



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Programa de Doctorado en Derecho

**PROPUESTA DE CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DE HECHO ILÍCITO EN
EL ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE A LOS
DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS EN DERECHO
CHILENO A LA LUZ DEL DERECHO FRANCÉS**

Tesis para optar al grado de Doctora en Derecho

SARA MORENO FERNÁNDEZ

Profesor guía: Dr. Fernando Atria Lemaitre

Santiago, Chile 2017

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO I. LA DETERMINACIÓN DE LOS PODERES DE LOS DIRECTORES COMO ESTRUCTURADOR INICIAL DE LA NOCIÓN DE HECHO ILÍCITO.....	39
1. Su contenido.....	39
1.1. En Francia.....	39
1.1.1. El modelo monista.....	40
1.1.2. El modelo dualista.....	53
1.2. En Chile	54
1.2.1. El directorio como órgano de administración omnicomprensivo.....	61
1.2.2. Las facultades y deberes del comité de directores.....	64
1.2.3.La delegación de facultades por parte del directorio.....	73
2. Su naturaleza.....	98
3. Su finalidad: el interés social.....	116
3.1. La distinción con otras nociones afines.....	122
3.1.1. El objeto social.....	122
3.1.2. El interés común.....	126
3.1.3. El interés de la sociedad.....	128
3.1.4. El interés de los socios.....	130
3.2. Propositiones doctrinales clásicas.....	133
3.2.1. Las teorías contractualistas.....	135
3.2.1.1. Las teorías contractualistas continentales.....	136
3.2.1.2.Las teorías contractualistas anglosajonas.....	145

3.2.2. Las teorías institucionalistas.....	156
3.2.2.1. Las teorías institucionalistas continentales.....	156
3.2.2.2. Las teorías institucionalistas anglosajonas.....	166
3.3. Panorama normativo comparado.....	175
3.3.1. La situación en Francia.....	175
3.3.2. La situación en Chile.....	180
3.4. ¿Cuáles son los criterios de determinación de la noción de interés social?.....	184
3.5. Recepción jurisprudencial de la noción de interés social.....	190
3.5.1. En Francia.....	191
3.5.2. En Chile.....	209
CAPITULO II. EL ANÁLISIS DEONTOLÓGICO DE LA NOCIÓN DE HECHO ILÍCITO.....	229
1. Determinación de una matriz de análisis.....	231
1.1. La naturaleza normativa de las obligaciones y deberes asignados a los directores.....	232
1.2. El tipo de obligación en cuestión.....	235
2. Infracción al deber de diligencia.....	248
2.1. En Francia.....	249
2.1.1. El deber general de diligencia en Francia: un deber implícito pero un estándar de conducta preciso.....	250
2.1.2. El hecho ilícito derivado de la infracción al deber de diligencia, o la <i>faute de gestión</i>	260
2.1.2.1. Los límites de la noción de <i>faute de gestión</i>	269

2.1.2.1.1. Respecto a las funciones relativas a la vigilancia y control: el fraude imparable.....	270
2.1.2.1.2. Respecto a la generación de responsabilidad personal: la <i>faute détachable des fonctions</i>	272
2.1.2.2.3. Respecto a las funciones relativas a la gestión de negocios: la <i>Business Judgment Rule</i>	278
2.1.3. La <i>faute de gestion</i> en la sociedad en liquidación judicial, una noción autónoma.....	281
2.2. En Chile.....	286
2.2.1. El deber genérico de diligencia codificado.....	286
2.2.2. Las reglas intermedias.....	290
2.2.2.1. La obligación de atención.....	291
2.2.2.2. La obligación de ejercer su derecho a decisión.....	294
2.2.2.3. La obligación de informarse.....	295
2.2.2.4. La obligación de informar al mercado.....	300
2.2.2.5. La obligación de informar los accionistas.....	304
2.2.2.6. La responsabilidad de los libros de la sociedad.....	310
2.2.2.7. Obligaciones relativas al reparto de dividendos.....	313
2.2.3. La naturaleza de las obligaciones que conforman el deber de diligencia.....	315
2.2.3.1. Las reglas intermedias.....	316
2.2.3.2. Las obligaciones correspondientes a las funciones de primera categoría.....	318
2.2.3.3. Las obligaciones correspondientes a las funciones de segunda categoría.....	324

2.2.3.4. Las obligaciones correspondientes a las funciones de tercera categoría.....	325
2.2.4. El tratamiento jurisprudencial de la noción de hecho ilícito derivada de la infracción al deber general de diligencia.....	334
3. Infracción al deber de lealtad.....	378
3.1. El deber de lealtad en Francia, una construcción pretoriana de un deber funcional.....	378
3.1.1. El deber de lealtad para con los accionistas.....	381
3.1.2. El deber de lealtad para con la sociedad.....	393
3.2. El deber de lealtad en Chile, una noción incompleta.....	396
3.2.1. El deber codificado.....	397
3.2.2. Las reglas intermedias.....	403
3.2.2.1. Prohibición de decisiones que persigan un fin distinto al interés social.....	404
3.2.2.2. Sacar ventajas indebidas de su cargo o posición.....	406
3.2.2.3. La obligación de información previa de la existencia de conflictos de interés.....	412
3.2.3. El tipo de obligación en cuestión.....	414
3.2.3.1. Las obligaciones contenidas en las reglas intermedias.....	414
3.2.3.2. Las obligaciones contenidas en el deber genérico de lealtad.....	415
3.2.4. El tratamiento jurisprudencial del deber de lealtad para con la sociedad y el hecho ilícito que le está asociado.....	416
3.2.4.1. Reconocimiento del carácter bicéfalo del interés social.....	417
3.2.4.2. Reconocimiento de las categorías normativas.....	433
3.2.4.3. El contenido sustancial del deber genérico de lealtad.....	435

3.2.4.4. La existencia de un deber positivo de informar conflictos de interés.....	440
CONCLUSIONES.....	442
BIBLIOGRAFIA.....	448

RESUMEN

La noción de hecho ilícito cometido por los directores de sociedades anónimas, está estrechamente ligada a las funciones que les son otorgadas por la ley y a la naturaleza de los derechos que reciben para cumplirlas. En cuanto al primer elemento, en Chile, los directores reciben por mandato legal todas las funciones de administración de la sociedad, las que son de tres tipos: la administración estratégica, la dirección ejecutiva y el control y vigilancia. Para ejercer este amplísimo espectro de funciones, los directores reciben derechos específicos, que pueden ser calificados como derechos-funciones, pues éstos les son entregados con el fin de proteger y garantizar un derecho de un tercero y no su interés propio, el que en este caso, es el interés social. Partiendo de este punto, esta investigación propone una matriz de análisis normativo de nuestra Ley de Sociedades Anónimas, que ofrece una categorización de hechos ilícitos según el deber incumplido, el tipo de función del que deriva y la naturaleza de la norma infringida.

INTRODUCCIÓN

Las sociedades anónimas abiertas¹ (en adelante SAA) son una forma societaria que existe *mutatis mutandis* en todas las legislaciones occidentales de los países de economías capitalistas. Pertenecen a la categoría de las sociedades de capitales y tienen como principal particularidad, ofrecer sus valores al público general en el marco de un mercado de valores regulado. Este tipo de sociedades tiene hoy en nuestras economías de mercado una importante relevancia por dos órdenes de razones.

En primer lugar, por la relación que mantienen con el ahorro de los trabajadores y particulares en general. En efecto, como lo indica un autor nacional, las SAA “*más que una sociedad [son], un instrumento colectivo de inversión*”², a través del cual los inversores, particulares o instituciones esperan obtener ganancias. En nuestro país, esta función de las SAA es aún más relevante puesto que desde la reforma de los fondos de pensiones

¹ En nuestro país, las SAA se encuentran reguladas por la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA), el Reglamento de Sociedades Anónimas (en adelante, RSA) y la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores (en adelante, LMV).

² PUGA VIAL, J.-E. 2010. La sociedad Anónima. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 85 p.

operada en la década de los 80, las SAA que transan sus valores en nuestro mercado de capitales reciben la inversión de las Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante AFP)³, que especulan con los ahorros de sus afiliados⁴. Por ello, el desempeño económico de estas instituciones tiene un efecto directo, no sólo en la inversión privada en general, sino que en las jubilaciones futuras gran parte de los chilenos.

Además, existe un amplio consenso entre los economistas acerca de la relación que existe entre la capacidad de las SAA para captar la inversión en un determinado mercado de capitales y el desarrollo económico del país respectivo. Como lo indica Lefort, este fenómeno tendría tres causas determinadas: “En primer lugar, mayor desarrollo financiero puede fomentar mayor ahorro. En segundo lugar, el sector financiero ayuda a canalizar estos ahorros en la forma de fondos externos disponibles para las empresas y aumenta la acumulación de capital. Finalmente, un mayor número y competitividad de los intermediarios financieros mejora la

³ Al 30 de noviembre del 2015, las AFP tenían casi 10 millones de afiliados en nuestro país, vale decir, más de 50 % de la población chilena activa.

⁴ Es la razón por la que la mayor parte de las acciones en indemnización de perjuicios por daños relacionados con infracciones a la legislación que regula este tipo de sociedades iniciadas en los últimos años han sido interpuestas por Administradores de Fondos de Pensiones.

asignación de los fondos disponibles y aumenta el crecimiento económico"⁵.

Sin embargo, en nuestro país esta importancia económica indiscutible de las SAA se ha visto contrastada estos últimos años por comportamientos erráticos y dañinos de aquellos que las dirigen. Desde el caso Chispas en la década de los años 90 del siglo pasado, al reciente escándalo de la CMPC, pasando por el de la empresa de retail La Polar y por supuesto por el caso Soquimich, la gama de comportamientos patológicos de los administradores de SAA es amplia. Comprende tanto vulneraciones a los derechos de los accionistas minoritarios, fraudes masivos a los consumidores, colusión, infracciones a la normativa tributaria, hasta financiamiento ilegal de la política.

Porque la onda expansiva de los ilícitos cometidos por los dirigentes de SAA es extensísima, el control del desempeño de su gestión es

⁵ LEFORT, F. 2003. Gobierno corporativo: ¿qué es? y ¿cómo andamos por casa?. Cuadernos de Economía, Año 40 (Nº 120): 207-237.

indubitablemente un tema de interés público. En nuestras legislaciones continentales este control se encuentra principalmente enmarcado por el estatuto de responsabilidad civil y administrativa aplicable a los administradores de SAA por los actos realizados en el desempeño de su misión, que, con ocasión de su aplicación, permite determinar qué comportamiento es lícito y cuál no lo es.

1. Planteamiento del problema

En esta investigación, abordaremos exclusivamente la noción de hecho ilícito en el régimen de responsabilidad civil especial aplicable a los dirigentes de sociedades anónimas, dejando de lado los dos otros elementos necesarios a su configuración. Lo anterior en el entendido de que el elemento esencial que forja la fisonomía de un estatuto de responsabilidad, es sin duda, el hecho que lo genera. Por ello, la identificación precisa de los hechos que dan lugar a la responsabilidad de aquellos que los perpetran, resulta central. Asimismo, desde un punto de vista social, la determinación del hecho ilícito es fundamental, pues es lo que permite a las personas, y en estos caso a los dirigentes societarios, saber lo que se espera de ellos en el

desempeño de sus funciones. A mayor precisión de la noción, mayor seguridad jurídica tendrán a la hora de tomar las decisiones que les corresponden.

Ahora bien, como lo veremos en la primera parte de esta investigación, la noción de hecho ilícito en estudio, es antes que todo determinada por las funciones cuyo ejercicio deficiente o ilegítimo habrá que sancionar. Por ello, puesto que a priori no todos los dirigentes societarios tienen las mismas funciones, el hecho ilícito al que están expuestos, no puede ser el mismo. Por ello, hemos decidido acotar esta investigación específicamente a la noción de hecho ilícito correspondiente al ejercicio de las funciones de los directores de sociedad anónima abierta, atendido que, como lo veremos en la primera sección del primer capítulo, el directorio es el único órgano de administración a propiamente tal, ya que las otras personas o grupos de personas que concurren a la administración de la compañía lo hacen sin ninguna autonomía, ni orgánica ni funcional. Es importante en este punto hacer una precisión orgánica. En la legislación francesa coexisten desde 1966, un modelo de gobierno corporativo monista

y otro dualista, entre los cuales las SA pueden elegir, sean estas abiertas, cerradas, y cualquiera sea el monto de su capital. En el modelo monista, el órgano principal de administración es el *Conseil d'Administration*⁶ (en adelante CdA), que es nombrado por la Junta Ordinaria de Accionistas. Los miembros del *Conseil*, en sala legalmente constituida, ejercen la mayor parte de las funciones de administración y gestión de la compañía. En el modelo dualista, existen dos órganos de administración: un *Directoire* y un *Conseil de Surveillance*. Al tenor del art. 225-68 del C.Com.fr, este órgano, nombrado directamente por la Junta de Accionistas, ejerce el control permanente de la gestión de la sociedad, lo que incluye el control de la regularidad de las cuentas, pero también el control de la regularidad de la gestión en general, es decir, que ésta sea conforme a la ley y los estatutos pero también de su valor comercial, es decir, los inconvenientes o ventajas de esta para la sociedad. Nombra a su vez al *Directoire*, que tiene las facultades de administración ejecutiva de la sociedad bajo la vigilancia del *Conseil*. Ahora bien, en este modelo dualista, como es lógico, existe una sustancial diferencia entre el hecho ilícito que pueda cometer un miembro del CdA, otro del *Directoire*, o del *Conseil de Surveillance*. Por ello, para

⁶ Las funciones del *Conseil* están dispuestas en el artículo L. 225-35 del C.Com.fr. que indica que éste determina las orientaciones de la actividad de la sociedad y vela por la aplicación efectiva de éstas. Dentro del límite del objeto social, y de las atribuciones de las Juntas, conoce de todo asunto que interese el buen funcionamiento de la sociedad.

realizar una comparación eficiente –según la metodología que expondremos *infra-*, debemos hacer calzar lo más simétricamente posible la institución del director chileno, con aquella francesa que le sea más cercana, ojala similar. Al respecto, como lo expondremos latamente en el primer capítulo de esta tesis, sostenemos que el modelo de gobiernos corporativo chileno es estrictamente monista. Decimonómicamente monista. Por ello, esta investigación se centrará para Chile en los ilícitos cometidos por los miembros del directorio y para Francia, en aquellos realizados por los miembros del *Conseil d'Administration* (CdA).

Asimismo, en esta investigación nos centraremos en el examen de la ley N° 18.046 (LSA) y su respectivo reglamento (RSA). En efecto, es en substancia en este cuerpo normativo –y su reglamento-, que radica el estatuto de responsabilidad civil especial de los directores de sociedades anónimas⁷. No abordaremos entonces las normas emitidas por la SVS –que como lo explicaremos *infra* son normas sancionatorias cuyo lenguaje y objetivo es diferente al de la responsabilidad civil-, ni las disposiciones

⁷ Cuya principal disposición al respecto es el artículo 133 LSA.

contenidas en la ley N° 18.045 relativa a los mercados de valores (LMV), ya que como se ha sostenido en nuestra doctrina, éstas tienen como objeto la preservación del mercado indicado y de las reglas que lo sustentan⁸, mas no un juicio de atribución de responsabilidad.

2. Objetivos

Esta investigación intenta construir una propuesta de noción de hecho ilícito en el estatuto de responsabilidad civil aplicable a los directores de sociedades anónimas abierta. Para ese efecto, demostraremos específicamente que:

- (i) Los directores de sociedades son titulares de derechos-funciones, lo que supone que el ejercicio de los mismos no es discrecionario, y debe ser orientado a la protección y realización del interés social.

⁸ En particular, VASQUEZ PALMA, M.-F. 2010. Revisión del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la noción de uso de información privilegiada en Chile: un examen de la normativa a la luz de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección Ensayos. Año 17 (2) : 239-297. Esta autora trata principalmente de las disposiciones relativas a la información privilegiada, pero puede ciertamente extenderse al resto de este cuerpo normativo.

- (ii) Las funciones de los directores están claramente asignadas por nuestro derecho positivo, que indica que en sala legalmente constituida, el órgano que éstos conforman tiene todas las funciones de administración de la sociedad.
- (iii) La noción de hecho ilícito derivada del ejercicio defectuoso de las funciones de administración de los directores tiene dos grandes categorías que derivan de la naturaleza misma de los derechos que la ley les confiere para desempeñar su cargo: la infracción al deber de diligencia y la infracción al deber de lealtad.
- (iv) La LSA dispone respecto a estas dos categorías de deberes cuya infracción constituye hecho ilícito, reglas generales que son codificaciones de obligaciones generales inherentes al tipo de derechos que ejercen los directores. Atendido lo anterior, y como lo veremos en el derecho francés, la efectiva codificación de éstos deberes generales no tiene ninguna incidencia ni en su existencia ni en su contenido.
- (v) Junto con estas reglas generales, la LSA dispone reglas intermedias que indican obligaciones de conducta precisas de los directores.

- (vi) Cada una de estas categorías normativas de obligación determina una configuración de hecho ilícito diferente, especialmente respecto a la distribución de la carga de la prueba.

3. Hipótesis

Nuestro ordenamiento jurídico presenta un panorama *a priori* disgregado, sin sistematicidad y baja densidad jurídica en las nociones cruciales que conforman el mecanismo de responsabilidad civil aplicable a los directores, y en particular respecto a la noción de hecho ilícito. Una satisfactoria sistematización de esta noción, supone necesariamente la articulación en base a una matriz de análisis y de lectura funcional de las categorías de funciones, derechos y obligaciones, de los que son titulares los directores. A la luz de las categorías desarrolladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia francesa, se puede apreciar que el derecho positivo chileno vigente tiene suficientes recursos normativos para articular esta matriz de análisis, y otorgarle densidad jurídica a la noción de hecho ilícito derivada del ejercicio de las funciones de director.

4. Metodología

De manera preliminar, debemos precisar que desde nuestro punto de vista, cualquier investigación jurídica se ve en primer término limitada por el material mismo en el que se expresa el fenómeno jurídico, es decir, el lenguaje. En efecto, el fenómeno jurídico adolece por su naturaleza, de una irreductible indeterminación semántica⁹, y tal vez incluso con mayor intensidad que en el lenguaje común -aunque la teoría del derecho haya tratado de minimizarlo o de disimularlo¹⁰-. Así, como lo indicaba muy justamente Wittgenstein en su filosofía más tardía, “todo signo parece por sí sólo muerto”¹¹. Este autor denunciaba en efecto, la ilusión agustiniana del lenguaje que pretende que una vez que los signos son asignados a la representación de una categoría de objetos, las reglas aplicables a su uso derivan de la naturaleza de los objetos mismos¹², y pueden de cierto modo ser leídas directamente en éstos¹³. Desde su punto de vista, el significado de un término general no es obligatoriamente constituido por un conjunto

⁹ LENOBLE, J. et. al. 2004. La question de l'application en droit: Au-delà d'une approche herméneutique. En: Mélanges J. van Compernelle, Bruxelles, Bruylant, 928 p.

¹⁰ GERARD, P. y VAN DE KERCHOVE, M. 2007. La réception de l'œuvre de H.L.A. Hart dans la pensée juridique francophone. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007/2, Volume 59, 151 p.

¹¹ WITTGENSTEIN, L. 2009. *Tractatus logico-philosophicus*, Investigaciones filosóficas sobre la certeza. Madrid, Ed. Gredos, 433 p.

¹² Es la ilusión del lenguaje agustiniano que Wittgenstein expone en su *Investigaciones filosóficas*. Según él, Agustín señala que las palabras del lenguaje denominan objetos -las frases son combinaciones de estas denominaciones. – Es en esta imagen del lenguaje que encontramos la fuente de la idea que cada palabra tiene un significado. Este significado es correlativo a la palabra. Es el objeto que la palabra designa. Ver: WITTGENSTEIN, L. 2004. *Recherches philosophiques*, Paris, Gallimard, Edition Kindle.

¹³ BOUVRESSE, J. 2003. *Essai III, Wittgenstein et les sortilèges du langage*. Marseille, Agone, « Banc d'essais », Edition Kindle.

de condiciones necesarias y suficientes para que éste pueda ser aplicado legítimamente a un objeto. Postula al contrario que los signos tienen en rigor el significado que le otorga su uso, es decir, éste está contenido en la explicación que somos en principio capaces de entregar al respecto¹⁴. Es la razón por la que el significado de un término no puede ser explicado a través de una teoría comparable a la teoría de la materia, concreta y unívoca¹⁵⁻¹⁶. Así, las palabras o signos, deben entenderse en el contexto de un “juego de lenguaje”¹⁷, es decir, en el conjunto de un sistema de signos y actividades con las que están entrelazadas¹⁸⁻¹⁹. Por ende, se puede conformar el significado de un término general a través de distintos métodos: estableciendo una lista de ejemplos paradigmáticos que permitan cernir el concepto que se quiera explicar²⁰, o permitiendo extender el uso del término a todo lo que se parezca suficientemente a tal o cual ejemplo, o

¹⁴ BOUVRESSE, J. 2003. Essai III, Wittgenstein ..., cit.; Ver también, CORDUA, C. 2013. Wittgenstein, Santiago, Ed. Universidad Diego Portales, 304 p.

