a darle un objeto menos impreciso).

Lo que apremia entonces es "tomarle el pulso" a la figura, ofreciendo algunas certezas elementales. Para ello, servirá ofrecer una imagen general o de conjunto, a la vez que algunos esquemas de casos que podríamos considerar paradigmáticos. El método es ciertamente poco ortodoxo, pues ¿cómo es posible

hallar casos preliminarmente subsumibles en un tipo penal, sin haberlo antes analizado? Habrá que apelar por ello a la generosidad del lector, quien confiará que el suscrito no se ha ahorrado del todo ese análisis, por más que aquí no se manifieste (por razones de espacio, antes que nada).

Sentido general de la figura

Pues bien, ¿qué clase de conductas busca en general prevenir y sancionar la figura de acuerdos abusivos?

Indudablemente, su finalidad es la protección de los accionistas no controladores o ajenos al pacto de control (podría hablarse también de “accionistas minoritarios”, si no fuera porque la definición del art. 4 d) de la Ley Nº 18.045 de mercado de valores es algo estrecha para estos efectos).

Concretamente, con esta figura *se busca criminalizar la instrumentalización de la sociedad para el servicio de intereses extrasocietarios (de controladores o terceros), en perjuicio del resto de los accionistas*. Esta instrumentalización no es rara en grupos de sociedades o en contextos de enajenación del control, escenarios ambos en los que puede existir el incentivo para “perder” en una sociedad (la instrumentalizada) lo que se gana en una sociedad relacionada (en la que el controlador tiene mayor participación).

En la literatura económica se usa la voz *tunneling* para referirse a una serie de conductas afines, cuya nota distintiva es el abuso perjudicial para los socios minoritarios, por vía de la extracción de riqueza desde una sociedad (i.e., su instrumentalización). La particularidad, aquí, es que aquella extracción de riqueza viene normalmente propiciada por los controladores de la sociedad (y no meramente por sus administradores, como es el caso tratándose de la clásica *administración desleal*).

En esa misma línea, y por contraste, debe notarse desde ya que si la conducta beneficia a un tercero y perjudica el patrimonio de todos los accionistas por igual —controladores o no— ya no estamos en el terreno del *acuerdo abusivo*, sino en el del delito de *administración desleal* que —como se sabe— desde 2018 nuestro ordenamiento jurídico sanciona especialmente, bajo la figura del art. 470 Nº11 del Código Penal. Sobre la relación entre esta figura y el delito de *acuerdo abusivo* se volverá brevemente al final de esta columna.

Ejemplos de casos paradigmáticos o centrales

Pues bien, ahora es posible ofrecer ejemplos paradigmáticos de acuerdos abusivos, tomados en parte de la jurisprudencia y la literatura españolas², añadiendo algo de “folklore nacional”. Los casos son completamente independientes entre sí, constituyendo cada uno un supuesto distinto. En lo demás, la vulneración de la normativa de operaciones con partes relacionadas (especialmente el Título XVI LSA) es algo que pueden tener en común los casos 3, 4 y 5.

1. Caso de autosabotaje. Como primer caso, imagine que el directorio de la Sociedad Anónima 1 (SA1) aprueba una reducción de la actividad social, lo que no tiene sentido económico alguno para SA1 —ni de corto ni de largo plazo—, salvo porque mejora la posición en el mercado de la Sociedad Anónima 2, en la que la mayoría controladora de SA1 tiene fuertes intereses.

Un caso semejante no plantea dudas, en la medida que la exigencia de beneficio extra societario se

satisface con una mera intención trascendente (es decir, sin que sea necesario que se concrete).

*2. Caso de enajenación del control, con premio y castigo*³. Suponga que los controladores de SA1 adoptan acuerdos perjudiciales para dicha sociedad, con miras a satisfacer los requerimientos de una multinacional con la que han celebrado un compromiso de compraventa de sus acciones, requerimientos que son condición para que se concrete la operación con un premio en el precio de venta. La decisión perjudicial se tradujo en la sustitución de contratos de franquicia con la marca "AA" (contratos cuya ejecución había hasta entonces constituido una línea central de su giro), en favor de otros tantos contratos franquiciados con la multinacional compradora.

Como se comprende, este caso supone la instrumentalización de SA1 para favorecer los intereses de la parte controladora que saldrá de la sociedad con un premio⁴. Así, gana el comprador, gana el vendedor y pierde el resto de los socios (que ni venden sus acciones ni en principio ganan nada con la nueva situación). Con todo, en sentido contrario podría todavía objetarse que el perjuicio es meramente de corto plazo, neteándose más tarde con las ventajas que los nuevos contratos franquiciados traerán para SA1.

Esta discusión demuestra hasta qué punto —en casos límite— la litigación en torno al art. 134 bis LSA irá de la mano de delicados peritajes para acreditar o desacreditar la racionalidad del acuerdo y, por esa vía, acreditar o desacreditar su carácter perjudicial.

3. Caso de tunneling en estructura de cascada. Suponga que SA1 acuerda vender a SA2 unos activos a un precio por debajo de mercado, para recomprar los mismos días más tarde, pero esta vez a un precio superior al de mercado. La controladora de SA1 tiene en ella una participación del 30%, mientras que en SA2 tiene una participación del 90%. La operación, se comprende, se traduce en una extracción de valor desde SA1 (instrumentalizada) en favor de SA2. Como es obvio, para la controladora de SA2 la operación es provechosa, pues lo que ella misma pierde en SA1 lo compensa con creces con las ganancias en SA2, que compra barato lo que luego vende caro. Respecto de SA1, en cambio, la operación carece de toda racionalidad económica. Sumando y restando, los que pierden son todos los accionistas no controladores de SA1.