¹⁵ PATTERSON, Dennis 2006. Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 3, 545-557 pp.

¹⁶ “Il ne peut donc pas y avoir de discipline consistant de la signification dans un sens comparable à celui auquel il y a une théorie de la matière.” BOUVRESSE, J. 2003, Essai III, Wittgenstein ..., cit.

¹⁷ Como lo indica Cordua, un juego de lenguaje es “una unidad funcional de elementos diversos pero parejamente sometidos al todo”. CORDUA, C. 2013. Wittgenstein ..., cit. 319 p.

¹⁸ “J’appellerai aussi “jeu de langage” l’ensemble formé par le langage et les activités avec lesquelles il est entrelacé”. WITTGENSTEIN, L. 2004, § 7.

¹⁹ Nótese que Bouveresse subraya el carácter fundamentalmente dinámico de los juegos de lenguaje en dos aspectos. Por un lado, éstos mantienen una relación esencial con el uso del lenguaje, como parte de una actividad o forma de vida. Por otro, los juegos son dinámicos en la medida en que aparecen, se transforman o desaparecen constantemente. Los juegos de lenguaje son esencialmente acción. BOUVRESSE, J. 2003, Essai III, Wittgenstein ..., cit.

²⁰ CORDUA, C., Wittgenstein ..., cit. 250 p.

a varios de ellos (analogía)²¹. En efecto, el derecho -que no es otra cosa que un lenguaje de especialidad²²-, sólo puede ser enunciado con los medios que le ha entregado el lenguaje natural, con su profundidad, pero también con sus límites²³. En rigor entonces, las formulaciones generales que conforman conceptos jurídicos, no sólo no tienen un significado preciso²⁴, sino que no pueden tener un significado unívoco²⁵. En la concepción wittgenstaniana del derecho, el “seguir una regla” es una práctica, es seguir costumbres, usos, instituciones²⁶. Este autor indica que las personas reaccionan de determinada manera a una orden, o a una regla, porque han sido “adiestradas” a eso²⁷. Así pues, podría sostenerse que el contenido semántico de conceptos generales de derecho, tales como, el hecho ilícito, o el interés social, sólo pueden ser encontrados en la práctica que se hace de tal noción, en un determinado juego de lenguaje²⁸.

²¹ BOUVRESSE, J. 2003. Essai III, Wittgenstein ..., cit.

²² BERGMANS, B. 1987. L'enseignement d'une terminologie juridique étrangère comme mode d'approche du droit comparé : l'exemple de l'allemand. *Revue internationale de droit compare*, Vol. 39 N°1, Enero-marzo 90 p.

²³ RICHARD, P. 2005. Les apports de Wittgenstein à la réflexion comparatiste. *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 57 N°4, 901 p.

²⁴ Fenómeno que ha ocupado un lugar central en la filosofía del siglo XX. Ver: AMSELEK, P. 1991. La teneur indécise du droit, *Revue du Droit Public*, 1199-1216 pp.

²⁵ En general por supuesto los autores pertenecientes al positivismo jurídico y al iusnaturalismo, que a pesar de ser considerados teorías antitéticas comparten pérfidamente la convicción de un sentido unívoco de las normas y conceptos jurídicos. Ver al respecto, AMSELEK, P. 1981. L'héritage jusnaturaliste du positivisme juridique. *Filosofía del Derecho y Problemas de Filosofía Social*. Volumen X, 62 p. En términos generales, plantean que existiría un núcleo de sentido inicial en todo concepto jurídico -lo que Locke llamaba “the real essence” y Dworkin “the deep structure”-. Ver, PATTERSON, D.1990. *Law's Pragmatism: Law as Practice & Narrative*. *Virginia Law Review*, 76.5, 550 p.

²⁶ WITTGENSTEIN, L., 2004. *Recherches philosophiques* ..., cit. § 199 y 202.

²⁷ WITTGENSTEIN, L., 2004. *Recherches philosophiques* ..., cit. § 206

²⁸ A este respecto, conviene advertir, que como lo indica muy justamente Patterson, la noción de regla que nos ofrece Wittgenstein no prescinde totalmente de la parte no opone realmente -como lo han hecho algunos comentaristas- un concepto centrado en el

Si esto es cierto –como es nuestra convicción-, podemos sacar dos conclusiones. En primer lugar, nos parece evidente que el contenido semántico de un mismo signo, varía según el juego de lenguaje en el que está inserto. Si es el caso para el lenguaje en general, resulta aún más manifiesto en el ámbito del derecho y su lenguaje de especialidad, estructurado por instituciones formales, códigos y costumbres explícitos²⁹. Por ende, es de esperarse que un mismo concepto jurídico no tenga un sentido idéntico en otra unidad de juego de lenguaje.

En segundo lugar, como ya lo indicamos, en una misma unidad, el contenido semántico de un signo es sujeto a permanente reorganización y redefinición. Por ende, el significado de los conceptos generales de derecho evoluciona y muta en una misma comunidad, según el consenso que se alcance en un determinado momento³⁰. Esto hace de ellos unidades de

“consenso social” del contenido de las reglas, al propuesto por Baker y Hacker en cuanto las reglas tendrían un sentido interno dado por su gramática. Existiría una relación entre la gramática de la regla y el consenso común, en cuanto la gramática descansaría en un edificio de práctica social que es el sujeto a permanente crítica y reconceptualización. PATTERSON, D. 2006, cit. 952 y 956 pp.

²⁹ RICHARD, P. 2005. cit. 904 p.

³⁰ Por ejemplo, el concepto jurídico francés de *bonnes mœurs*, presente en el *Code Civil*, ha conocido una extraordinaria mutación desde el siglo XIX hasta hoy. Esta expresión que podríamos traducir como “buenas costumbres”, refiere en el *Code*, principalmente a las costumbres sexuales y familiares de las personas. Desde la promulgación del Código decimonónico a hoy, la noción de *bonne mœurs* ha sido amputada de gran parte de su contenido, atendido la exigencia de respeto de la vida privada de las personas y la

sentido proteiformes que están en permanente construcción. Así, un mismo concepto general no solamente puede tener distintos sentidos en juegos de lenguaje diferentes, sino que también dentro de un mismo sistema, atendido el momento en que se pretenda definir.

En razón de ello, en esta investigación, nos valdremos del método dogmático y del método comparado. En efecto, atendido lo que hemos explicado *supra*, parece sensato examinar tanto los elementos que conforman nuestra práctica nacional del derecho, como el contenido semántico de las nociones en estudio en un sistema jurídico extranjero, que tenga *a priori* la misma estructura basal que el nuestro.

En cuanto al método dogmático, estudiaremos entonces en esta investigación de los elementos que conforman nuestra práctica jurídica. En primer lugar, nuestro derecho positivo, expresión de la soberanía nacional respecto a los problemas jurídicos en comento; en segundo lugar, la

prohibición de la discriminación, en particular en materia de orientación sexual. Por ello, si en el siglo pasado y podríamos decir hasta la década de los 60, la homosexualidad o el concubinato formaban parte del concepto de *mœurs*, éste recubre hoy solamente conductas que vulneran la integridad física y psíquica de las personas, y que son además delitos penales, tales como el incesto, la prostitución o la poligamia.

dogmática nacional, que es a su vez la expresión de la opinión del foro sobre estos asuntos; y, finalmente en la medida en que se pueda, la jurisprudencia, que aunque parece ser dispersa³¹, constituye finalmente la aplicación concreta del derecho. Como lo veremos en el desarrollo de esta investigación, en cuanto a la jurisprudencia, existe una importante diferencia de práctica en Chile y en Francia. Por un lado, en nuestro ordenamiento jurídico, hasta la reciente reforma³² las sanciones impartidas por el órgano regulador son conocidas por vía de recurso de reclamación por el Poder Judicial³³. Para el peligroso ejercicio de la determinación de una noción, esta bilateralidad del discurso jurídico resulta a nuestro juicio, incómodo. En efecto, como es sabido, los órganos regulatorios tienen un lenguaje que les es específico funcional al modelo normativo que es el suyo³⁴. En efecto, la regulación como lo indica Gaudemet, es una actividad cuyo fin principal es ordenar el mercado, todos los mercados, o cualquier mercado. Como tal, es un ejercicio normativo hiper-especializado, que está

³¹ Subrayamos que en el análisis del ordenamiento jurídico chileno, el examen de la jurisprudencia es importante pero no gravitante, siendo esto una importante diferencia con el sistema jurídico francés. En efecto, tal como lo observaremos en el desarrollo de esta investigación, en Francia, la sistematización de la noción de hecho ilícito es construida mayormente por la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, inspirada sin lugar a dudas de opiniones de la doctrina nacional. En nuestro país al contrario, la jurisprudencia judicial en esta materia, versa en gran parte sobre reclamaciones de sanciones interpuestas por la SVS, por lo que en primer término, el tejido jurisprudencial adolece de la dicotomía a la que ya hemos aludido, lo es ya una dificultad al desarrollo dogmático de las nociones jurídicas. En segundo término, este tejido jurisprudencial no cuenta con una masa crítica que permita realmente sacar conclusiones contundentes, al menos en gran parte de los problemas jurídicos que son planteados por el tema en estudio.

³² CHILE. Ministerio de Hacienda. 2017. Ley 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero. Al tenor del artículo 71 de esta nueva disposición, las sanciones de la Comisión podrán ser objeto de un recurso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

³³ CHILE. Ministerio de Hacienda. 1980. D.L. N° 3.538, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, artículo 44.

³⁴ GAUDEMET, Y. 2004. Introduction, *Revue française d'administration publique*, 109:13-16.

enteramente orientado a que los agentes del mercado sigan las reglas del juego³⁵. Es en el fondo, una normatividad orientada a la protección de la competencia. Como tal, no está –o no debiera estar- interesada en el daño sufrido por tal o cual particular, ni tampoco en rigor en la responsabilidad personal de tal o cual dirigente o accionista. Los órganos regulatorios están orientados a la preservación del orden público económico, y en ese marco, el daño inferido a particulares es sólo un síntoma del disfuncionamiento del mercado, y la responsabilidad de otros agentes en ese daño, es un instrumento de regulación, entre otros. Pero ninguno de estos dos fenómenos es verdaderamente un fin en sí. El objeto de esta normatividad evidentemente determina su lenguaje, pues si de reglas de mercado se trata, la lógica regulatoria debiera ser –y lo es, como veremos en algunas sentencias-, ante todo infraccional. Es decir, la regla de decisión³⁶ regulatoria fundamental es ¿este agente siguió las reglas?. En cambio, el lenguaje jurisdiccional propio de la responsabilidad civil es mucho más sutil

³⁵ GAUDEMET, Y. 2004. Introduction ..., cit.14 p.

³⁶ Hacemos referencia aquí a la taxonomía que diferencia las reglas de conducta de las reglas de decisión. Se ha sostenido que las reglas de decisión son aquellas que permiten a los adjudicadores del derecho –jueces principalmente-, trazar la frontera entre lo lícito y lo ilícito. Formulan así deberes generales de comportamiento, que el juez dará por infringido en determinados supuestos. En cambio las primeras especifican un estándar abstracto de comportamiento de contenido tipificado. Dan-Cohen grafica muy bien esta distinción normativa proponiendo hacerla operar en un *thought experiment*, en el que existirían dos grupos de personas: el público en general que realiza determinadas conductas por un lado, y los adjudicadores del derecho que toman decisiones respecto a estas referidas conductas del primer grupo. Este autor propone imaginar que estos dos grupos se encuentran en dos piezas totalmente aisladas acústicamente, circunstancia en la que habría que reconocer, sostiene el autor, que la ley necesariamente contiene dos categorías de mensajes: una que está dirigida al público en general, que le provee de guías de conductas específicas y otra, que provee a los adjudicadores del derecho, guías para tomar decisiones. Este autor denomina las primeras, reglas de conducta y las segundas, reglas de decisión. Ver en particular, DAN-COHEN, M. 1983. Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law, 97 Harv. L. Rev. 625, 629-634 pp.

y particular. No se trata aquí de preservar el mercado y sus reglas del juego, sino que evitar que algunos soporten el costo de perjuicios, cuya responsabilidad fue de un tercero. Se trata aquí de imputaciones de responsabilidad para determinar quién soporta el costo del daño. De modo que, el discurso jurisdiccional no está orientado solamente a la infracción. Se interesa a la conducta de cada agente, a su subjetividad eventualmente, a lo que le corresponde soportar y lo que no. No se está aquí velando por el mercado y sus reglas. Por ello, que las infracciones cursadas por órganos regulatorios sean revisadas por el Poder Judicial, causa un efecto paradójico respecto a la determinación del ilícito de que se trate. En términos generales -y lo podremos observar en los comentarios de sentencias que realizaremos en esta investigación-, las nociones de ilícitos que emergen de las resoluciones de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) suelen ser simples y pulidas, y el problema jurídico gravitante es la mayoría de los casos el efectivo incumplimiento de una regla de conducta. Al contrario, con ocasión de las reclamaciones interpuestas en contra de dichas resoluciones, los jueces del fondo y las Cortes de Apelación y Suprema eventualmente, intervienen en la discusión jurídica con una lógica del todo distinta a la de la SVS, pues el interés de los jueces aquí gravita en torno a

la reglas de decisión planteadas por nuestra legislación, en relación a la licitud o ilicitud del comportamiento de los directores. Éstas son fundamentalmente dos: ¿Fueron leales los directores al interés social? y ¿Fueron diligentes los directores en su actuar?. Esta dicotomía de lenguaje en la jurisprudencia nacional, relativa al hecho ilícito cometido por los directores en el ejercicio de sus funciones, como lo veremos, tiende a opacar el razonamiento, tanto de los jueces como de las partes, e impide a nuestro juicio, extraer categorías nítidas.

Por su lado, la jurisprudencia francesa podrá parecer desde una perspectiva chilena, muy general. En efecto, tal como se hará evidente en el desarrollo de este trabajo, la *Cour de Cassation* no opera necesariamente con la categoría de responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas, sino que con una categoría general de responsabilidad de los dirigentes societarios, lo que engloba todos los tipos de sociedad y no sólo las sociedades anónimas. Si bien en nuestro país existe todavía discusión³⁷

³⁷ PUGA VIAL, J.-E. 2011. La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado. 2ª Ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 11 p.

acerca de la naturaleza jurídicas de las sociedades anónimas y lo que puede diferenciarlas –o no- de las demás, lo cierto es que es a nuestro juicio, es una discusión anacrónica que no tiene mayor interés práctico, por lo que no lo abordaremos.

Además del método dogmático, utilizaremos en esta investigación el método comparado. Específicamente, realizaremos ejercicios de micro-comparación³⁸ de nociones jurídicas específicas –interés social, funciones de administración, hecho ilícito desde luego, etc.-, existentes en el derecho chileno y el derecho francés.

La elección de Francia como país de comparación se sustenta por dos razones. En primer lugar, y fuera de todo contexto histórico, Francia es un país en el que el juego de lenguaje relativo a las nociones en estudio es muy rico y está elaborado. Tal como se pudo observar en la reciente reforma del *Code Civil* francés³⁹, y como se lo ha reconocido el propio Ministro de

³⁸ ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H. 1998. Introduction to comparative Law. 3° Edición. Oxford, Oxford University Press, cit. p. 189.

³⁹ FRANCIA. Ordonnance n° 2016-131 del 10 de febrero de 2016 “portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”.

Justicia Francés para el proyecto de reforma de la responsabilidad civil⁴⁰, la doctrina, la jurisprudencia y la ley están en permanente diálogo y se retroalimentan mutuamente, lo que evidentemente contribuye a la sofisticación sustantiva. Por otro lado, respecto al tema en estudio, Francia tiene un derecho positivo muy similar al derecho chileno, pero sorprendentemente, la aplicación de estas normas sustantivas no da los mismos resultados que aquí. Desde un punto de vista lingüístico y comparativo, nos parece interesante que en base a un mismo soporte normativo, el derecho pueda ser tan disímil en su aplicación y en su significado.

Esto último nos lleva a una importante prevención que creemos es necesario hacer respecto a la aplicación del método comparado. Hoy en día, la casi totalidad de los países utilizan el derecho comparado como proveedor de soluciones jurídicas provenientes de otros sistemas. Y en países emergentes como el nuestro, es incluso considerado como el camino

⁴⁰ En su discurso de presentación del Proyecto de Ley de Reforma del derecho de la responsabilidad civil, el Ministro de Justicia francés, Jean-Jacques URVOAS, indicó que éste viene a modernizar, clarificar nuestro derecho positivo, y enriquecerlo de dos siglos de jurisprudencia y doctrina. [en línea] <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/discours-de-2017-12856/projet-de-reforme-de-la-responsabilite-civile-29780.html>

por excelencia al desarrollo. La globalización del mundo, y especialmente de occidente, trajo consigo el crecimiento económico de los países, al abrir nuevos mercados para vender sus productos y conseguir mayor cantidad de inversionistas para financiar su desarrollo⁴¹.

Tanto la apertura de mercados como la atracción de inversiones requieren el despliegue de una operación de seducción jurídica, toda vez que para ser un “compañero aceptable” en los negocios, los países deben demostrar que tienen instituciones jurídicas razonables, funcionales y comprensibles para quienes quieran relacionarse con ellos. Esto ha llevado las naciones a insertar en sus legislaciones internas, instituciones jurídicas extranjeras, que les provee el derecho comparado, con el fin de ser más legible para los *partners* económicos que les interesan. Esta disciplina por lo tanto, en esta dimensión de ingeniería legislativa ha abierto un verdadero “mercado de la cultura legal”⁴², en el que compiten instituciones de derecho provenientes de distintas tradiciones y sistemas jurídicos⁴³. En este mercado

⁴¹ STIGLITZ, J. 2005. The Overselling of Globalization, in Globalization: What’s New. Columbia University Press, 231 p.

⁴² MATTEI, U. 1994. Efficiency in Legal Transplant: an Essay in Comparative. Law and Economics. International Review of Law and Economics. Vol. 14, (1): 3-19.

⁴³ Usaremos en este análisis, los conceptos de familia jurídica y sistema jurídico en el sentido acuñado por Zweigert y Kötz. Por sistema jurídico entendemos construcciones jurídicas acabadas y coherentes que tienen la vocación de aplicarse en un determinado

de la cultura legal, se transan e intercambian soluciones jurídicas de un país a otro por la vía de la trasposición de normas jurídicas⁴⁴.

El área de los Gobiernos Corporativos ha sido particularmente permeable al fenómeno de trasposición. En efecto, la literatura al respecto ha sido marcada estas últimas décadas por movimientos doctrinales que han determinado en gran medida la interacción de los sistemas jurídicos entre ellos. Dos proposiciones doctrinales han sido especialmente significativas en la conformación del marco teórico de la administración de sociedades anónimas.

Primero, la Teoría de la Convergencia, que postula que los sistemas jurídicos compiten por la hegemonía de sus soluciones, y ganan o ganarán, las soluciones más eficientes económicamente. Autores como Hansmann y Kraakmann afirman que los sistemas jurídicos se armonizarán inexorable e

espacio geográfico. Estos sistemas a su vez se agrupan en familias jurídicas, que comparten historia común, método jurídico predominante, instituciones distintivas similares, mismas fuentes del derecho e ideología que inspira y dirige sus políticas legislativas. ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H. 1998 cit. p. 196.

⁴⁴ Este fenómeno ha sido definido por Alan Watson como *"the moving of rule of a system of law from one country to another"*. Citado por MATTEI, sección 2.

irreversiblemente en un modelo único determinado, puesto que otros modelos de gestión corporativa han fracasado ⁴⁵. Organismos internacionales tales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o la OCDE, haciendo eco a esta teoría (o tal vez inspirándola) ha incentivado la trasposición de normas jurídicas, llamando a la homogeneización voluntaria ⁴⁶.

En segundo lugar, la Teoría del Origen Legal. Siguiendo la huella de la Teoría de la Convergencia, un grupo de académicos realizó una serie de estudios comparativos de distintas legislaciones y su desempeño relativo a la protección de los inversionistas en los mercados de valores ⁴⁷. La conclusión de este artículo es que el origen legal de los sistemas determina el desarrollo del mercado financiero de un país. Los ordenamientos

⁴⁵ HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R. 2000. The End of History For Corporate Law. [en línea] <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/280.pdf>

⁴⁶ La OCDE ha sido particularmente activa en la materia. En el documento “Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE”, establece seis principios generales que debieran estructurar el Gobierno Corporativo: 1) Proteger los derechos de accionistas. 2) Asegurar el tratamiento equitativo para todos los accionistas, incluyendo a los minoritarios 3) Todos los accionistas deben tener la oportunidad de obtener una efectiva reparación de los daños por la violación de sus derechos. 4) Reconocer los derechos de terceras partes interesadas y promover una cooperación activa entre ellas y las sociedades en la creación de riqueza, generación de empleos y logro de empresas financieras sustentables. 5) Asegurar que haya una revelación adecuada y a tiempo de todos los asuntos relevantes de la empresa, incluyendo la situación financiera, su desempeño, la tenencia accionaria y su administración. 6) Asegurar la guía estratégica de la compañía, el monitoreo efectivo del equipo de dirección por el Directorio y las responsabilidades del mismo con sus accionistas. [en línea] <<https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>>. Por su lado, el Banco Mundial realiza recomendaciones y monitorea el desarrollo de las legislaciones nacionales en materia de Gobiernos Corporativos a través de Doing Business. Ésta realiza anualmente un ranking de más de 180 economías respecto a la facilidad de realizar negocios en cada una de ellas. Actualmente Chile está en el n°39 del ranking general, y en el n°32 en el ítem de protección a los inversionistas. Disponible en: <www.doingbusiness.org>.

⁴⁷ Que es en gran medida el tema central de los Gobiernos Corporativos

jurídicos de derecho continental tienen un desarrollo financiero inferior a los países de *common law*, lo que permitiría concluir que el *common law* aporta soluciones más eficientes económicamente⁴⁸. Resultaría por lo tanto deseable que se trasplanten las normas de *common law* en materia de mercado de capitales y de derecho corporativo. Éste artículo es el más explícito de una larga serie de estudios que han tenido gran influencia en la literatura especializada. Incluso, algunos pueden ser encontrados en el sitio web de *Doingbusiness* como base metodológica de su ranking⁴⁹.

Sin embargo, si bien como lo señalamos, la práctica de la trasposición de normas es un fenómeno generalizado, es un ejercicio difícil cuyos resultados son discutibles.

En primer lugar, porque para admitir la posibilidad de transferencia de normas legales, es necesario considerar las normas en su única

⁴⁸ LA PORTA, R., LOPEZ-DE-SILANES, F., & SHLEIFER, A. 2008. The economic consequences of legal origins. *Journal of economic literature*, 46(2): 285-332.

⁴⁹ PORTA, R., LOPEZ DE SILANES, F., SHLEIFER, A., & VISHNY, R. W. 1997. Legal determinants of external finance. *The journal of finance*, 52(3): 1131-1150; PORTA, R., LOPEZ-DE-SILANES, F., SHLEIFER, A., & VISHNY, R. W. 1998. Law and finance. *Journal of political economy*, 106(6): 1113-1155.; PORTA, R., LOPEZ-DE-SILANES, F., SHLEIFER, A., & VISHNY, R. W. 2000. Investor protection and corporate governance. *Journal of financial economics*, 58(1) : 3-27.

dimensión positiva, sin “conexión social alguna”⁵⁰. Sólo en esta dimensión textualista, pueden migrar, ser exportadas e importadas de un sistema jurídico a otro, sin importar la familia jurídica a la que pertenece el sistema de origen y el sistema receptor, y sin importar tampoco las circunstancias económicas, institucionales y sociales contingentes de ambos. Sin embargo, autores importantes consideran que las normas jurídicas son al contrario productos culturales que no tienen vida autónoma fuera de su contexto económico y social. Legrand⁵¹ señala por ejemplo, que para el análisis de las normas legales es necesario examinar tanto la letra del texto, como lo que denomina, la *interpretación* del mismo, que es propia de cada cultura. En el mismo orden de idea, Douglas North⁵² indica que el marco institucional es sólo una parte de las decisiones tomadas por las organizaciones. Sostiene que los límites informales del comportamiento humano, los códigos de conductas implícitos, las sanciones sociales e interpretación o extensión de las normas formales, son mucho más importantes. Es la razón que explica por qué disposiciones legales idénticas no tienen el mismo efecto según el lugar donde se aplican.

⁵⁰ LERNER, P. 2004. Sobre armonización, derecho Comparado y la relación entre ambos. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 111: 919-966

⁵¹ LEGRAND, P. 1999. Sur l'analyse différentielle des juriscultures. *Revue internationale de droit comparé*, 51(4) : 1053-1071.

⁵² NORTH, D. C. 1993. Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. Fondo de Cultura Económica, México, 54 pp.

La trasposición de normas revela ser un ejercicio riesgoso, también porque supone admitir que existen sistemas jurídicos mejores que otros. La premisa anterior permite en efecto llegar a esta conclusión, en cuanto si una norma jurídica carece de contexto, su eficiencia o ineficiencia emana solamente de ella, de su letra. Por lo que surtiría el mismo efecto en cualquier institucionalidad en que se le trasponga. Sin embargo, la evidencia muestra que las experiencias de trasposición son a menudo poco satisfactorias.

El derecho comparado abunda de ejemplos de trasposiciones fallidas. Especialmente de países emergentes que intentan mimetizar sus instituciones con las de los países económicamente más desarrollados, o con sus antiguos colonizadores⁵³. Expondremos aquí un solamente el ejemplo de Rusia, un *cas d'école* en materia de Gobiernos Corporativos. Cuando cayó el régimen socialista, se privatizaron en un muy breve tiempo

⁵³ Por ejemplo, varios países de África francófona como Burundi, Burkina Faso o Senegal, intentaron en algún momento de su historia dotarse de constituciones parecidas a la constitución francesa, provocando importantes problemas institucionales en el país. Ver: BOLLE, S. 2005. Des Constitutions «Made In» Afrique. Communication au VIe Congrès français de droit constitutionnel, Montpellier, 9 : 10-11. [en línea] < <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/BOLLE.pdf> >.

una gran cantidad de empresas que pasaron a regirse por el derecho privado en formación. En materia de Gobiernos Corporativos, la nueva institucionalidad rusa tuvo especial cuidado en dotarse de normas que pasaran el exigente cedazo de los países del oeste⁵⁴. Es así como a mitad de la década del 90, la Federación Rusa contaba ya con un Código civil de inspiración francesa y una ley de mercado de valores (Federal Law No. 208-Fz On Joint-Stock Companies)⁵⁵ que se hacía cargo de gran parte de las recomendaciones formuladas por los organismos internacionales en materia de Gobiernos Corporativos⁵⁶. Con todo, la gestión de las sociedades que ofrecen sus valores al público, fue calificada por muchos como un verdadero fiasco en los años que siguieron. En gran parte, porque las leyes formales entraron en conflicto con las normas informales que habían guiado Rusia por siglos, por lo que las leyes recién promulgadas, fueron sistemáticamente ignoradas por el mercado de valores de la Federación⁵⁷.

Retomando las palabras de North, las modificaciones de las leyes formales,

⁵⁴ HELLER, M. y FOX, M. 1999. Lessons from Fiascos in Russian Corporate Governance. University of Michigan, Working paper, N° 98-012. [en línea] <https://cloudfront.escholarship.org/dist/prd/content/qt42z3f7z0/qt42z3f7z0.pdf>; en el mismo sentido: BUCK, T. 2003. Modern Russian corporate governance: convergent forces or product of Russia's history?. *Journal of World Business* 38.4 (2003): 299-313; MCCARTHY, D. y PUFFER, S. 2002. Corporate Governance in Russia: towards a European, US, or Russian Model?. *European Management Journal*. Volume 20, Issue 6: 630-640.

⁵⁵ [en línea] <http://www.eng.rushydro.ru/file/main/english/investors/corp_law/FEDERAL_LAW_ON_JOINT_2002.pdf>.

⁵⁶ Según informe del Fondo Monetario Internacional: *"The legislation in force in Russia, as one can see from the above, has already incorporated a number of important measures to protect shareholders' rights (for all practical purposes, the only thing missing is mandatory dividends and the right of a minority of shareholders to overturn management decisions)."* [en línea] <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/seminar/2000/invest/pdf/vasil2.pdf>>.

⁵⁷ JUDGE, W. y NAOUMOVA, I. 2004. Corporate Governance in Russia. What model will it follow?. *Corporate Governance: An International Review*. Vol. 12, 3 : 302-313.

incluso drásticas, no tiene relación ni directa ni inmediata con la modificación de las normas informales que subtienden una cultura. Ni con el Código de Gobierno Corporativo más puro y lleno de buenas intenciones, Rusia post-comunista iba a cambiar seculares costumbres de negocios.

A nuestro juicio, lo que acabamos de exponer es razón suficiente para no abordar este análisis comparativo con ánimo traspositivo. Partimos al contrario del principio que ambos sistemas jurídicos, tienen falencias y virtudes, y son - como todo en el derecho - imperfectos y llenos de brechas, en su modo de funcionar único dentro de su propia cultura jurídica, o juego de lenguaje.

Nuestro enfoque analítico es puramente introspectivo, y se ajusta más a la función del derecho comparado como instrumento de análisis del derecho interno al que aludimos al comienzo de esta presentación.

Al respecto, como nos lo señalaron Zweigert y Kötz, en su clásica obra de derecho comparado, éste *“is an “école de vérité” which extends and*

enriches the “supply of solutions” (Zitelmann) and offer the scholar of critical capacity the opportunity of finding the better solution for his time and place”. En efecto, el derecho comparado es una disciplina que, al parecer de algunos autores, inserta cierto grado de subversión en el derecho⁵⁸, en cuanto tiene la potencialidad de cuestionar el *establishment* doctrinal y cultural de un orden jurídico determinado. Como lo sostiene Legrand⁵⁹, todo acto de comparación es una crítica ideológica de un derecho, en particular, porque la atribución de sentido a un texto, busca satisfacer intereses iniciales que son distintos al interés de buscar el sentido del texto. Por ello, este autor sostiene que es insertando en el gran mecanismo positivista que nos embrutece con sus discursos proliferantes, los granos de arena que constituyen las comparaciones elaboradas a la luz de las semiósferas⁶⁰ jurídicas, que el derecho comparado puede ser subversivo⁶¹.

Esa será la postura analítica que adoptaremos en esta tesis doctoral.

⁵⁸ MUIR-WATT, H. 2000. La fonction subversive du droit comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Vol. 52 (3) : 503-527.

⁵⁹ LEGRAND, P. cit. p. 216.

⁶⁰ En el texto original: “sémiosphère”, término acuñado por Yuri Lotman que refiere al espacio semiótico de una cultura particular.

⁶¹ Traducción libre de la suscrita.

CAPITULO I. LA DETERMINACIÓN DE LOS PODERES DE LOS DIRECTORES COMO ESTRUCTURADOR INICIAL DE LA NOCIÓN DE HECHO ILÍCITO

No se puede realizar el ejercicio de cernir la noción de hecho ilícito en el estatuto de responsabilidad de los directores de sociedad anónima, sin antes determinar las funciones que ejercen y los poderes que les son conferidos para el ejercicio de éstas. En efecto, existe una relación directa entre lo que se pide y puede hacer, y la caracterización de lo lícito y lo ilícito. En este primer capítulo entonces, nos abocaremos a definir en una primera sección, las funciones que les son conferidas a los miembros del directorio y los poderes que les son conferidos para ello (1.). En una segunda sección examinaremos la naturaleza específica de estos poderes (2.), para finalmente analizar la finalidad que les ha dado ley (3.).

1. Su contenido

1.1. En Francia

Como ya se señaló en la introducción, Francia tiene dos modelos de gobiernos corporativos que pueden ser elegidos por indistintamente por las sociedades anónimas, sea cual sea su tipo o el monto de su capital. Para cada uno de ellos, la ley organiza expresamente la distribución de las funciones de administración entre los distintos órganos de la sociedad, por lo que examinaremos cada tipo de organización por separado.

1.1.1. El modelo monista

En las sociedades que han optado por un gobierno corporativo monista –que, son al día de hoy la inmensa mayoría de éstas, cerradas o abiertas-, las funciones de administración son ejercidas fundamentalmente por dos tipos de órganos.

El *Conseil d'Administration*. Como lo indica el artículo L. 225-17 del C.Com.fr., en términos generales, la sociedad es administrada por un *Conseil d'Administration* (en adelante CdA), que vendría a ser el equivalente a nuestro directorio. Esta institución existe en la legislación

gala en su forma obligatoria desde 1940⁶², pero a contar de esa fecha, sus funciones específicas se han modificado y precisado sustancialmente.

En un inicio, la ley definía las atribuciones del CdA de manera amplísima, indicando que éste estaba investido de todos los poderes de administración de la sociedad. Esta redacción fue por décadas regularmente criticada por la doctrina, puesto que, aparte de no especificar lo que se entendía por “administración”, no siendo el CdA un órgano permanente de la sociedad, en la práctica, la dirección efectiva de los negocios societaria le era delegada o su presidente (P-DG) o a un tercero que le fuera subordinado, que para colmo, en virtud del artículo 113 de dicho cuerpo normativo, tenían exactamente las mismas funciones. Así las cosas, en la práctica, el CdA ejercía nada más que funciones de consejo y control del P-DG u otros delegatarios⁶³. En esta configuración, este *Conseil* tendía a convertirse en una simple instancia de ratificación de las decisiones tomadas por el P-DG o el o los que ejercieran las funciones de dirección

⁶² La figura del CdA fue creada por la ley del 16 de noviembre de 1940, que hizo obligatoria la organización del gobierno corporativo de las sociedades anónimas en un órgano colegiado, práctica que por lo demás estaba a esa fecha bastante consolidada. Fue retomada posteriormente por la ley del 24 de julio de 1966, que disponía en su artículo 89 original, que la sociedad anónima es administrada por un CdA.

⁶³ MERLE, P. 2009. Droit comercial: Sociétés commerciales, 13e Ed., Paris, Précis Dalloz, n° 395.

efectiva. Esta falta de precisión respecto a las funciones de administración, y especialmente su falta de reconocimiento legal, perjudicaba no solamente el funcionamiento mismo de la gestión societaria, sino que la repartición de las responsabilidades que debía asumir cada cual en los casos en los que se perpetrara un hecho ilícito.

Posteriormente, a partir de la década de los 90, se conoció en Francia un fuerte auge de las doctrinas anglosajonas de *corporate governance*, que preconizaban una definición clara de los poderes de cada órgano de administración en el seno de la sociedad, y los poderes que les está asociados. En particular, varios informes solicitados por el ejecutivo o la asamblea nacional, sugerían inspirarse de la práctica norteamericana en la que la administración de las compañías está escindida entre los *directors* y los *officers*, siendo los primeros los que conducen la administración general y los segundos los que la ejecutan⁶⁴.

⁶⁴ Ver por ejemplo, MARINI, P. 1996. La modernisation du droit des sociétés, Rapport au Premier Ministre. Doc. Fr. 1996; Rapport du Comité sur le Gouvernement d'entreprise présidé par M. Marc Viénot. 1999. [en línea] <http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot2_fr.pdf>

Fue finalmente la *Loi sur les Nouvelles Régulations Économiques* del 15 de mayo de 2001 (en adelante ley NRE), que resolvió esta tensión, modificando profundamente las funciones del CdA y creando una nueva figura específicamente ejecutiva. Así las cosas, el C.Com.fr. indica hoy en su artículo L. 225-35, que el CdA determina las orientaciones de la actividad de la sociedad y vela a su implementación efectiva. Puede avocarse de oficio el conocimiento todas las cuestiones que interesan el buen funcionamiento de la sociedad, y estatuye por deliberación sobre todos los asuntos que la conciernen, con como únicos límites, los poderes atribuidos a las juntas de accionistas y el objeto social. Asimismo, esta disposición indica en su inciso final que dicha institución procede a todos los controles y verificaciones que considere necesarias. Al tenor entonces de esta reformulación, dentro de las funciones generales de administración que les son conferidas al CdA, se pueden distinguir dos categorías.

En primer término, el *Conseil* orienta la actividad de la sociedad, lo que básicamente, significa que tiene un rol estratégico de determinación de las políticas societarias. Ahora bien, si la ley NRE lo explicitó en el

C.Com.fr., lo cierto es que, dicha función era ya ejercida desde antes por este órgano en la práctica. Como lo indicaba Paillusseau ya en los años 60, la función del CdA es gestionar la empresa, es decir, concebir, elaborar y decidir su política general⁶⁵. Dentro de esta primera categoría de funciones relativas a la orientación de la política societaria, podemos agregar la obligación de vigilar la implementación de estas orientaciones. En términos más concretos, el CdA vigila que el órgano que esté a cargo de la ejecución de las orientaciones que ha determinado, las implementen tal cual se acordaron. Por consiguiente, debe controlar el actuar del DG o del P-DG según sea el caso. En definitiva, estas dos funciones de primera categoría entonces significan a la vez un poder de “impulsión” y un deber de control⁶⁶.

Relacionado con lo anterior, el CdA está investido de poderes que la doctrina francesa llama de “invocación”⁶⁷, que llamaremos mejor aquí el poder de abocarse de oficio. En efecto, como lo indicamos, el artículo L. 225-35 C.Com.fr. reformado indica que el *Conseil* puede adjudicarse de

⁶⁵ PAILLUSSEAU, J. 1967. *La société anonyme, technique d'organisation d'entreprise*, Paris, Librairie Sirey, 214 p.

⁶⁶ LE CANNU, P. y DONDERO, B. 2014. *Droit des sociétés*, 6^o Ed., Paris, L.G.D.J., N^o 743.

⁶⁷ MERLE, P. 2009. cit., n^o 404.

oficio el conocimiento de todas las cuestiones que interesan el buen funcionamiento de la sociedad, y estatuye por deliberación sobre todos los asuntos que la conciernen. La redacción de este inciso de la disposición referida, es a gusto de algunos autores, enigmática. Resulta evidente que esta prerrogativa particular es una invitación al CdA a involucrarse activamente, en cualquier asunto que le parezca importante para el funcionamiento de la sociedad. Pero no debemos olvidar que las sociedades anónimas son instituciones jerarquizadas, en las que los poderes de gestión están repartidos entre distintos órganos legalmente constituidos. Por ello, la doctrina autorizada gala concuerde en decir que la correcta interpretación de esta norma indica que este poder de adjudicarse de oficio el conocimiento de determinados asuntos, es a la vez subsidiario y limitado⁶⁸. Es limitado naturalmente –y así lo indica la disposición en comento–, por el objeto social. En efecto, conforme al principio de especialidad, las funciones del CdA tienen relación con el ejercicio del negocio de la sociedad, y ningún otro. Es asimismo subsidiario, puesto que, por un lado, las juntas de accionistas tienen atribuciones específicas y exclusivas, en las que el CdA no tiene ninguna intervención posible ni competencia. Por otro, conforme a

⁶⁸ MERLE, P. 2009. cit. nº 459.

la escisión legal de las funciones de administración general y de dirección, éstas últimas son ejercidas por el P-DG o el DG, por lo que se debe entender que el poder de adjudicarse de oficio el conocimiento de asuntos societarios, es una invitación a intervenir, que deberá ser utilizada a criterio del CdA, mas no una obligación de participación permanente⁶⁹. Entender lo contrario dejaría sin efecto todas las disposiciones relativas a la repartición de funciones introducidas por la ley NRE.

En segundo lugar, el CdA tiene funciones de control y vigilancia. Como lo indicamos *supra*, el tercer inciso del artículo L. 225-35 C.Com.fr. dispone que el *Conseil* puede realizar los controles y verificaciones que considere oportunos. Algunos autores consideran que estas funciones son realmente poderes de investigación efectiva respecto al funcionamiento general de la sociedad⁷⁰, que debe articularse con el derecho de los consejeros a ser informados por el DG o el P-DG, cuestión que está resuelta por lo demás en el mismo artículo.

⁶⁹ COZIAN, M. VIANDIER, A. y DEBOISSY, F. 2003. Droit des sociétés, 16^e Ed., Paris, Litec, *spéc.* N° 698.

⁷⁰ LE CANNU, P. y DONDERO, B. 2014. N° 738.