4. Caso de préstamos bancarios a sociedades relacionadas en situación de insolvencia. Suponga que SA1, de giro bancario, concede créditos en condiciones sumamente favorables a empresas en situación de insolvencia, controladas o relacionadas al controlador de SA1. El caso se comenta a sí mismo...

5. Caso de cobros de servicios a relacionadas, por debajo del precio de mercado. Imagine que SA1, empresa dedicada al giro del transporte terrestre, tiene como accionista principal a SA2. Por política de la gerencia comercial (bajo impulso del directorio) SA1 presta importantes servicios de transporte a SA2 a valores muy por debajo de mercado (apenas al costo del servicio). No sin razón los no controladores pueden alegar un acuerdo abusivo (salvo que exista una racionalidad económica plausible tras el acuerdo).

Hasta aquí los ejemplos paradigmáticos o centrales de acuerdos abusivos perjudiciales para las minorías societarias (para otra ocasión quedarán ejemplos más bien límites, como los de fusión, dilución o disolución).

Coda y reenvío. La relación con la administración desleal

Pues bien, en este punto sería comprensible una pregunta como la siguiente: ¿no son todos esos casos ya constitutivos de administración desleal, en los términos del art. 470 N° 11 del Código Penal, sancionados incluso con mayor pena? Y si es así, ¿a qué sirve entonces la nueva figura del art. 134 bis CP?

Otro espacio editorial sería necesario para responder cabalmente aquella pregunta. Sin embargo, para no defraudar por completo al lector interesado, aquí pueden anticiparse algunas líneas gruesas:

- El art. 134 bis ha venido a validar, sin discusión técnica o dogmática posible, un supuesto de administración desleal en perjuicio de los accionistas no controladores. En ese contexto, el mérito “práctico” de la figura del art. 134 bis es el de *evitar por completo una posible discusión sobre el consentimiento del titular del patrimonio* (dado que el propio directorio ha validado el acuerdo), de cuya eficacia podría depender la exclusión de una administración desleal.
- Desde otro punto de vista, la nueva figura cumpliría una *función señalética u orientadora*, inequívocamente reforzadora de la pretensión de tutela de los accionistas no controladores, como un subconjunto especial respecto del conjunto conformado por los accionistas en general. Si el riesgo clásico de *abuso o infidelidad del administrador* (una esfera conformada habitualmente por los ejecutivos principales) atañe al titular del patrimonio administrado (la sociedad misma o, por esa vía, el conjunto de los accionistas), el art. 134 bis señalaría el *riesgo de abuso por quienes están detrás de los administradores*, controlando la sociedad misma.
- Dicho todavía con otras palabras, desde un punto de vista criminológico el fundamento de la nueva figura y su especial valor señalético coincide no tanto —o no solo— con la cara más visible del tipo penal (el *acuerdo abusivo* descrito en el inciso primero), como con el supuesto descrito en la primera parte de su inciso segundo: *la criminalización del controlador que, prevaliéndose de su condición, induce acuerdos abusivos del directorio*.
- Ya en un plano más bien técnico, y aunque sea algo de laboratorio, debe considerarse que bajo el nuevo art. 134 bis cabría subsumir *un supuesto económicamente neutro* para la sociedad; es decir, ni perjudicial (caso en el cual podría preliminarmente plantearse una administración desleal) ni beneficioso (caso en el cual habrá que afirmar atipicidad respecto de ambas figuras).
- En fin, en principio la nueva figura supondría un *relativo adelanto de la punibilidad*, en la medida que se entienda que basta con la adopción del acuerdo abusivo, no requiriéndose la concreción del perjuicio.

* *Fernando Londoño Martínez es profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y coinvestigador del proyecto “Racionomics”, PID2022-141610OB-11, Agencia Estatal de Investigación, España.*

¹ Valga aquí el elocuente título de una comentada nota de prensa: “[El temido artículo 134 bis...](#)”. Con razón muestra preocupación por un eventual mal uso de esta figura el abogado Pedro Valdés en columna publicada el 3 octubre en El Mercurio Legal: “[Acuerdo abusivo de directorio y gobierno corporativo: potenciales riesgos](#)”. Consciente del riesgo de inadecuada apertura, cfr. también la columna de opinión del abogado Agustín Walker, “[El delito de acuerdo abusivo \(134 bis Ley 18.046\) de la nueva ley de delitos económicos: Una delimitación desde la experiencia española](#)”.

² Indiscutiblemente, la inspiración de nuestro art. 134 bis LSA se halla en la figura del art. 291 del Código Penal español,

como puede apreciarse en la historia fidedigna de la LDE.

³ Caso de la jurisprudencia española: SAP Murcia, Sección 1.a, de 25 de noviembre de 2002, ponente Carrillo Vinader (ARP 2003\115).

⁴ Aunque bajo una diversa modalidad de control/enajenación, el esquema evoca en parte al conocido como "caso Chispas". Con ello, sin embargo, no se está afirmando que un supuesto idéntico sería necesariamente subsumible en la nueva figura.

0 Comentarios

 **Fernando Londono** ▼



Sé el primero en comentar...



Comparte

Mejores Más recientes Más antiguos

Sé el primero en comentar.

[Suscríbete](#)

[Política de Privacidad](#)

[No vendan mis datos](#)

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online