Al respecto, la doctrina francesa ha indicado que los miembros del CdA tienen un evidente hándicap puesto que no participan de toda la fase preparatoria de las decisiones sobre las que tienen que estatuir, por lo que son dependientes de la información que les proporciona la dirección. Están de cierto modo a merced de los directivos⁷¹. La jurisprudencia de la *Cour de Cassation* desde hace varias décadas ya, considera que la base mínima de información que se les debe proporcionar a los miembros del CdA corresponde a los temas que están anunciados en el orden del día que convoca a reunión del *Conseil*. Así, en el conocido fallo *Cointreau*, un miembro del CdA de una compañía, consideró que estaba insuficientemente informado respecto a los puntos del orden del día, que iban a ser debatidos en la siguiente reunión, puesto que el P-DG no había adjuntado a la convocatoria, ni el informe que iba a exponer durante la reunión, ni los documentos relativos a las cuestiones que se iban a tratar. El requerimiento del consejero fue rechazado en primera y segunda instancia, atendido a que ninguna disposición legal obligaba la dirección a comunicar determinados documentos a la convocatoria de la reunión del *Conseil*. La *Cour* al contrario acogió el recurso, indicando que el P-DG debía permitirles a los

⁷¹ SCHOLASTIQUE, E. 1998. Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droit Français et anglais. Paris, LGDJ, p. 216.

miembros del CdA cumplir con su misión de manera informada, comunicando por consiguiente la información necesaria de manera previa y en un plazo suficiente⁷². En esta primera sentencia, el tribunal supremo francés indicó entonces que, fuera de toda obligación legalmente establecida respecto a la información que se le debe proporcionar a los miembros del CdA, ésta debe permitirles cumplir a cabalidad su función en las reuniones de consejo, lo que, de cierto modo, queda a discreción de los mismos consejeros.

Ahora bien, lo que estaba discutido en este fallo era la información que se debía entregar al momento de la convocatoria a la reunión, sobre los asuntos indicados en el orden del día. Por lo que en su momento se pudo suponer que eventualmente esta obligación de brindar la información necesaria solamente se circunscribía al orden del día. Sin embargo, al poco tiempo, la *Cour de Cassation* dictó otra sentencia⁷³ en la que un administrador reclamaba el acta de una reunión de *Conseil* a la que no había podido asistir, en la que se había fijado la remuneración del P-DG.

⁷² Corte de Cassación, Sala Comercial, 2 de julio de 1985, N° 83-16887.

⁷³ Corte de Cassación, Sala Comercial, N° 86-13682.

Había perdido en segunda instancia, pues la Corte consideró que por desgracia, ninguna disposición obligaba la sociedad o los directivos a entregar las actas de las deliberaciones del *Conseil* a los administradores ausentes. El tribunal supremo, confirmando su postura en la sentencia *Cointreau*, ordenó la entrega de dichas actas al administrador ausente, extendiendo así el derecho a la información de los administradores, más allá de las cuestiones fijadas en el orden del día, en este caso, a las deliberaciones efectivamente ocurridas en las reuniones del *Conseil*. Lo anterior despejó la duda relativa a la extensión del derecho de información de los consejeros, indicando entonces que es más amplia que el sólo orden del día.

El P-DG o DG. Como lo indicamos en la sección precedente, la Ley NRE organizó la disociación de las funciones de administración general que fueron entregadas al CdA, y las de dirección, que tienen vocación a ser asumidas o por el *Président Directeur Général* (P-DG que es la figura tradicional de organización del poder en las sociedades anónimas francesas), o por un *Directeur Général* (DG).

Hay que distinguir aquí entonces entre las funciones legalmente atribuidas a los DG, de aquellas atribuidas al *Président du Conseil d'Administration* (equivalente a nuestro presidente del directorio), y la forma que éste puede asumir además las funciones de DG.

Al tenor del artículo L. 225-56 del C.Com.fr., el DG –que es nombrado por el CdA-, está investido de los poderes más amplios para actuar en cualquier circunstancia en nombre de la sociedad, en el límite naturalmente del objeto social y de los poderes que la ley le ha conferido al CdA. Puesto que este último tiene funciones que como lo vimos están explícitamente dispuestas por la ley, estos poderes más amplios del DG conciernen todo lo que el *Conseil* ya no hace. De modo que, si el CdA determina las orientaciones de los negocios, tiene la facultad de intervenir a su criterio en cualquier asunto de la sociedad, y finalmente controla la implementación de las políticas que ha determinado, fatalmente el DG es el que ejecuta e implementa. Esto es congruente con el hecho que, contrariamente al *Conseil*, este órgano es permanente y como tal, es el más idóneo para gestionar la cotidianidad de los negocios de la compañía.

Ahora bien, por su parte el presidente del CdA tiene un estatus y funciones que le son propias, pero que se consolidaron en la práctica mucho antes de ser recogidas por el derecho positivo. Así, el artículo L. 225-51 del C.Com.fr. indica que el presidente organiza y dirige el trabajo del *Conseil*, el que reportará a la junta de accionistas. Esta disposición agrega que debe velar por el buen funcionamiento de los órganos de la sociedad, y debe en particular asegurarse que los administradores tengan los medios de cumplir sus funciones. El presidente es entonces un órgano de coordinación y supervisión de la gestión de la sociedad, que, por ejemplo, es el que tiene la responsabilidad de que la información circule en el seno de ésta. Si el CdA, en conformidad con lo dispuesto en el artículo L.225-51-1 del *Code*, elige una dirección unificada y le atribuye al presidente las funciones de DG, éste cumulará las dos. Como tal, éste ejercerá entonces las funciones específicas del Presidente, y las funciones de dirección ejecutivas del DG. De modo que el P-DG tiene atribuciones a la vez de administración estratégica y de dirección ejecutiva.

En resumidas cuentas, en el modelo monista, el CdA cumple funciones de administración estratégica y supervisión de la dirección ejecutiva la que a su vez es ejercida por el DG –sea éste presidente del CdA o no-. Además, el presidente del *Conseil* tiene funciones de control y vigilancia acentuadas, tanto respecto a la labor del mismo consejo, como de aquellas personas que ejercen cargos directivos. Desde nuestra perspectiva, si bien entendemos que el estatuto del Presidente recogido por el derecho positivo galo es ampliamente ejercido en la práctica desde hace décadas, lo cierto es que haber conservado la posibilidad que un miembro del CdA ejerza la dirección, y que a su vez tenga atribuciones de control acentuada, nos parece poco apropiado. En efecto, una de las ventajas que presenta la separación de la función de administración general y de dirección, es precisamente permitir en los modelos monistas que el ejercicio efectivo de la gestión sea controlado por otro órgano autónomo e independiente del de dirección. Sin embargo, si el que controla es el mismo que ejerce, obviamente los incentivos serán pobres para tomar medidas oportunas correctivas de disfuncionamientos en la gestión, y menos para detener la perpetración de hechos ilícitos.

1.1.2. El modelo dualista

Como se indicó en la introducción de esta investigación, el *C.Com.fr.* ofrece la posibilidad a toda sociedad anónima de dotarse de un gobierno corporativo dualista. En este caso, los artículos L. 225-57 y siguientes, reparten las funciones de administración entre un *Conseil de Surveillance* (en adelante, CdS), elegido por la junta de accionistas, y un *Directoire*, elegido por éste último.

Este órgano ejerce la dirección de la sociedad, en los mismos términos indicados *supra* que el DG o P-DG⁷⁴. Las únicas limitaciones a sus funciones son el objeto social y las atribuciones de otros órganos de la sociedad, como evidentemente las juntas de accionistas y el CdS.

A su vez, el CdS tiene funciones exclusivas de control y vigilancia sobre el *Directoire*⁷⁵, pudiendo efectuar todos los controles y verificaciones que juzgue oportunos –al igual que el CdA en la configuración monista–.

⁷⁴ Artículo L. 225-64 del C.Com.fr

⁷⁵ Artículo L. 225-68 del C.Com.fr.

Para este efecto, puede exigir que se le comuniquen todos los documentos e información que estime necesarios para el cumplimiento de su función.

No ahondaremos mayormente en la descripción de éste modelo, atendido que es adoptado de manera muy marginal por las sociedades anónimas francesas y no presenta mayor interés comparativo para nosotros, pues como lo veremos los párrafos siguientes, el modelo de gobierno corporativo creado por la Ley N° 18.046 (en adelante LSA), es estrictamente monista, por lo que para efectos de esta investigación nos centraremos en la figura jurídica del CdA y sus miembros.

1.2. En Chile

El panorama chileno es radicalmente diferente, ya que nuestra legislación no determina claramente las funciones de administración, ni parece explícitamente al menos, adjudicarlas claramente a tal o cual órgano societario. Lo que sabemos con seguridad, es que la LSA, reparte el cuidado

de la vida societaria de las anónimas abiertas entre tres órganos o grupos de personas. Éstos son, la junta de accionistas, el directorio y el comité de directores. Las atribuciones de cada uno de ellos están determinadas por la ley, y cómo lo veremos a continuación, son de naturaleza fundamentalmente distinta.

En primer término, la junta de accionista es el órgano deliberativo de la sociedad, que expresa la voluntad interna de la misma. Como lo indica Puga, “[L]a junta tiene por función manifestar la voluntad social en aquellos aspectos que la ley o los estatutos estiman que deben ser resueltos consultando a los accionistas. En consecuencia, la junta de accionistas es un órgano de funcionamiento ocasional que debe aprobar determinados asuntos que la ley o los estatutos entregan a su voluntad.”⁷⁶. En nuestra legislación interna, estos asuntos son, “1) El examen de la situación de la sociedad y de los informes de los inspectores de cuentas y auditores externos y la aprobación o rechazo de la memoria, del balance, de los estados y demostraciones financieras presentadas por los administradores o

⁷⁶ PUGA VIAL, J.-E. 2011. Cit. 549 p.

liquidadores de la sociedad; 2) La distribución de las utilidades de cada ejercicio y, en especial, el reparto de dividendos; 3) La elección o revocación de los miembros titulares y suplentes del directorio, de los liquidadores y de los fiscalizadores de la administración, y 4) En general, cualquiera materia de interés social que no sea propia de una junta extraordinaria.”⁷⁷, para las juntas ordinarias. Para las extraordinarias, “1) La disolución de la sociedad; 2) La transformación, fusión o división de la sociedad y la reforma de sus estatutos; 3) La emisión de bonos o debentures convertibles en acciones; 4) La enajenación del activo de la sociedad en los términos que señala el N° 9) del artículo 67; 5) El otorgamiento de garantías reales o personales para caucionar obligaciones de terceros, excepto si éstos fueren sociedades filiales, en cuyo caso la aprobación de directorio será suficiente, y 6) Las demás materias que por ley o por los estatutos, correspondan a su conocimiento o a la competencia de las juntas de accionistas.”⁷⁸

⁷⁷ Artículo 56 LSA.

⁷⁸ Artículo 57 LSA.

Las juntas de accionistas, son en definitiva el órgano político fundamental de la sociedad, en las que se toman las decisiones estratégicas gruesas de la vida societaria, pero es a la vez un órgano ocasional, que no tiene a propiamente tal funciones de gestión. Ello es natural, pues si bien los accionistas son los dueños del capital, y como tal, aquellos que asumen el riesgo de la inversión, su carácter ocasional no le permite tener funciones que suponen actividades cotidianas.

A su vez, el directorio tiene, conforme al artículo 40 del mismo cuerpo normativo, “todas las facultades de administración y disposición que la ley o los estatutos no establezcan como privativas de la junta de accionistas”. Esta definición de funciones negativa –esto es, todo excepto lo que es propio de las juntas de accionistas-, indica un amplísimo espectro de atribuciones exclusivas, al que la ley no impone ningún límite específico, ni en esa disposición en particular, ni en otra. Por ello, se debiera entender que el directorio está a cargo de absolutamente toda la gestión administrativa de la sociedad en todos sus aspectos.

Finalmente, las sociedades anónimas abiertas deben conformar un comité de directores, al que el artículo 50 bis de la LSA le confiere las atribuciones siguientes: “1) Examinar los informes de los auditores externos, el balance y demás estados financieros presentados por los administradores o liquidadores de la sociedad a los accionistas, y pronunciarse respecto de éstos en forma previa a su presentación a los accionistas para su aprobación; 2) Proponer al directorio nombres para los auditores externos y clasificadores privados de riesgo, en su caso, que serán sugeridos a la junta de accionistas respectiva. En caso de desacuerdo, el directorio formulará una sugerencia propia, sometiéndose ambas a consideración de la junta de accionistas; 3) Examinar los antecedentes relativos a las operaciones a que se refiere el Título XVI y evacuar un informe respecto a esas operaciones. Una copia del informe será enviada al directorio, en el cual se deberá dar lectura a éste en la sesión citada para la aprobación o rechazo de la operación respectiva; 4) Examinar los sistemas de remuneraciones y planes de compensación de los gerentes, ejecutivos principales y trabajadores de la sociedad; 5) Preparar un informe anual de su gestión, en que se incluyan sus principales recomendaciones a los accionistas; 6) Informar al directorio respecto de la conveniencia de

contratar o no a la empresa de auditoría externa para la prestación de servicios que no formen parte de la auditoría externa, cuando ellos no se encuentren prohibidos de conformidad a lo establecido en el de la en atención a si la naturaleza de tales servicios pueda generar un riesgo de pérdida de independencia; 7) Las demás materias que señale el estatuto social, o que le encomiende una junta de accionistas o el directorio, en su caso.”. Como lo podemos observar, el comité de directores tiene esencialmente como atribución examinar y apreciar los documentos financieros que serán presentados a los accionistas, y coordinar y supervisar la labor de los fiscalizadores y auditores externos a la sociedad. Esta es una labor especialmente acotada y restringida si la comparamos con aquella que el C.Com.fr. al *Conseil de Surveillance*, que como lo vimos *supra*, al tenor del artículo L 225-68 del C.Com.fr., ejerce un control permanente sobre la gestión de la sociedad, y tiene amplias facultades de control y fiscalización.

Entonces, si articulamos las disposiciones indicadas podemos concluir lo siguiente: En primer término, la junta de accionista es un órgano político deliberativo, y ocasional. Como tal, no tiene funciones de gestión y

administración a propiamente tal, sino que de orientación y designación de los órganos de administración. A su vez, el directorio recibe funciones amplísimas, sin ninguna restricción por lo que es dable concluir que éste ejerce absolutamente toda la administración. Y, finalmente, el comité de directores tiene determinadas atribuciones de examen, información y supervisión de la gestión de la sociedad. Por consiguiente, podemos razonablemente sostener que en las sociedades anónimas existe únicamente un órgano de administración y gestión, que es el directorio. Éste se encuentra en el centro de la estructura societaria puesto que es el único cuya definición de funciones es negativa. Es decir, él tiene todas las funciones de administración que no sean privativas de la junta de accionistas –artículo 40 LSA-. Por ello, examinaremos en una primera subsección las funciones del directorio, en el entendido que es un órgano de administración omnicomprendido, en una segunda parte, analizaremos las condiciones en las que el directorio puede delegar facultades de administración a otros órganos y, finalmente, describiremos con mayor precisión las atribuciones específicas que tiene el comité de directores y el alcance de las mismas.

1.2.1. El directorio como órgano de administración omnicomprendivo

Para la definición de las funciones conferidas por nuestro ordenamiento jurídico al directorio, es necesario tener en cuenta dos elementos. Por un lado, lo que la voz “administrar” significa, y por otro, las funciones efectivas que tienen otros órganos de la sociedad.

En cuanto al primer punto, cabe señalar que ni la LSA ni el Reglamento de Sociedades Anónimas (RSA) definen lo que debe entenderse por “administración”. Si nos atenemos a la definición del Diccionario de la Real Academia Española el espectro de atribuciones queda siendo igual de amplio pues éste señala que este vocablo significa “dirigir una institución; ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes”.

Sin embargo, en la práctica como lo indica muy justamente el profesor Sandoval, “administrar una sociedad no significa forzosamente dirigirla o

controlarla; la distinción se impone por la realidad de las cosas. Estos tres términos corresponden a tres funciones determinadas. “Administrar” es elegir una política para la empresa; “dirigir” es ejecutar esta política, y, finalmente, “controlar” es comprobar si se ha ejecutado bien lo que se ha decidido.”⁷⁹. Si quisiéramos detallar un poco cada categoría, podríamos decir que la primera contiene las facultades de tomar decisiones respecto a las oportunidades de negocios, inversión, contratación, remuneración de personal y de servicios en general, publicidad y gestión financiera, entre otros. La segunda categoría dice relación con la implementación efectiva de las decisiones estratégicas correspondientes a la primera categoría. Y finalmente la tercera dice relación con las funciones específicas de control y se divide en dos subcategorías: el control del cumplimiento legal, regulatorio y estatutario general, tarea para la que debe elaborar estrategias y mecanismos de control idóneos y eficientes, y por otro lado la supervisión de las delegaciones que ha otorgado en virtud del artículo 40 de la LSA.

⁷⁹ SANDOVAL LOPEZ, R. 2010. Derecho Comercial. Tomo I. Volumen 2, 7ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 157 p.

No obstante, contrariamente a la legislación francesa⁸⁰, nuestro ordenamiento jurídico no hace ninguna precisión ni distinción entre estas categorías de funciones de administración. Por ello, sostenemos que cuando la LSA refiere a la “administración”, ésta comprende la totalidad de las funciones que lo conforman.

En consecuencia, es dable sostener que el modelo de gobiernos corporativos nacional concentra el poder administrativo absoluto en el órgano del directorio, comprendiendo así, las tres funciones esenciales de la administración societaria, es decir, la administración estratégica, la dirección ejecutiva y el control de la administración. Aboga por este argumento, el hecho que como lo indicamos en la descripción *supra*, la LSA le atribuye funciones de administración a propiamente tal sólo al directorio, pues la junta de accionistas tiene funciones políticas y el comité de directores tiene atribuciones restringidas orientadas a la revisión y control. En consecuencia, desde esta perspectiva, si ningún otro órgano

⁸⁰ Como lo vimos *supra*, la legislación francesa distingue nítidamente estas tres funciones esenciales que en su conjunto conforman el ejercicio de administración de una sociedad, otorgándolas por mandato legal a distintos órganos. Esta repartición legal expresa de las distintas categorías de administración permite cernir con precisión las obligaciones y deberes de cada órgano societario, y evidentemente poder repartir nítidamente la responsabilidad que le incumbe a cada cual.

societario recibe funciones de administración –con excepción de aquellas específicas y limitadas otorgadas al comité de directores que examinaremos a continuación-, y que la definición de las funciones del directorio es tan amplia como lo indicamos, éste está legalmente a cargo de las tres categorías que indicamos. De lo contrario, esto querría decir que algunas funciones de administración no son ejercidas legalmente por nadie, lo que evidentemente, es una interpretación de la ley absurda que debe ser desechada de plano.

1.2.2. Las facultades y deberes residuales del comité de directores

Si bien, como lo indicamos en los párrafos precedentes, sin perjuicio de que el directorio sea el órgano que concentra el poder administrativo general dentro de las sociedades anónimas, en las abiertas como sabemos, se debe constituir un comité de directores al que la ley le otorga atribuciones específicas. En efecto, el artículo 50 bis de la LSA indica que éste “tendrá las siguientes facultades y deberes: 1) Examinar los informes

de los auditores externos, el balance y demás estados financieros presentados por los administradores o liquidadores de la sociedad a los accionistas, y pronunciarse respecto de éstos en forma previa a su presentación a los accionistas para su aprobación. 2) Proponer al directorio nombres para los auditores externos y clasificadores privados de riesgo, en su caso, que serán sugeridos a la junta de accionistas respectiva. En caso de desacuerdo, el directorio formulará una sugerencia propia, sometiéndose ambas a consideración de la junta de accionistas. 3) Examinar los antecedentes relativos a las operaciones a que se refiere el Título XVI y evacuar un informe respecto a esas operaciones. Una copia del informe será enviada al directorio, en el cual se deberá dar lectura a éste en la sesión citada para la aprobación o rechazo de la operación respectiva. 4) Examinar los sistemas de remuneraciones y planes de compensación de los gerentes, ejecutivos principales y trabajadores de la sociedad. 5) Preparar un informe anual de su gestión, en que se incluyan sus principales recomendaciones a los accionistas. 6) Informar al directorio respecto de la conveniencia de contratar o no a la empresa de auditoría externa para la prestación de servicios que no formen parte de la auditoría externa, cuando ellos no se encuentren prohibidos de conformidad a lo establecido en el artículo 242 de

la ley No 18.045, en atención a si la naturaleza de tales servicios pueda generar un riesgo de pérdida de independencia. 7) Las demás materias que señale el estatuto social, o que le encomiende una junta de accionistas o el directorio, en su caso.”

En primer término, cabe interrogarnos acerca de la naturaleza jurídica del comité de directores. En efecto, podríamos pensar que éste se asimila al órgano francés del *Conseil de Surveillance* al que hicimos referencia *supra*, en cuanto ejerce funciones de tercera categoría, esto es, de vigilancia y control. Sin embargo, sostenemos que este comité es de naturaleza fundamentalmente distinta al referido órgano francés, y ello, por dos razones.

En primer lugar porque éste no es un órgano independiente, que tenga realmente funciones propias. En efecto, el artículo 50 bis indica específicamente que el comité de directores tiene facultades y deberes mas no funciones. El uso de este vocabulario no es anodino, pues, la LSA

dispone claramente que el directorio tiene funciones, que el artículo 39 señala que no son delegables. Como bien sabemos, las palabras funciones y facultades no son sinónimos, pues de acuerdo al Diccionario de la Real Academia, “función” significa “Tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas”, y a su vez, el vocablo “facultad” es definido como “Poder o derecho para hacer algo”. De modo que, si el comité no tiene funciones que les sean propias, podríamos preguntarnos si acaso es porque no es considerado a propiamente tal como un órgano. Esta interpretación es plausible en la medida en que éste es una suerte de apéndice del directorio, pues como lo indica el artículo 50 bis, está compuesto por los mismos integrantes que dicho órgano. En efecto, el comité está integrado por tres miembros del directorio, dos de los cuales deben ser obligatoriamente independientes⁸¹. En caso de haber un solo director independiente, éste nombrará los dos restantes entre sus pares. Así las

⁸¹ Al tenor del tercer inciso del artículo 50 bis, podrá ser considerado director independiente aquel que no se haya, en los dieciocho meses anteriores, encontrado en las situaciones siguientes: “1) Mantuvieren cualquier vinculación, interés o dependencia económica, profesional, crediticia o comercial, de una naturaleza y volumen relevante, con la sociedad, las demás sociedades del grupo del que ella forma parte, su controlador, ni con los ejecutivos principales de cualquiera de ellos, o hayan sido directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o asesores de éstas. 2) Mantuvieren una relación de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con las personas indicadas en el número anterior. 3) Hubiesen sido directores, gerentes, administradores o ejecutivos principales de organizaciones sin fines de lucro que hayan recibido aportes, contribuciones o donaciones relevantes de las personas indicadas en el número 1). 4) Hubiesen sido socios o accionistas que hayan poseído o controlado, directa o indirectamente, 10% o más del capital; directores; gerentes; administradores o ejecutivos principales de entidades que han prestado servicios jurídicos o de consultoría, por montos relevantes, o de auditoría externa, a las personas indicadas en el número 1). 5) Hubiesen sido socios o accionistas que hayan poseído o controlado, directa o indirectamente, 10% o más del capital; directores; gerentes; administradores o ejecutivos principales de los principales competidores, proveedores o clientes de la sociedad.”

cosas, el comité de directores no puede ser considerado propiamente tal un órgano autónomo de la sociedad, sino que es un grupo dentro del órgano del directorio, cuyos integrantes tienen una característica específica –son independientes- lo que los hace más idóneos para realizar labores correspondientes a la tercera función, esto es, de vigilancia y control.

En segundo lugar, porque si examinamos la lista de atribuciones conferidas al comité, podemos percatarnos que ésta parece ser exhaustiva. Así lo indica no sólo la frase inicial –“El comité tendrá las siguientes facultades y deberes”-, que tiene una formulación cerrada, sino que también las siete facultades y derechos que les son atribuidas. De éstas, la más amplia es sin duda la número 7), que indica que podrá abordar “las demás materias” que le encomienden los estatutos, la junta de accionistas o el directorio, lo que indica que en cualquier caso, toda facultad o deber adicional que se le asigne, tendrá que ser expresamente encomendada por éstos otros órganos o por los estatutos, pues no se deducen de los otros numerales, ni se puede entender que tengan algún tipo de función intrínseca a su cargo, pues, la ley como lo vimos no le confiere funciones a

propiamente tal. Ahora bien, un somero examen de los numerales indicados permite concluir que las facultades del comité son fundamentalmente de dos tipos: examinar e informar. Y éstas conciernen específicamente las auditorías externas, las operaciones entre partes relacionadas y las políticas de remuneraciones del personal y planes de compensación de la planta gerencial.

Dicho esto, convengamos que las facultades del comité son extraordinariamente estrechas, en comparación con el *Conseil de Surveillance* francés. En efecto, en lo relativo al rol que desempeña cada cual, recordemos que el referido órgano francés puede efectuar todos los controles y verificaciones que juzgue oportunos, acerca de todas las materias de gestión y administración que conciernen la sociedad. No tiene limitación alguna respecto a la materia que aborde, y puede exigir que se le comunique todos los documentos que estime necesario para el cumplimiento de su función. Asimismo, los estatutos pueden estipular que determinadas operaciones sean previamente autorizadas por él para ser válidas. De modo que, el estatus legal del *Conseil* es fundamentalmente

diferente al del comité de directores chileno pues el primero es un órgano societario autónomo nombrado directamente por la junta de accionistas y el segundo está conformado por miembros del mismo directorio. En segundo lugar, el primero ejerce plenamente la función de administración de tercera categoría, por lo que se puede considerar que tiene reales funciones de administración, en cambio el comité chileno sólo tiene facultades restringidas en cuanto a los temas que puede abordar.

Así las cosas, podemos sostener que el comité de directores se asemeja mucho más a la comisión de auditoría española que al *Conseil de Surveillance* francés. En efecto el primero es un órgano típico de gobiernos corporativos dualistas, tal como lo expusimos en la introducción a este trabajo, por lo que es elegido directamente por la junta de accionistas y jerárquicamente se ubica por encima del *Directoire* que es el órgano de administración a propiamente tal. Así las cosas, los miembros del CdS no son ni pueden ser los mismos que los del *Directoire*, y la ley ha escindido las funciones de administración, atribuyéndole las de primera y segunda categoría al segundo, y las funciones de tercera categoría al CdS,

garantizando de este modo la independencia que requiere para vigilar y controlar el ejercicio de la dirección ejecutiva y administración estratégica.

Por lo contrario, la comisión de auditoría española se inserta en sistemas de gobiernos corporativos monistas, lo que explica que no sea, a propiamente tal un órgano independiente que tenga funciones exclusivas. El artículo 529 quatradesies de la Ley de Sociedades de Capitales española – agregado recién el año 2014⁸² - prevé la existencia de dicho comité, compuesto exclusivamente por consejeros no ejecutivos, nombrados por el consejo de administración, teniendo que ser la mayoría de ellos consejeros independientes⁸³. Las atribuciones de esta comisión son muy similares por lo demás a las que tiene comité de directores, pues concierne determinadas funciones de tercera categoría –fundamentalmente revisar e informar-,

⁸² Ley 31/2014 del 3 de diciembre del mismo año.

⁸³ “La comisión de auditoría estará compuesta exclusivamente por consejeros no ejecutivos nombrados por el consejo de administración, la mayoría de los cuales, al menos, deberán ser consejeros independientes y uno de ellos será designado teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o en ambas. En su conjunto, los miembros de la comisión tendrán los conocimientos técnicos pertinentes en relación con el sector de actividad al que pertenezca la entidad auditada. El presidente de la comisión de auditoría será designado de entre los consejeros independientes que formen parte de ella y deberá ser sustituido cada cuatro años, pudiendo ser reelegido una vez transcurrido un plazo de un año desde su cese. Los Estatutos de la sociedad o el Reglamento del consejo de administración, de conformidad con lo que en aquellos se disponga, establecerán el número de miembros y regularán el funcionamiento de la comisión, debiendo favorecer la independencia en el ejercicio de sus funciones [...]”.

acerca que temas específicos, tales como las remuneraciones o la gestión de los auditores externos⁸⁴.

En definitiva, en lo que concierne la atribución de funciones de administración, tal como lo anunciamos al principio de esta sección, el comité de directores tiene atribuciones propias que les son conferidas por la ley, que corresponden a las funciones de administración de tercera categoría. Pues bien, como esperamos haberlo demostrado, estas

⁸⁴ "Sin perjuicio de las demás funciones que le atribuyan los Estatutos sociales o de conformidad con ellos, el Reglamento del consejo de administración, la comisión de auditoría tendrá, como mínimo, las siguientes:

Informar a la junta general de accionistas sobre las cuestiones que se planteen en relación con aquellas materias que sean competencia de la comisión y, en particular, sobre el resultado de la auditoría explicando cómo esta ha contribuido a la integridad de la información financiera y la función que la comisión ha desempeñado en ese proceso.

Supervisar la eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos, así como discutir con el auditor de cuentas las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría, todo ello sin quebrantar su independencia. A tales efectos, y en su caso, podrán presentar recomendaciones o propuestas al órgano de administración y el correspondiente plazo para su seguimiento.

Supervisar el proceso de elaboración y presentación de la información financiera preceptiva y presentar recomendaciones o propuestas al órgano de administración, dirigidas a salvaguardar su integridad.

Elevar al consejo de administración las propuestas de selección, nombramiento, reelección y sustitución del auditor de cuentas, responsabilizándose del proceso de selección, de conformidad con lo previsto en los artículos 16, apartados 2, 3 y 5, y 17.5 del Reglamento (UE) n.º 537/2014, de 16 de abril, así como las condiciones de su contratación y recabar regularmente de él información sobre el plan de auditoría y su ejecución, además de preservar su independencia en el ejercicio de sus funciones.

Establecer las oportunas relaciones con el auditor externo para recibir información sobre aquellas cuestiones que puedan suponer amenaza para su independencia, para su examen por la comisión, y cualesquiera otras relacionadas con el proceso de desarrollo de la auditoría de cuentas, y, cuando proceda, la autorización de los servicios distintos de los prohibidos, en los términos contemplados en los artículos 5, apartado 4, y 6.2.b) del Reglamento (UE) n.º 537/2014, de 16 de abril, y en lo previsto en la sección 3.ª del capítulo IV del título I de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, sobre el régimen de independencia, así como aquellas otras comunicaciones previstas en la legislación de auditoría de cuentas y en las normas de auditoría. En todo caso, deberán recibir anualmente de los auditores externos la declaración de su independencia en relación con la entidad o entidades vinculadas a esta directa o indirectamente, así como la información detallada e individualizada de los servicios adicionales de cualquier clase prestados y los correspondientes honorarios percibidos de estas entidades por el auditor externo o por las personas o entidades vinculados a este de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas. Emitir anualmente, con carácter previo a la emisión del informe de auditoría de cuentas, un informe en el que se expresará una opinión sobre si la independencia de los auditores de cuentas o sociedades de auditoría resulta comprometida. Este informe deberá contener, en todo caso, la valoración motivada de la prestación de todos y cada uno de los servicios adicionales a que hace referencia la letra anterior, individualmente considerados y en su conjunto, distintos de la auditoría legal y en relación con el régimen de independencia o con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

Informar, con carácter previo, al consejo de administración sobre todas las materias previstas en la Ley, los Estatutos sociales y en el Reglamento del consejo y en particular, sobre: La información financiera que la sociedad deba hacer pública periódicamente, la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales y las operaciones con partes vinculadas."

atribuciones no son de partida funciones, como bien lo indica el artículo 50 bis de la LSA. Además, las atribuciones que les son otorgadas son restringidas, y expresamente determinadas por la ley. Finalmente, desde un punto de vista orgánico, el comité es como lo dijimos un especie de apéndice del directorio pues está compuesto y es elegido por los miembros del mismo. Por ello, es perfectamente dable concluir que éste no es un órgano sino un grupo de directores especializados que atendido sus carácter de independiente, ejercen dentro del mismo directorio las funciones de tercera categoría.

1.2.3. La delegación de facultades por parte del directorio

Si el directorio es el único órgano de administración de la sociedad, y es titular de las tres categorías de funciones que ya indicamos, ello no significa que las ejerza todas directamente. En efecto, el artículo 40 de la LSA señala que dicho órgano “podrá delegar parte de sus facultades en los

ejecutivos principales, gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o en una comisión de directores”.

Es necesario aquí hacer algunas precisiones preliminares, en lo que concierne el objeto mismo de la delegación. En efecto, tal como lo indicamos supra, las voces “funciones” y “facultades” no son sinónimas, y tal como lo indican los artículos 40 y 39 de la LSA, lo que se delegan son facultades, pero nunca funciones pues esto está prohibido por mandato legal.

Esta cuestión es importante, pues como lo indica el profesor Puelma, la administración de la sociedad por su directorio la impone la ley como norma de orden público, sin perjuicio de que el directorio ejerza esta administración directamente o mediante ejecutivos, de acuerdo al organigrama de administración que el propio directorio apruebe o determine. No obstante, este autor precisa que “ello no importa liberación de la responsabilidad del directorio como encargado por la ley de la

administración de la sociedad”, pues a diferencia de otras legislaciones, nuestra LSA no distingue entre dirección y administración de la sociedad y no le otorga al gerente calidad de coadministrador⁸⁵. De modo que, es dable sostener que en nuestra legislación vigente, no existe repartición de funciones de administración entre los distintos órganos de la sociedad, sino que sólo delegación de facultades parciales y determinadas.

Ahora bien, esta facultad de delegación, es a su vez amplia, pues da únicamente una indicación respecto a la extensión de las facultades delegables, y a las personas a las que se les delega. En cuanto al primer elemento, cabe tener presente que *a priori*, se puede delegar cualquier facultad, pero no todas, pues la disposición en cuestión indica que sólo se puede delegar parte de ellas. En lo que refiere al segundo punto, el artículo en cuestión indica una lista de personas y órganos que pueden ser susceptibles de recibir delegación de facultades de parte del directorio. Estos son, “ejecutivos principales, gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o en una comisión de directores”, lista que, por su

⁸⁵ PUELMA ACCORSI, A. 2011. Sociedades, Tomo II, 3ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 596 p.

formulación parece ser cerrada y está compuesta por delegatarios que al tenor de nuestra legislación vigente son terceros nombrados por el mismo directorio, o miembros del mismo directorio a los que se les asigne una facultad específica.

En cuanto a la práctica de la delegación de facultades por parte del directorio, como lo indica el profesor Barros, “es un principio aceptado de gobierno societario que las sociedades anónimas no son administradas directamente por el directorio, sino bajo la dirección de éste órgano”⁸⁶. A juicio de este autor, el directorio, en la práctica, realizaría directamente las siguientes funciones: “cuidar que la sociedad tenga una alta administración profesional y una estrategia de desarrollo de sus negocios; controlar la ejecución de ésta última por la administración; cuidar que la sociedad tenga sistemas contables, de información, de control y de auditorías apropiados; proveer la existencia de un control de los estándares legales y éticos en el funcionamiento de la compañía y; aprobar las decisiones de negocios e inversiones más importantes, usualmente a proposición de la

⁸⁶ BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 829 p.

administración.”⁸⁷. Parece compartir esta opinión también el profesor Puga, que señala que las funciones de administración propias del directorio constan de dos categorías. Por un lado, aquellas correspondientes a la toma de decisiones, que fijan las políticas de negocios de la sociedad. Por otro, aquellas funciones que corresponden a la “fiscalización del desarrollo de los negocios sociales gestionados por los gerentes”, e “implementación de mecanismos de contraloría interna”.

De modo que, si nos atenemos a lo que indican estos autores, el directorio sólo ejercería directamente, las primera y tercera categoría de funciones, esto es, las de administración estratégica y la de control y fiscalización –con la especificidad de las facultades que ejerce el comité, tal como lo indicamos *supra*-. No ejercería entonces la función de segunda categoría que corresponde a la dirección ejecutiva, por lo que, como lo señala Barros, “el directorio no tiene a su cargo la administración corriente de los asuntos de la compañía”⁸⁸.

⁸⁷ BARROS BOURIE, E. 2010. cit. 830 p.

⁸⁸ BARROS BOURIE, E. 2010. cit. 829 p.

A su vez, la práctica corporativa nacional en materia de sociedades anónimas abiertas parece confirmar lo indicado por la doctrina citada, pues si nos atenemos a los estatutos que rigen las 40 sociedades con mayor presencia bursátil en la Bolsa de Santiago, se puede observar que la casi totalidad de éstos, si bien establecen en alguna cláusula que “la sociedad será administrada por un directorio” –parafraseando así el inciso 2º del artículo 40 de la LSA-, prevén la delegación de facultades de gestión ejecutiva al gerente general⁸⁹.

Al respecto, corresponde preliminarmente despejar cierta confusión que existe en parte de nuestra doctrina. En efecto, Sandoval indica que en nuestra práctica nacional corporativa, “sea por el mecanismo estatutario o por el de la delegación contenida en un acto jurídico aparte, el presidente del directorio es investido de los poderes de dirección general de la sociedad”, siendo entonces éste, el “encargado de asumir individualmente la

⁸⁹ Cabe señalar que existen algunos matices en lo antes señalado. Por ejemplo, los estatutos de Antarchile S.A., distinguen entre la dirección y la administración pero en su artículo 10º indican que ambas funciones son otorgadas al directorio [en línea] https://www.antarchile.cl/documents/30193/31489/estatutos_antarchile2.pdf/78caee25-ea1e-d790-5e36-06ae09416737. Por su lado, y de manera más nítida, el título III de los estatutos de SAAM S.A. se titula “Dirección y administración”, y reparte dichas funciones entre el directorio y la gerencia general [en línea] < http://www.saam.com/wp-content/uploads/2016/08/SM_SAAM_Estatutos_sociales19_4_2016.pdf>

dirección de la sociedad anónima”⁹⁰. Este autor hace aquí un paralelo con la legislación francesa en cuanto en ésta, la ley del 24 de julio de 1966 “establece que el presidente del Consejo de Administración asume bajo su responsabilidad la dirección general de la sociedad”. No obstante, como lo vimos en las secciones anteriores, la ley NRE del año 2003 modifico profundamente las funciones atribuidas a los distintos órganos de la sociedad, escindiendo precisamente la administración estratégica de la dirección ejecutiva, en dos órganos distintos. De modo que a la fecha, ésta última es ejercida por un *Directeur Général* (D-G), cargo que puede eventualmente asumir el presidente del *Conseil d’Administration* o un tercero. Pero en ningún caso la dirección ejecutiva es inherente al cargo de presidente del directorio.

Por otro lado, los estatutos de las sociedades anónimas revisados para efectos de esta investigación, dan cuenta de una realidad distinta a la descrita por el profesor Sandoval, puesto que si bien todos ellos estipulan que el directorio deberá nombrar a su presidente, gran parte de ellos no

⁹⁰ SANDOVAL LOPEZ, R. 2010. cit. 158 p. “El presidente del directorio es el órgano encargado de asumir individualmente la dirección de la sociedad anónima en el derecho chileno.”

indican cuáles serán sus facultades⁹¹. Los que sí lo especifican señalan que el presidente del directorio tiene a su cargo la conducción del trabajo del directorio. Así por ejemplo, el artículo 26 de los estatutos de CAP S.A. indica que al presidente del directorio le corresponderá: “a) Presidir las Juntas Generales de Accionistas y las Sesiones de Directorio; b) Citar al Directorio a sesión extraordinaria cuando lo estime necesario, o cuando lo solicite la mayoría absoluta de los Directores; c) Citar, previo acuerdo del Directorio, a las Juntas Generales de Accionistas; d) Decidir con su voto los empates que se produzcan en las sesiones de Directorio; e) Firmar la Memoria, Balances y Estados de Contabilidad que el Directorio presente a los accionistas o acuerde publicar o distribuir; f) Ejercer las demás facultades y cumplir las demás obligaciones que estos estatutos o el Directorio lo señalen”⁹². En términos generales, la descripción del cargo de presidente presenta cierta similitud con aquella establecida por el artículo L. 225-51 del C.Com.fr. que indica que éste organiza y dirige el trabajo del directorio y vela por el buen funcionamiento de los órganos de la sociedad,

⁹¹ Por ejemplo, los estatutos de AES Gener S.A. [en línea] < <http://www.aesgener.cl/lang/EN/inversionistas/Gobierno%20Corporativo/Estatutos%20Sociales/Estatutos%20Sociales%20Abril%202011.pdf>>.

⁹² [en línea] http://cap.cl/cap/site/artic/20160519/asocfile/20160519134129/cap_estatutos_2015.pdf. En términos similares, ver el artículo 19 de los estatutos de CCU S.A. [en línea] < http://www.svs.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=cdae53acffaf3e29b0be4b1a9f179dedVFdwQmVFMTZRVE5OUkVFeVRWUkpNRTICUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1506777594>; Estatutos de COPEC S.A. [en línea] < <http://www.empresascopec.cl/wp-content/uploads/2015/11/Estatutos.pdf>>.

pero en su versión post NRE, es decir, sin las funciones de dirección ejecutiva. Adicionalmente, algunos estatutos le otorgan además a los presidentes, facultades de administración amplias en caso de emergencia, como por ejemplo, los estatutos de Colbún S.A. que estipulan en su artículo 22 que además de las funciones de conducción y organización del trabajo del directorio que hemos señalado anteriormente, al presidente le corresponde “[T]omar en caso de urgencia, en que no sea posible reunir al Directorio, todas las medidas que sean necesarias a los intereses de la sociedad, debiendo reunirse y dar cuenta al Directorio a la mayor brevedad posible.”⁹³, pero son facultades extraordinarias.

De modo que, es dable sostener que en nuestra práctica nacional, en las sociedades anónimas abiertas, el cargo de presidente del directorio tiene asociadas funciones de dirección y organización del trabajo del directorio, y eventualmente puede verse conferidas funciones amplias de administración en casos de urgencias calificadas, pero no de dirección ejecutiva. Esto tiene sentido puesto que en su calidad de miembro del directorio, el presidente de

⁹³ [en línea] < <https://www.colbun.cl/wp-content/uploads/2016/08/Estatutos-Sociales-Colbun-S.A.pdf> >

éste no participa en principio en la vida societaria cotidiana⁹⁴, por lo que difícilmente podría asumir un cargo de dirección ejecutiva.

Ahora bien, dilucidada esta confusión, nuestra práctica corporativa en materia de sociedad anónima abierta indica que el directorio nombra un gerente general, al que en términos generales, le delega facultades de dirección ejecutiva. En el conjunto de estatutos que analizamos en esta investigación, éstas atribuciones están irregularmente definidas, no obstante, las facultades correspondientes a la segunda categoría de funciones son siempre reconocible.

Así las cosas, en un primer grupo de sociedades, los estatutos estipulan que el gerente general tendrá las funciones que el directorio le otorgue sin especificar cuáles. Este es el caso por ejemplo de los estatutos

⁹⁴ Puelma Accorsi indica al respecto que: “De otro lado, dado el carácter colegiado del directorio y la eficacia y rapidez que se imponen en la vida moderna, en la gestión de una empresa, es imposible que el directorio intervenga en todo acto de representación de la compañía. Por ello es muy corriente que los directorios de las sociedades otorguen poderes amplísimos al gerente y/o a directores que posibiliten a éstos para poder actuar eficazmente en el mundo de los negocios.”, PUELMA ACCORSI, A. 2011. cit. 600 p.

de Antarchile S.A.⁹⁵, CAP S.A.⁹⁶, Falabella S.A.⁹⁷, Forus S.A.⁹⁸, IAM S.A.⁹⁹, ILC S.A.¹⁰⁰, ITAUCORP. S.A.¹⁰¹, LTM¹⁰², Quiñenco¹⁰³, Ripley¹⁰⁴, Salfcorp¹⁰⁵ y SK¹⁰⁶. En este tipo de sociedades entonces, las facultades que el directorio le delega a los gerentes generales debieran ser objeto de mandatos especiales, que no están necesariamente disponibles para el público en general.

Un segundo grupo de estatutos establece que el gerente general “estará premunido de todas las facultades propias de un factor de comercio”¹⁰⁷. Recordemos que, el factor de comercio es una institución jurídica típica del nuestro derecho comercial, que el C.Com.ch. define en su

⁹⁵ [en línea] < https://www.antarchile.cl/documents/30193/31489/estatutos_antarchile2.pdf/78caee25-ea1e-d790-5e36-06ae09416737?>

⁹⁶ [en línea] < http://cap.cl/cap/site/artic/20160519/asocfile/20160519134129/cap_estatutos_2015.pdf>

⁹⁷ [en línea] http://www.falabella.com/static/staticContent/content/minisitios/Inversionistas/images/contenidoDescargable/gobiernoCorporativo/Estatutos_SACI_Falabella_Dic-09.pdf

⁹⁸ [en línea] <http://forus.cl/wp-content/uploads/2013/10/texto_actualizado_de_los_estatutos_forus_sa.pdf>

⁹⁹ [en línea] < <https://www.iam.cl/~media/Files/I/Iam-Corp/documents/bylaws-spanish.pdf>>

¹⁰⁰ [en línea] < http://s21.q4cdn.com/417792851/files/doc_downloads/gov_docs/Estatutos_ILC_a_Agosto_2016.pdf>

¹⁰¹ [en línea] < <https://banco.italu.cl/wps/wcm/connect/4c89294e-ce1f-4b15-8521-b904aa486c9a/Bylaws.pdf?MOD=AJPERES>>

¹⁰² [en línea] <http://www.svs.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=1845e5bcaaeae06787d85b11a67ec28aVfDwQmVFNTZrVEpOUkVWM1R sUJkMDFSUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1506111906>

¹⁰³ Artículo 18. [en línea] http://www.quinenco.cl/archivos/gobierno/Estatuto_2015.pdf

¹⁰⁴ [en línea] < http://www.ripleychile.com/inversionistas/wp-content/uploads/2010/06/R_Corp_JEA_2010_Estatutos_Actualizados.pdf>

¹⁰⁵ [en línea] < http://www.salfacorp.com/archivos/la-compania/estatutos_sociales.pdf>

¹⁰⁶ [en línea] < http://www.sigdokoppers.cl/static/pdf/sk_estatutos.pdf>

¹⁰⁷ [en línea] < <https://www.aguasandinasinversionistas.cl/~media/Files/A/Aguas-IR-v2/documents/es/aguas-andinas-estatutos-sociales-esp%C3%B1ol.pdf>>; [en línea] < http://s2.q4cdn.com/740885614/files/doc_downloads/legal_documents/Bylaws-of-Cencosud-S.A.-%28ENG%29.pdf>; [en línea] < <https://www.conchaytoro.com/wp-content/uploads/2014/06/estatutos-solo-esp%C3%B1ol.pdf>>; [en línea] < http://www.bolsadesantiago.com/Noticiasibe/avisos%20generales/ORO%20BLANCO/refest_20131104164805_10742.pdf>.

artículo 237 como “el gerente de un negocio o de un establecimiento comercial o fabril, o parte de él, que lo dirige o administra según su prudencia por cuenta de su mandante”. Asimismo, el artículo 340 del mismo cuerpo normativo dispone que “[L]os factores se entienden autorizados para todos los actos que abrace la administración del establecimiento que se les confiare, y podrán usar de todas las facultades necesarias al buen desempeño de su encargo, a menos que el comitente se las restrinja expresamente en el poder que les diere.”

Así las cosas, la primera complejidad que presenta esta definición tiene relación con el estatuto jurídico de los gerentes generales de las sociedades anónimas precisamente en relación a esta institución jurídica. En efecto, algunos autores nacionales consideran que los gerentes y en especial los gerentes generales de sociedades anónimas no sólo tienen las facultades propias de los factores de comercio –como lo indican los estatutos en cuestión-, sino que, jurídicamente, pertenecen a esta categoría. Puga por ejemplo, señala que “la expresión “gerente” en la práctica se emplea para definir a quien dirige parcialmente ciertos aspectos de una empresa. Así, se

habla de gerente general, gerente de administración y finanzas, gerente comercial, gerente de recursos humanos, gerente de marketing, gerente de operaciones, etc. Jurídicamente es gerente el que dirige y administra un establecimiento comercial o fabril. En consecuencia, jurídicamente hablando sólo el gerente general es un factor de comercio.”¹⁰⁸. A juicio de este autor, puesto que los gerentes generales de sociedades anónimas son parte de la categoría de factor de comercio, la relación que los vincula con la sociedad es “el del mandato comercial y/o civil dependiendo de la naturaleza del encargo”¹⁰⁹.

Esta calificación es importante y repercute poderosamente en la definición de las atribuciones propias de los gerentes. En efecto, si se considera, como lo hace Puga, que éstos pertenecen a la categoría de factores de comercio tal como es definida en el C.Com.ch., pues habrá que considerar que sus funciones intrínsecas son necesariamente las establecidas por el artículo 237, y en las modalidades señaladas por el artículo 340. Es decir, en primer término debiera entenderse que su “función” esencial es la

¹⁰⁸ PUGA VIAL, J.-E. 2011. cit. 522 p.

¹⁰⁹ PUGA VIAL, J.-E. 2011. cit. 522 p.

dirección o administración de la empresa “según su prudencia por cuenta de su mandante”, lo que implica evidentemente un alto grado de autonomía y discrecionalidad respecto a las decisiones de administración o de dirección que tome el gerente en cuestión. En segundo término, el espectro de sus atribuciones recibe una definición omnicomprendiva, ya que al tenor del artículo 340 del C.Com.ch. los gerentes pueden realizar “todos los actos que abrace la administración del establecimiento que se les confiare, y podrán usar de todas las facultades necesarias al buen desempeño de su encargo”, con la única excepción de una restricción expresa de los poderes por parte de delegante.

No obstante, esta interpretación no nos parece coherente con nuestra normativa vigente relativa a las sociedades anónimas, en al menos dos puntos. En primer lugar, tal como lo acabamos de ver, la delegación de poderes prevista en el artículo 40 LSA¹¹⁰ indica que sólo puede concernir parte de las facultades de administración, y no todas, lo que contraviene a lo dispuesto por el artículo 340 del C.Com.ch. que confiere al contrario la

¹¹⁰ Artículo 40 de la LSA: “El directorio podrá delegar parte de sus facultades en los ejecutivos principales, gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o en una comisión de directores”.

facultad de realizar todos los actos de administración necesarios al desempeño de su cargo. Además, al tenor de los artículos 39, 40 y 49 de la LSA, los delegatarios como el gerente general no tienen un poder decisorial autónomo y discrecional respecto a la administración de la sociedad, no administran según su “prudencia”, pues esa tarea es del directorio. Como lo señala Puelma, el gerente general “está obligado a ajustarse a las instrucciones del directorio, las que pueden ser generales o específicas, sin perjuicio de su derecho de oposición tratándose de instrucciones ilegales”¹¹¹. Por lo tanto, como ya lo hemos dicho, contrariamente a la legislación francesa nuestro modelo de gobiernos corporativos concentra todo el poder de administración en el directorio, en sus tres categorías de funciones –estratégica, dirección y control-. Por mandato legal de orden público, ninguna de estas funciones puede ser delegada, por lo que *in fine*, las decisiones de administración –en todos sus aspectos- no pueden ser sino del directorio.

¹¹¹ PUELMA ACCORSI, A. 2011. cit. 641 p.

Resulta también congruente con esta interpretación, el hecho que, como lo señala Puelma, los gerentes generales suelen estar vinculados con la sociedad o por un contrato de trabajo o por un contrato de prestación de servicios¹¹², y no un mandato civil o comercial como lo sugiere Puga. De modo que, sobre todo en el caso de existir un contrato de trabajo, los gerentes generales tienen con la sociedad –representada por el directorio-, una relación de dependencia y subordinación, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 7º del Código de Trabajo, en el que la discrecionalidad de acción no tiene la misma cabida que en un mandato.

En definitiva, es dable concluir que los gerentes a los que hace referencia la LSA no entran en la categoría de factor de comercio establecido en el C.Com.ch., lo que nos lleva al segundo problema planteado por el conjunto de estatutos en comento. Si los gerentes de sociedades anónimas no son factores de comercio, pues reciben facultades menos generales que éstos y no las ejercen según su prudencia, ¿cómo debiera interpretarse entonces una cláusula que indique que éstos tendrán

¹¹² PUELMA ACCORSI, A. 2011. cit. 642 p.

sus mismas facultades? Sostenemos que la única interpretación correcta que se puede retener, es que, dado que el artículo 237 del C.Com.ch. indica que el factor “dirige o administra” el establecimiento que se le confie, y que como lo vimos, nuestra doctrina considera que la dirección es una función específica de la administración general, pues entonces se debiera entender que las cláusulas en cuestión le otorgan a los gerentes las facultades específicas de dirección, asimilándolos así a los D-G franceses. En consecuencia, aquellos estatutos que indican que el gerente general tiene las facultades propias de un factor de comercio, no asimilan el estatuto de este delegatario al del factor de comercio establecido por el C.Com.Ch., sino que indican que recibirá en delegación las facultades específicas de dirección –correspondientes a la segunda categorías de funciones de administración-, y que en el marco restringido de esa categoría, puede obrar según su prudencia.

Finalmente, dentro del conjunto de estatutos examinados, en un tercer grupo se puede observar que las funciones del gerente general están precisamente detalladas. En términos generales, en este tipo de cláusulas,

éstos se ven conferidos cuatro grandes categorías de facultades, relativas a la gestión económica de la empresa, a la gestión del cumplimiento legal, reglamentario y estatutario de la sociedad, a la gestión del personal y a la representación de la sociedad.

En cuanto a la gestión económica de la empresa delegada al gerente general, ésta recubre dos aspectos, por un lado, aquellas facultades que tienden a la conservación y protección del patrimonio de la sociedad, y por otro, aquellas que dicen relación con el desarrollo de los negocios de la sociedad y la realización de su giro. Respecto a la conservación, varios estatutos indican que el gerente general está a cargo de cautelar los bienes y los fondos de la sociedad¹¹³ y de velar por sus intereses en las relaciones que tenga ésta con terceros¹¹⁴. Adicionalmente algunos de ellos indican más específicamente que el gerente general esta a cargo de la inspección del

¹¹³ Estatutos de Banmedica [en línea] < <http://www.empresasbanmedica.cl/wp-content/uploads/2015/04/EstatutosBanmedica.pdf>>; Estatutos de CMPC [en línea] < http://www.svs.cl/institucional/mercados/reporte_sajac/Sistema/paginas/mostrar_archivo.php?documento=txr_2014050055165.pdf>; Copec disponible en <http://www.empresascopec.cl/wp-content/uploads/2015/11/Estatutos.pdf>; Estatutos de Enel GX Chile [en línea] < http://www.enelgeneracion.cl/ES/CONOCENOS/GOBIERNO/Documents/Estatutos_Sociales.pdf>; Estatutos de Colbún S.A. [en línea] < <https://www.colbun.cl/wp-content/uploads/2016/08/Estatutos-Sociales-Colbun-S.A.pdf>>; y Sudamericana de Vapores, en cuyos estatutos el gerente general está incluso a cargo de la inspección y conservación de los buques (artículo 20 N° 4), [en línea] < [http://www.csav.com/special-services/en/InvestorRelations/Documentation/Documents/2017-05%20By%20Laws%20\(Available%20in%20Spanish%20only\).pdf](http://www.csav.com/special-services/en/InvestorRelations/Documentation/Documents/2017-05%20By%20Laws%20(Available%20in%20Spanish%20only).pdf)>

¹¹⁴ Banmedica, cit.; CMPC, cit; Copec [en línea] <<http://www.empresascopec.cl/wp-content/uploads/2015/11/Estatutos.pdf>> y CCU, [en línea] http://www.svs.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=cdae53acffaf3e29b0be4b1a9f179dedVFdwQmVFMTZRVESOUkVFeVRWUkpNRTICUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1506777594.

“movimiento de caja, firmar los cheques que se giran contra los bancos y verificar el depósito o inversión de fondos”¹¹⁵.

Por otro lado, respecto al desarrollo del giro, y en términos generales el desarrollo de los negocios de la sociedad, la gran mayoría de los estatutos de este grupo le otorgan al gerente general facultades para realizar el estudio, la gestión y la ejecución de los negocios de la sociedad¹¹⁶, pero en todos los casos, se estipula expresamente que ésta actividad no la realiza de manera autónoma y “según su prudencia” –como sería el caso si fuera un factor de comercio, en el sentido establecido por el artículo 237 del C.Com.ch., sino que con arreglo a “las instrucciones del directorio”. Esta cuestión es importante pues reafirma lo que hemos sostenido en esta sección, en cuanto las funciones de administración están en nuestra legislación concentradas en el directorio, quien sólo puede delegar determinadas facultades, que deberán ser ejercidas conforme a las decisiones que tome él mismo. En lo que atañe la gestión de los negocios, cabe subrayar que las facultades que les son extendidas están marcadas por

¹¹⁵ Sudamericana de Vapores, cit. y SMSAAM [en línea] < http://www.saam.com/wp-content/uploads/2016/08/SM_SAAM_Estatutos_sociales19_4_2016.pdf>.

¹¹⁶ Banmedica cit., CMPC, cit., Copec cit., CCU cit.

una clara subordinación al órgano de administración central, pues debe desempeñar dicha gestión con arreglo a sus instrucciones. No hay grado de autonomía alguno aquí.

En lo que concierne la gestión del cumplimiento legal, estas facultades están irregularmente formuladas según los estatutos estudiados. Así, algunos estatutos le confieren al gerente general la facultad –o la misión- de velar por el cumplimiento de las leyes, de los estatutos y de los reglamentos internos que dicte el Directorio y cumplir las resoluciones de éste y de las juntas de accionistas¹¹⁷, agregando con frecuencia el control de la contabilidad y su apego a las normas vigentes al respecto¹¹⁸. Otros le confieren al contrario únicamente el control de cumplimiento de los acuerdos del directorio¹¹⁹. Esta disparidad entre los estatutos en estudio no debiera ser extraña. En efecto, sobre todo desde la promulgación de la Ley N° 19913 que creó la Unidad de Análisis Financiero, las grandes compañías como las que estamos examinando, tienen la obligación de designar un funcionario interno que esté a cargo específicamente del cumplimiento legal

¹¹⁷ Colbun, cit.

¹¹⁸ Banmedica cit., Copec cit.

¹¹⁹ CMPC cit., CCU cit.

–general o específico-, que suele llamarse Oficial de Cumplimiento (*Chief Compliance Officer*). Esta práctica ha sido asimismo fomentada por agencias públicas fiscalizadoras como la Fiscalía Nacional Económica, que en año 2012 publicó su Guía “Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia”, en la que recomienda el nombramiento de un funcionario designado a la vigilancia de la regulación de competencia. Por ello, los estatutos pueden hacer recaer dicha responsabilidad en el gerente general, o pueden nombrar una tercera persona que tenga dicho deber específico. Así las cosas, en la práctica, el gerente general no es necesariamente el encargado del cumplimiento legal y reglamentario, o de éste en todas las áreas, pero sí es siempre responsable del cumplimiento efectivo de los estatutos y de los acuerdos tomados por el directorio, pues naturalmente debe ceñirse a sus instrucciones.

Por su lado, las facultades relativas a la gestión del personal no están tampoco uniformemente formuladas en los estatutos en estudio. Hay que discernir aquí entre las facultades de nombramiento y remoción, y aquellas que tienen relación con la fiscalización de la conducta de los empleados. En

cuanto a las primeras, los estatutos en cuestión abordan el tema desde distintas perspectivas. Un primer grupo de estatutos no discierne entre el tipo de empleado –jefes o subalternos- y refieren a la planta de empleados en su conjunto, que debe ser propuesta al directorio por el gerente general¹²⁰, o ser directamente nombrada por éste¹²¹. La diferencia es notable, y tiene a nuestro juicio gran importancia en lo que concierne la responsabilidad a la que se exponen los gerentes. En efecto, en los casos en que tiene la facultad autónoma de nombrar todo el personal, estarán expuestos a responder por la culpa *in eligendo*. Al contrario, en el caso en que el gerente sólo propone al directorio la planta de empleados, pues se debiera considerar que dicha responsabilidad es al menos compartida entre ambos órganos. Un segundo grupo de estatutos discierne entre el tipo de empleados: los jefes superiores son propuestos al directorio, y los subalternos son nombrados directamente por el gerente¹²². En estos casos entonces, respecto a los jefes superiores la responsabilidad de su nombramiento será compartida, no así respecto a los subalternos en que entendemos que los gerentes tienen una facultad discrecional.

¹²⁰ SMSAAM cit. y Sudamericana de Vapores cit.

¹²¹ Colbún cit., CMPC cit., ENEL GX Chile cit.

¹²² Banmedica cit.; Copec cit.; CCU cit.

En lo que concierne las facultades de control, los estatutos examinados se refieren a ello en términos de “vigilar” o “fiscalizar” los empleados de la sociedad. La diferencia de verbo no es a nuestro juicio anodina. En efecto, vigilar significa según el Diccionario de la Real Academia “Observar algo o a alguien atenta y cuidadosamente”. En cambio fiscalizar quiere decir “Criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien”, lo que claramente implica facultades de mayor envergadura que la simple observación cuidadosa, y que permitan en particular tener una conducta proactiva por parte del gerente. Sostenemos entonces, que en materia de gobiernos corporativos, esta distinción importa diferencia respecto a la obligación de información que le incumbe al que debe vigilar o fiscalizar. En el primer caso, la obligación del gerente se limita a estar atento, en el segundo, éste debe formular un juicio acerca de una determinada conducta lo que necesariamente requiere al menos la recopilación de información suficiente para dicho efecto.

Finalmente, parte importante de los estatutos analizados en esta sección estipulan que los gerentes generales representan extrajudicialmente

la sociedad para la celebración de actos extrajudiciales y contratos¹²³, y reciben eventualmente una delegación de representación judicial¹²⁴, o ambos¹²⁵. La delegación de representación judicial está establecida por el artículo 49 LSA, por lo que debiéramos entender que aunque los estatutos no lo indiquen expresamente, el gerente general tiene esa atribución por mandato legal. La representación extrajudicial es una facultad necesaria para el ejercicio de la dirección ejecutiva, por lo que es perfectamente natural que ésta les sea delegada.

En definitiva, podemos concluir en esta sección relativa a las funciones de administración, que en nuestra legislación, el directorio es el único titular de todas las funciones de administración entendidas en sus tres categorías, pues por un lado, la ley no hace ninguna distinción y no establece ninguna limitación y, por otro, porque ésta no le otorga ninguna función de este tipo a otro órgano de la sociedad. De modo que, contrariamente a lo que señala parte de nuestra doctrina, en nuestro ordenamiento jurídico no es dable

¹²³ Banmédica, cit.

¹²⁴ Enel GX Chile, cit. artículo 32; SMSAAM, cit.; Sudamericana de Vapores, cit.

¹²⁵ CMPC, cit., artículo 19; Colbún, cit.; Copec, cit.; BCI, cit.; CCU, cit.

afirmar que el directorio no tiene en ningún caso funciones ejecutivas¹²⁶, pues si así fuera, la ley necesariamente le habría otorgado dichas funciones a otro órgano que el directorio, de lo contrario querría decir que existe una función de administración fundamental para el funcionamiento de la sociedad, que no quedó asignada a ningún órgano societario, lo que es, funcionalmente imposible. Resulta además congruente con esto, el hecho que el mismo cuerpo normativo dispone que el directorio puede –y no debe– delegar “parte de sus facultades” en terceras personas¹²⁷. Esta delegación como lo indica la letra de la misma disposición, es una posibilidad abierta al directorio más no una obligación. Éste podría lícitamente ejercer directamente las funciones de administración de segunda categoría. Por otro lado, el hecho que, como lo indica el profesor Barros, la propia ley disponga que la obligación de reunión de éste órgano es mínimamente de una vez al mes¹²⁸ tampoco es un impedimento para que se haga cargo directamente de la dirección, pues como bien lo dijimos, es un mínimo. Puesto que no hay máximo, el directorio podría en rigor reunirse una o varias veces al mes o incluso a la semana, lícitamente, lo que teóricamente le permitiría hacerse cargo directamente de la dirección ejecutiva. Por otro lado, en cuanto a la

¹²⁶ BARROS BOURIE, E. 2010., cit. 831 p.

¹²⁷ Artículo 40 LSA.

¹²⁸ BARROS BOURIE, E. 2010. cit. 831 p.

necesaria conformación colegiada de dicho órgano para la toma de decisiones y en consecuencia la carencia de todo poder resolutorio de los directores personalmente considerados, esto no tiene ninguna relación con la titularidad efectiva de las funciones de segunda categoría al directorio. No hay nexo alguno entre el contenido de las funciones otorgadas al directorio y el hecho que éstas deban ser ejercidas colegiadamente, pues como ya lo indicamos, el primer elemento está claramente determinado por mandato legal por lo que sostenemos que no es discutible.

2. Su naturaleza

En la primer sección de este capítulo hemos examinado los contornos de las funciones que les son asignadas a los directores, a las que naturalmente corresponden facultades o derechos específicos, que les permiten ejercerlas. No obstante, como sostendremos los párrafos siguientes, la naturaleza específica de los derechos y prerrogativas otorgadas a los dirigentes de sociedades anónimas determina la estructura y

los límites de la noción de hecho generador de responsabilidad civil. Estos derechos entran sin lugar a dudas en la categoría de los derechos subjetivos, pero evidentemente, el tema no se agota en esta simple afirmación.

La noción de derecho subjetivo es polémica¹²⁹, pero a pesar de ello, como lo indicaba el *Doyen* Carbonnier, resulta indiscutible que reviste para la práctica una extrema importancia¹³⁰. Es asimismo central en esta investigación, ya que tal como esperamos demostrarlo en esta sección, la naturaleza específica de los derechos y prerrogativas otorgadas a los dirigentes de sociedades anónimas determina la estructura y los límites de la noción de hecho generador de responsabilidad civil.

Ahora bien, hacemos la prevención que no tenemos aquí la ambición de hacer un análisis exhaustivo del origen histórico-filosófico¹³¹ de esta noción, ni tampoco de las distintas teorías que han atravesado nuestra

¹²⁹ CARBONNIER, J. 2002. Droit Civil, Introduction. 27e Ed., Paris, PUF, 323 p.

¹³⁰ CARBONNIER, J. 2001. Flexible droit. 10e Ed., Paris, LGDJ, 193 p.

¹³¹ Para una retrospectiva histórica: GUZMÁN-BRITO, A. 2013. Breve relación histórica sobre la formación y el desarrollo de la noción de derecho definido como facultad o potestad (derecho subjetivo). *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1 : 69-91; Para una retrospectiva de las teorías críticas al derecho subjetivo: DUGUIT, L. 1927. Les doctrines juridiques objectivistes. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*. [en línea] <www.revuegeneraledudroit.eu/?p=17072>.

historia del derecho al respecto. Nos interesa lo que el derecho subjetivo es hoy, en nuestros ordenamientos jurídicos continentales, y en especial en derecho francés, donde la discusión acerca de su definición fue larga y ácida, recubriendo buena parte del siglo XX. De modo que para entender el concepto moderno de lo que Carbonnier llamaba le *petit droit*, partiremos de la noción que fue cristalizada en el *Code Napoléon*, pues en definitiva es sobre ésta, que se construyó lo que retendremos en esta investigación.

El *Code Napoléon*, como es natural, es hijo de su tiempo. Promulgado quince años después de la Revolución, lleva sin lugar a dudas la impronta de lo que Colin y Capitant llamaban “los conceptos individualistas” forjados al alero del derecho natural, que al final del siglo XVIII habían triunfado en Francia. Como estos autores indicaron, los legisladores revolucionarios -y los de 1804 a su vez-, crearon un ordenamiento jurídico en el que la persona humana es el fin del derecho, por ende, el objetivo de una legislación positiva es asegurar y favorecer el desarrollo de las facultades físicas, intelectuales y morales del individuo, en vista de realizar

su dignidad y felicidad¹³². En este entendido, los individuos tienen la elección y la responsabilidad de elegir los medios por los que se desarrollará su personalidad en busca de la felicidad. Es el principio de la libertad civil, o de la autonomía de la voluntad individual, limitado solamente por la obligación de cada uno de no entorpecer el desarrollo paralelo de los otros individuos potestades estatales, garante común de las libertades individuales. Ahora bien, está hoy comúnmente aceptado que desde la fiebre del 4 de agosto -1789 por cierto-, a 1804, la efervescencia filosófica había recrudecido. Como lo indica un comentarista galo, el peso de las tradiciones jurídicas se hizo sentir en esta empresa transformadora, y el legislador revolucionario fue regularmente asaltado por impulsos de conservadurismo contradictorios¹³³. Con todo, el producto final del *Code Civil* da cuenta en su misma estructura, de la profunda influencia iusnaturalista e individualista de sus redactores¹³⁴. Así, éste está estructurado en un plan tripartito¹³⁵, del que el primero título está

¹³² COLIN, A. y CAPITANT, H. 1930. Cours élémentaire de droit civil français, Tome I. 6e edition, Paris, Dalloz, 5 p. [en línea] <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5433850c>.

¹³³ SAGNAC, P. 1898. La législation civile de la Revolution française (1789-1804). Paris, Hachette, 382 p.

¹³⁴ Por ejemplo, en el discurso preliminar al Proyecto del *Code Civil* y otros trabajos anexos que son hoy de dominio público, se puede apreciar las profundas convicciones iusnaturalistas de Portalis. Por ejemplo, acerca de la propiedad, éste indicaba que: “*L’homme en naissant n’apporte que des besoins; il est chargé du soin de sa conservation; il ne saurait exister ni survivre sans consommer: il a donc un droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance et son entretien*”. [en línea] <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k64644592/f315.item>

¹³⁵ A título anecdótico, algunos autores consideran que el Code tendría una estructura totalmente irracional. El plan tripartito habría sido adoptado por sus redactores al final de la discusión, e implementado forzosamente, presumiblemente por influencia del derecho romano, en el que, a juicio de algunos, el número tres habría tenido una singular predominancia, probablemente por la persistencia de

consagrado a las personas, y los dos siguientes a los bienes y obligaciones, respectivamente. En este andamiaje jurídico, la persona está al centro del ordenamiento, concebida esencialmente como una voluntad¹³⁶, siendo los derechos que recibe respecto a los otros, o respecto a los bienes, expresiones de sus derechos naturales inalienables. De modo que, nuestro *Code*, es en definitiva, la articulación de los derechos subjetivos de la persona, concebidos como poder de voluntad¹³⁷ – poder exigir, poder disponer, poder hacer, etc.-. Esta concepción, cristalizada en el derecho de propiedad o la patria potestad, eran poderes que le conferían a sus titulares prerrogativas absolutas, sin contrapartida efectiva, considerados como relaciones unilaterales que ponían todas las ventajas de un mismo lado, y todos los deberes del otro¹³⁸. En definitiva, al momento de la redacción del *Code*, los derechos subjetivos que éste organizaba, suponían la creación de un espacio de discrecionalidad individual inalienable, en el que ni autoridad pública ni ningún otro sujeto es legítimo a intervenir.

tradiciones religiosas. Ver en ese sentido: RAY, J. 1926. *Essai sur la structure logique du code civil français*. Paris, F. Alcan, 206 pp. y siguientes.

¹³⁶ COHET-CORDEY, F. 1996. La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français, *RTD civ.* 819 p.

¹³⁷ Acerca de la teoría de la voluntad. DUGUIT, L. 1923. *Traité de Droit constitutionnel*, tomo I, 2ª edición, 181 p. [en línea] <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5748359x>>.

¹³⁸ JOSSERAND, L. 1936. *Evolutions et actualités*, *Conférences de droit civil*. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 160-161 pp.

Como testimonio de ello, respecto al derecho de propiedad, el artículo 17 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, indica que ésta es un derecho inviolable y sagrado¹³⁹-. El mismo espíritu fue perpetuado en el *Code Napoléon*, que desde su redacción original indica en su artículo 544, que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta¹⁴⁰. La misma noción migró a nuestro país y fue plasmada en el artículo 582 de nuestro Código Civil que indica que la propiedad “es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente”.

Esta noción absoluta de derecho subjetivo fue hasta principio del siglo XX indiscutida e indiscutible. Como lo indicaba ácidamente Duguit en 1926, en la última edición del célebre tratado de derecho civil de Planiol, éste ni sospechaba que esta noción pudiera ser atacada¹⁴¹.

¹³⁹ [en línea] <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>.

¹⁴⁰ [en línea] <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006428859&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170924>.

¹⁴¹ DUGUIT, 1923. cit. 189 p.

Ewald sostiene que el cambio de perspectiva respecto a la definición de los derechos subjetivos fue, al principio, un leve desplazamiento semántico. Habría partido de la definición de derecho de Ihering, que había trasladado el centro de gravedad de la noción, de la voluntad al interés, indicando entonces que los derechos son intereses legalmente protegidos¹⁴². Esta fórmula según Ewald contendría la crítica de toda la construcción clásica del derecho, permitiendo una migración hacia una visión teleológica del derecho, en que la voluntad individual se encontraría subordinada a una finalidad social de los derechos. Su discípulo francés Michoud, precisa la noción indicando que lo que el derecho quiere proteger cuando sanciona una voluntad, no es el acto de voluntad en sí, es su contenido. No se puede manifestar voluntad sin un fin determinado. Este fin, es entonces el objeto de la protección legal, no porque éste sea deseado por el titular del derecho en cuestión, sino por el interés que esta voluntad representa¹⁴³. Este autor critica así la incompletud de la definición de su maestro, y señala que no resulta exacto decir solamente como Ihering, que el derecho es un interés jurídicamente protegido, pues existen intereses que responden a esta definición y que no son por ello derechos subjetivos, tales como los

¹⁴² EWALD, F. (s.a.) *L'Etat Providence*. (s.l.) Kindle Ed., 13306; Ver también, DUGUIT, L. 1923. *Traité de Droit constitutionnel...*, cit. 185 p.

¹⁴³ MICHOU, L. 1932. *La théorie de la personnalité morale*. 3e Ed. Trotabas, Paris, t. I, 105 p.

derechos de los empresarios a ser protegidos de la competencia por el cobro de un derecho aduanero, o el interés de los particulares a gozar de ventajas que ofrecen algunas partes del dominio público. Estos son sin duda intereses pero no llegarían a ser derechos, porque la ley no reconoce en estos casos una voluntad que represente el interés en cuestión. De modo que Michoud entiende el derecho subjetivo como el interés de una persona o un grupo de personas, jurídicamente protegido por medio de la potestad reconocida a una voluntad de representarlo y de defenderlo¹⁴⁴.

Ahora bien, las consecuencias del salto conceptual de la definición de los derechos subjetivos desde la voluntad, al interés, puede no ser evidente, por lo que merece ser explicado. Mientras el centro de gravitación del derecho radica en la voluntad, se le permite al titular –o al menos resulta legítimo que así sea- querer todo lo que puede querer. Se le abre como dijimos una esfera de autonomía y de impunidad, en la que nadie podrá penetrar. Al contrario, si la definición tiene su centro de gravedad en la noción de interés, es la ley, el Estado, la *puissance publique*, que tendrá el

¹⁴⁴ MICHOU, L. 1932. cit. 107 p.

poder de determinar los intereses que son dignos de protección, abriendo así un constante arbitraje entre los distintos intereses presentes. Es, lo que llama Ewald, socializar el derecho¹⁴⁵. En realidad, el salto cultural es enorme, es una profunda ruptura.

Con todo, Michoud fue un moderado. No cuestiona realmente la existencia de esta categoría de derechos, sólo reformula su definición. Otros después que él tomaron posturas mucho más radicales, y como lo indica Carbonnier, tiraron por la borda el derecho subjetivo¹⁴⁶.

Duguit por ejemplo, niega derechamente la existencia de la categoría jurídica correspondiente a los derechos subjetivos, y cuestiona por lo tanto toda la construcción dogmática y positiva que reposa sobre ella. El pensamiento de Duguit es complejo, y no se limita por cierto al cuestionamiento de esta categoría. Aunque tal vez exceda un poco el objeto de esta sección, consideramos que vale la pena detenernos un poco en las

¹⁴⁵ EWALD, F. cit. posición 13330.

¹⁴⁶ CARBONNIER, J. 2001. Flexible..., cit. 193 p.

propuestas más generales de este autor, ya que, podríamos considerar que incluso, tuvieron algún nivel de influencia en las teorías institucionalistas que abordaremos en la tercera parte de este capítulo.

Así, Léon Duguit, fue una figura polémica del derecho público y del derecho civil francés de principio del siglo XX. El académico bordelés, en contrapunto a la opinión doctrinaria mayoritaria de su tiempo, indicaba provocativamente, que la noción de derecho subjetivo sobre la que se había construido el aparato jurídico de la *Déclaration* de 1789 y el *Code Napoléon*, se encontraba totalmente arruinada, siendo de orden puramente metafísica, pues esta noción es solamente concebible aceptando que existiría un poder supra-terrestre que los otorga¹⁴⁷ que no podía ser mantenida en una época de realismo y positivismo como la suya¹⁴⁸. Preconizaba entonces un nuevo orden social y diseño de ordenamiento jurídico, fundado éste, no sobre el individuo pero sobre la estructura social y la necesidad de mantener coherencia entre los distintos elementos sociales para la realización de la función que le incumbe a cada individuo y a cada

¹⁴⁷ DUGUIT, L. 1911. Le droit social, le droit individuel, et la transformation de l'État. Conférences faites à l'École des Hautes Etudes Sociales. [en línea] <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5439513x>>

¹⁴⁸ DUGUIT, L. 1912. Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. . [en línea] <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k935172d/f26.image.r=leon%20duguit>>

grupo¹⁴⁹. En este nuevo ordenamiento social, parafraseando a Auguste Comte, Duguit señala que ni los individuos ni la colectividad tienen derechos. La idea que hay que conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad no tiene sentido. Sin embargo, todos los individuos tienen una función social que cumplir. Si no lo hacen, estarían causando un perjuicio a la sociedad, de modo que todos los actos que realicen en desconocimiento de su función serán socialmente reprimidos, y todos aquellos que ejecuten en cumplimiento de la misma debieran ser jurídicamente protegidos y garantizados¹⁵⁰. Por consiguiente, para Duguit no existe la categoría de derecho subjetivo, sino que solamente el derecho objetivo que eventualmente, puede otorgarle a las personas prerrogativas, pero orientadas al cumplimiento de su deber social, determinado por la ley.

Este movimiento socialista o socializante del derecho de principio del siglo XX, evidentemente no logró el nivel de transformación que Duguit invocaba. Sin embargo, sí dejó una importante marca en la categoría de derecho subjetivo, principalmente vehiculada por las teorías de derecho-

¹⁴⁹ DUGUIT, L. 1912. Les transformations générales ..., cit. 25-26 pp.

¹⁵⁰ DUGUIT, L. 1912. Les transformations générales ..., cit. 25 p.

función y abuso del derecho de Josserand, reformuladas posteriormente por Dabin.

Josserand, concordaba en substancia con las reflexiones de Duguit que expusimos *supra*, y en particular con la concepción finalista del derecho. Indicaba que los derechos subjetivos son funciones sociales, y se puede abusar de ellos desviando su ejercicio de su finalidad¹⁵¹. No obstante, contrariamente a Duguit, no sostenía que la categoría de derecho subjetivo estaba arruinada, sino que era necesario reformularla. Con todo, tuvo sus férreos detractores, y en particular, en lo que concierne la teoría de abuso del derecho. Cabe recordar que por ejemplo, conforme a la noción de derecho subjetivo clásico, como lo decía el mismo Planiol, la idea de abusar de un derecho es una logomaquia. Indicaba en efecto que cuando se traspasan ciertos límites o que no se cumplen determinadas condiciones, en realidad, se está actuando sin derecho alguno. Puede entonces haber abusos en la conducta de los hombres [sic] pero eso no es con ocasión del ejercicio de sus derechos, sino cuando los traspasan. El Hombre [sic] abusa de las

¹⁵¹ JOSSERAND, L. 1927. De L'esprit des droits : et de leur relativité. Paris, Dalloz, 426 p.

cosas, no de sus derechos. Agrega que, en el fondo, todo el mundo está de acuerdo, sólo que algunos dicen que se abuso de un derecho, y otros dicen que hubo un acto perpetrado sin derecho¹⁵². Esto resulta evidente, si el derecho subjetivo crea ese capullo impenetrable de discrecionalidad, nada de lo que pudiera pasar en su interior puede por definición ser ilícito. Pero si, como lo indica Josserand, los derechos subjetivos tienen una función social, si éstos no son usados en el fin que les corresponde, cabe la posibilidad conceptual de que exista abuso de ellos.

Dentro de la categoría de derecho subjetivos, Josserand distinguía entre dos subclases según el interés protegido por el derecho en cuestión. Por un lado, aquellos *con espíritu egoísta* que estarían orientados a la satisfacción de un interés individual de su titular y que por ende podrían ser utilizados al libre arbitrio del titular, siendo ilícito solamente su uso abusivo con el fin de inferir daño a un tercero. Por otro, los *derechos de espíritu altruista*, o derechos causados, que, al contrario de los primeros tienen una función social clara, y son otorgados a su titular en el interés de un tercero,

¹⁵² PLANIOL, L. 1922-1924. Traité de droit civil, tome II, 287 p. [en línea] <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6516822w/f307.image>>

con el fin de cumplir una función, siendo en este caso ilícito, o el desvío de dicho poder con otros fines, o el cumplimiento defectuoso de la función con el uso de éstos.

Ahora bien, para Josserand, todos los derechos subjetivos -tanto las prerrogativas altruistas y aquellas facultades egoístas- tienen una función social, pues deben ser orientados y tender a un objetivo. Cada uno de ellos tiene una misión que cumplir, por lo que debe ejercerse conforme al espíritu de la institución. En realidad, agrega, en una sociedad organizada los supuestos derechos subjetivos son todos, derechos-funciones, es decir, deben permanecer en el plano de la función que les corresponde, de lo contrario, su titular estaría incurriendo en un abuso del derecho¹⁵³.

La noción de derecho-función de Josserand, que recubre la totalidad de los derechos subjetivos, e indica en definitiva la finalidad social de estas prerrogativas, recibió numerosas críticas, y en particular respecto a este objetivo o función de los derechos, noción incierta pero central en esta

¹⁵³ JOSSERAND, L. 1927. cit. 394 p.

construcción doctrinaria. Es decir, ¿cómo determinar el verdadero objeto de una facultad y por consiguiente identificar los criterios que permiten identificar el abuso de la misma? Al respecto, Josserand propone utilizar el criterio del motivo legítimo¹⁵⁴. Indica que el criterio finalista proveniente del objetivo, del espíritu de los derechos presenta, un carácter abstracto y fugitivo que podría levantar serias dificultades de aplicación si no fuese posible concretizarlo a través del motivo legítimo, que constituye su expresión sensible. De modo que el acto será normal o abusivo, según pueda explicarse o no por un motivo legítimo, siendo éste entonces la piedra angular de toda la teoría del abuso de derecho¹⁵⁵.

Evidentemente, esta nueva definición de derecho subjetivo, abre paso a su vez a una nueva definición de hecho generador de responsabilidad en cuanto a su ejercicio. Al respecto, Josserand indicaba que existían tres categorías de los mismos. En primer término, el acto ilícito, que consiste en el ejercicio de un derecho subjetivo por motivo ilegítimo, es decir, por motivos alternativos al fin de la institución en cuestión, siendo el abuso de

¹⁵⁴ JOSSERAND, L. 1928. Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé; Essais de théologie juridique. Paris, Dalloz, vol. II. 426 pp.

¹⁵⁵ JOSSERAND, L. 1927. De L'esprit ..., cit. 400 p.

derecho coincidente con esta categoría. En segundo lugar, el acto excesivo, que consiste en la utilización excesiva y desconsiderada del derecho en cuestión, causando así daño o riesgo de daño a terceros. El ejemplo paradigmático son las molestias de vecindad –*troubles du voisinages*-. Finalmente, los actos ilegales, que corresponden a la infracción de una obligación específica. En esta hipótesis, la responsabilidad es apreciada objetivamente, bastando solamente la constatación de la infracción¹⁵⁶.

Por su lado, Dabin, en su conocido libro *Le droit subjectif*¹⁵⁷, discierne también entre los derechos altruistas y los derechos egoístas, retomando la nomenclatura de Josserand¹⁵⁸, pero reduce el campo de aplicación de la teoría de abuso del derecho. Según él, solamente los derechos egoístas son susceptibles de ser ejercidos abusivamente. Al contrario los derechos altruistas -que según este autor son aquellos que tienen como objeto la realización de la función encargada a través de actos más o menos numerosos, más o menos variables, según la naturaleza de la función, más o menos precisos o reglamentados, según la norma que regula

¹⁵⁶ JOSSERAND, L. 1927. *De L'esprit...*, cit. 361 p.

¹⁵⁷ DABIN, J. 1952. *Le droit subjectif*. Paris, Dalloz, 217 p.

¹⁵⁸ DABIN, J. 1952. *Le droit ...*, cit. 217 p.

la función¹⁵⁹-, serían a su juicio derechos-función a propiamente tal. Estos, no pueden ser objeto de abuso, sólo de uso ilegal. Es decir, su uso desviado resulta ilegal en similares términos que la transgresión de una disposición legal¹⁶⁰. De modo que, en lo que concierne estrictamente el hecho generador de responsabilidad, para Dabin habría que discernir entre los derechos egoístas, cuyo ejercicio genera responsabilidad en circunstancias en que éste resulte abusivo, y los derechos altruistas, o derechos-funciones a propiamente tal, cuyo ejercicio genera responsabilidad en los casos en los que se desvíe del fin que le ha determinado la ley.

Ahora bien, como la ambición de esta investigación es circundar la noción de hecho ilícito en el régimen de responsabilidad aplicable a los directores de sociedades anónimas, nos parece que, de todas estas taxonomías y definiciones, la que resulta más funcional a este objetivo es sin duda la de Dabin. En efecto, los derechos o poderes otorgados a los dirigentes societarios, que con ocasión de su ejercicio que pueden generar responsabilidad civil de sus titulares, son típicos deberes-funciones, en

¹⁵⁹ DABIN, J. 1952. *Le droit...*, cit. 222 p.

¹⁶⁰ DABIN, J. 1952. *Le droit ...*, cit. 238 p.

cuanto tienen como objeto la realización de una función -en este caso legalmente determinada-, en un interés diverso al de su titular.

En resumidas cuentas, conforme a lo indicado *supra*, los poderes o prerrogativas que la ley le otorga a los dirigentes societarios, tienen dos características fundamentales que estructurarán nuestra investigación. En primer término, son derechos ordenados finalísticamente, es decir, están enteramente orientados al cumplimiento de una misión que, en este caso, ha sido expresamente definida por el legislador. Tanto en Francia como en Chile, este fin es evidentemente el interés social, sobre el que versa la segunda sección de éste capítulo.

En segundo lugar, su ejercicio puede generar la responsabilidad de sus titulares en dos hipótesis. Por un lado, en caso en que sean utilizados con un fin alternativo al indicado por la ley, lo que explica la existencia del deber de lealtad que se le impone a los dirigentes societarios, y sobre todo su naturaleza funcional. Es decir, la lealtad al fin legal de los poderes de los

que son titulares es inherente a los mismos poderes, y no requiere en principio la expresión de una obligación positiva. Por otro, en caso en que sean ejercidos de manera defectuosa, que en términos generales pudiera perjudicar el interés social. Esto explica a su vez la existencia del deber de diligencia de los dirigentes, que al igual que el deber de lealtad, es inherente a la función y no necesita ser explícitamente exigido por la normativa positiva. En esta segunda categoría discerniremos por un lado las conductas que dicen relación con una falta de diligencia general, de aquellas que implican una infracción a una disposición que indique una obligación específica. Ambas dan cuenta de una falta de cuidado por parte de los dirigentes, pero como lo veremos en el segundo capítulo, tienen una relación distinta con la noción de culpa.

3. Su finalidad: el interés social

Como lo acabamos de ver entonces, las prerrogativas o poderes de administración que les son otorgadas a los dirigentes societarios están, en

palabras de Josserand y Dabin, finalizados, es decir están enteramente orientados hacia un fin determinado, el que en nuestras normativas vigentes, tanto en Francia como en Chile, vendría a ser el interés social. Porque el interés social es el fin de estos poderes, nuestra dogmática continental ha indicado que éste es la brújula que indica la marcha a seguir en la gestión y administración de la sociedad¹⁶¹, o “el faro que debe alumbrar y guiar siempre las decisiones de directores y gerentes de la sociedad en cumplimiento de sus funciones”¹⁶². Es, lo que Josserand llamaba el sentido teleológico de los deberes de los administradores.

Esto es una buena y mala noticia. Es buena porque como ya lo dijimos, delimita la noción de hecho ilícito a dos categorías concretas: la desviación del ejercicio de estos poderes con un fin alternativo al interés social, y el ejercicio defectuoso de éstos, que pudiera perjudicar el interés social. Pero es mala, porque en realidad, la noción de interés social es indeterminada. En efecto, ni en Francia ni en Chile existe una disposición expresa que dé una

¹⁶¹ COZIAN M., VIANDIER A. y DEBOISSY F. 2003. Droit des sociétés. 16ème Ed., Paris, Litec, 194 p.

¹⁶² PFEFFER, F. 2015. Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del caso Cascadas”, Revista Actualidad Jurídica, (32) : 212.

definición del mismo¹⁶³, siendo solamente nombrada en distintos artículos, relativos a diferentes temas.

En términos generales, en el derecho francés, el artículo 1848 del *Code Civil* (en adelante C.Civ.fr) señala que el gerente puede realizar todos los actos de administración necesarios al *interés social*. Al contrario, en el derecho chileno el Código Civil (en adelante C.Civ.ch) utiliza el término de *interés social* para referirse a la participación de los socios de una sociedad¹⁶⁴, lo que no tiene relación con la noción en estudio. Por su lado, el Código de Comercio (en adelante C.Com.ch) derechamente no utiliza la expresión referida.

Específicamente respecto a las S.A. ahora, la situación normativa se invierte. En el derecho chileno, la LSA refiere en reiteradas oportunidades al interés social. Así, el artículo 42 de este cuerpo normativo, indica que los

¹⁶³ PFEFFER, F. 2015. Deber de lealtad ... cit., 212 p.

¹⁶⁴ Artículo 2089 inciso 2° del C.Civ.ch.: “Cada uno de los socios será obligado a esta indemnización *a prorrata de su interés social*, y la parte de los insolventes se partirá de la misma manera entre todos.”; y; Artículo 2095 del mismo cuerpo normativo: “Si la sociedad colectiva es obligada respecto de terceros, la totalidad de la deuda se dividirá entre los socios *a prorrata de su interés social*, y la cuota del socio insolvente gravará a los otros. No se entenderá que los socios son obligados solidariamente o de otra manera que *a prorrata de su interés social*, sino cuando así se exprese en el título de la obligación, y ésta se haya contraído por todos los socios o con poder especial de ellos.”. El destacado es nuestro.

directores no podrán proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social. El artículo 43 que dispone el deber de reserva a los administradores, indica que dicha obligación no “regirá cuando la reserva lesione el interés social”. Siempre en el mismo tema, el artículo 54 señala que en determinadas circunstancias, los directores pueden conferir el carácter de reservado a ciertos documentos “que se refieran a negociaciones aún pendientes que al conocerse pudieran perjudicar el interés social”¹⁶⁵. Respecto a las sociedades anónimas abiertas (en adelante SAA), el artículo 147 dispone que éstas sólo pueden “celebrar operaciones con partes relacionadas cuando tengan por objeto contribuir al interés social”¹⁶⁶. En ese mismo artículo, se indica que los directores deberán pronunciarse expresamente sobre “la conveniencia de la operación para el interés social”. Por su lado, el Nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas –DS de Hacienda N° 702 de 2011- (en adelante RSA), alude cuatro veces al concepto de interés social. Así, el artículo 27 relativo al aumento de capital en las sociedades anónimas cerradas, faculta en determinadas circunstancias al directorio para “ofrecer y colocar las nuevas acciones de pago entre los

¹⁶⁵ Regla retomada en los artículos 135 del Reglamento de Sociedades Anónimas y 10 de la Ley N° 18.0545 de Mercado de Valores también.

¹⁶⁶ Esta regla es reiterada en el artículo 172 del Reglamento de Sociedades Anónimas.

accionistas o terceros en la forma que estime más conveniente para el interés social”. A su vez, el artículo 79 indica que el director debe abstenerse de “proponer, acordar o realizar actos o contratos, o tomar decisiones que no tengan por fin el interés social”. El artículo 137, relativo a la información de los accionistas en las sociedades filiales, indica que podrá darse carácter de reservado a ciertos documentos, cuya publicidad pudiera perjudicar el interés social. Finalmente, el artículo 147 de la LSA relativo a las operaciones con partes relacionadas (en adelante OPR) dispone que éstas deberán tener por objeto contribuir al interés social.

En Francia al contrario, la noción de interés social en la legislación especial a las S.A. es mucho más escasa, puesto que un solo artículo hace referencia a él¹⁶⁷, y su redacción es ambigua, ya que refiere al interés social de la sociedad. Sin embargo, cabe mencionar, que inicialmente, en los trabajos preparatorios de la ley del 24 de julio de 1966, se preveía expresamente que los miembros del *Conseil d'Administration* y del *Directoire* estaban investidos de todas las facultades de gestión necesarias

¹⁶⁷ Art. L.233-32 C.Com.fr.

para actuar en toda circunstancia en el interés social¹⁶⁸, retomando así la redacción del artículo 1848 del C.Civ.fr. No obstante, esta disposición fue eliminada del proyecto, por ser considerada imprecisa conceptualmente. Por ello, la formulación final del artículo L. 225-35 del C.Com.fr¹⁶⁹ que refiere a las funciones y derechos de los administradores¹⁷⁰ sólo indica que los dirigentes pueden avocarse de todos los asuntos que conciernen el buen funcionamiento de la sociedad, en los límites del objeto social. No obstante, la doctrina ha sostenido que el espíritu de la malograda disposición del proyecto inicial de 1966, quedó establecido implícitamente en el C.Com.fr.¹⁷¹

Paralelamente, en ambos países la ley alude en reiteradas oportunidades a las nociones de interés de la sociedad¹⁷², objeto social¹⁷³ e interés de los accionistas¹⁷⁴ o interés común de los accionistas¹⁷⁵.

¹⁶⁸ Messai-Bahri, S. 2009. La responsabilité des dirigeants sociaux. Paris, IRJS Editions, 250 p.

¹⁶⁹ *“Le conseil d’administration détermine les orientations de l’activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d’actionnaires et dans la limite de l’objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d’administration qui ne relèvent pas de l’objet social, à moins qu’elle ne prouve que le tiers savait que l’acte dépassait cet objet ou qu’il ne pouvait l’ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.”*

¹⁷⁰ L. 225-25 C.Com.fr.

¹⁷¹ Messai-Bahri, S. 2009. La responsabilité... cit. 250 p.

¹⁷² En el derecho chileno: artículos 357 del C.Com.ch., 6° de la LSA y 78 del RSA. En el derecho francés: artículos L.124-10, L.221-4, L.233-3, L. 631-19-2, R. 225-33 y R. 225-60 del C.Com.fr.

En vista de lo expuesto, hay que reconocer que el panorama normativo que acabamos de describir no es particularmente alentador para la definición de la noción de interés social. En primer lugar porque, como ya lo indicamos, si bien se menciona, nunca se define. En segundo lugar, porque en ambas legislaciones se utilizan términos cercanos pero no idénticos, por lo que cabe preguntarse si el legislador los usa como sinónimos o entiende darles un sentido diferente.

En razón de ello, intentaremos en una primera parte de esta sección acotar el significado de esta noción, para lo que examinaremos su relación con los otros conceptos afines que evocamos *supra*. Luego, analizaremos el panorama normativo comparado y las proposiciones doctrinales clásicas al respecto, tanto en derecho continental como anglosajón. Para terminar, examinaremos la naturaleza de la noción de en estudio y finalmente su recepción jurisprudencial en el ordenamiento jurídico francés y chileno.

¹⁷³ En el derecho chileno: artículos 426 del C.Com.ch., 40 de la LSA y 142 del RSA. En el derecho francés: artículos 1833 del C.Civ.fr y L. 210-2, L. 221-5, L. 223-18, L.225-35, L. 225-56, L.225-64, L. 226-7, L. 227-6, L. 235-3, L. 239-1 y L. 710-1 del C.Com.fr.

¹⁷⁴ Artículo 446 del C.Com.ch.

¹⁷⁵ Artículos 2091 del C.Civ.ch. y 1833 del C.Civ.fr.

3.1. Distinción con otras nociones afines

Antes de abordar las propuestas doctrinarias de definición del interés social, nos parece pertinente distinguir esta noción de otras similares, también presentes en las legislaciones en estudio, tales como, el interés de la sociedad, el interés común, el interés de los socios o, el objeto social.

3.1.1. El objeto social

En lo que refiere al objeto social primero, esta noción extraída del vocabulario contractual, dice relación con los elementos esenciales del contrato. En efecto, al tenor del antiguo artículo 1108 del C.Civ.fr.¹⁷⁶ y 1445 del C.Civ.ch¹⁷⁷, para ser válidos, todos los contratos deben tener un objeto lícito. Puesto que tanto en la legislación chilena como en la francesa,

¹⁷⁶ Esta disposición fue derogada por la Ordonnance N° 2016-131 del 10 de febrero de 2016 que reformó el derecho de las obligaciones en Francia. Contrariamente a otros artículos del *ancien Code*, éste no fue reformulado en el estado en otro numeral, por lo que lo reproducimos aquí: “*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une convention : Le consentement de la partie qui s’oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l’engagement ; Une cause licite dans l’obligation.*”

¹⁷⁷ “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° que sea legalmente capaz; 2° que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto lícito; 4° que tenga una causa lícita.”

la institución jurídica de la sociedad es definida como un contrato¹⁷⁸, ésta debe fatalmente reunir las condiciones de validez general a todo contrato, entre los cuales está entonces el objeto. De hecho, el C.Civ.fr. indica expresamente en su artículo 1833 que las sociedades deben tener un objeto lícito¹⁷⁹. Por su lado, el C.Civ.ch. no hace expresa referencia a ello, no obstante, su artículo 2057 refiere a las sociedades cuyo objeto fuera ilícito, por lo que *a contrario*, al igual que en la legislación francesa, las sociedades deben tener un objeto, y éste debe ser lícito.

En términos generales, se ha indicado que el objeto del contrato son las obligaciones que crea para las partes¹⁸⁰. En términos específicos, nuestra doctrina nacional ha indicado que el objeto del contrato de sociedad “se refiere a la actividad concreta que los socios se han propuesto ejecutar a fin de que la persona jurídica obtenga los beneficios que más tarde se distribuirán entre sí”¹⁸¹. En otras palabras, el objeto de la sociedad esta

¹⁷⁸ En Francia, el artículo 1832 del C.Civ.fr. dispone que: “*La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.*”. En Chile, el artículo 2053 del C.Civ.fr. indica que: “La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan.”

¹⁷⁹ “*Toute société doit avoir un objet licite*”

¹⁸⁰ CARBONNIER, J. 2000. Les obligations. 22e ed., Paris, PUF, 117 p.

¹⁸¹ ALCALDE RODRÍGUEZ, E. 2006. El interés social como causa común del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado. Revista Actualidad Jurídica (14): 121.

constituido por las obligaciones de aporte y cooperación que incumben a cada uno de los socios para obtener utilidades comunes. Materialmente, como lo indica Alcalde refiere entonces a la “actividad concreta” o giro¹⁸² de la sociedad. Es, en definitiva, su negocio.

A nuestro juicio, ello resulta congruente con la utilización que se hace en ambas legislaciones de la expresión referida. En efecto, como se indicó *supra*, todas las sociedades deben tener un objeto social, que debe ser establecido en sus estatutos¹⁸³. Lo que se define en los estatutos no es obviamente el interés social –no tendría sentido–, sino el negocio al que se abocará la sociedad. En concordancia con ello, cuando en Chile, el artículo 40 de la LSA indica que el directorio “representa judicial y extrajudicialmente [la sociedad] y para el cumplimiento del objeto social”, el legislador está señalando que esta representación le es otorgada para la realización del negocio propio de la sociedad. Del mismo modo, cuando el legislador francés indica en los artículos L.225-35, L. 225-56, L.225-64 y L. 227-6 del C.Com.fr. que los administradores de S.A. están investidos de

¹⁸² El Diccionario de la Real Academia Española define la palabra giro como: “Conjunto de operaciones o negocios de una empresa.”

¹⁸³ Artículos 425 del C.Com.ch. y L. 210-2 del C.Com.fr.

los poderes más amplios para actuar por cuenta de la sociedad en el marco del objeto social, está indicando que las prerrogativas que les son conferidas sólo pueden ser usadas para la realización del negocio de la sociedad. Por ende, la noción de *objeto social* es de carácter material y designa un ámbito de actividad económica.

3.1.2. El interés común

Por su lado, el *interés común*, también llamado *interés común de los socios*, refiere literalmente al interés que le es común a todos y cada uno de los socios. Schmidt indica que éste sería invariablemente el enriquecimiento personal que obtendría a través del enriquecimiento de la sociedad¹⁸⁴. El interés común funciona entonces en dos tiempos y *à rebours*. En primer lugar, el interés común de los socios es que se enriquezca la sociedad, ya que de eso depende su enriquecimiento personal. En segundo lugar, estas utilidades obtenidas por la sociedad serán repartidas a cada uno de los socios individualmente. Este mecanismo a doble tiempo está explícitamente

¹⁸⁴ SCHMIDT, D. 1994. De l'intérêt commun des associés. La Semaine Juridique Entreprise et Affaires (48): 404; También, SCHMIDT, D. 2004. Des conflits d'intérêts dans la société anonyme. Paris, Editions Joly, 2 p

descrito en los artículos 2053 del C.Civ.ch. y 1832 del C.Civ.fr., en los que se indica que los socios celebran el contrato de sociedad *en mira -o en vue-* de obtener utilidades que se repartirán entre sí. Nuestra legislación es aún más explícita en el artículo 2091 del C.Civ.ch., al disponer que “[L]os productos de las diversas gestiones de los socios en el *interés común* pertenecen a la sociedad; y el socio cuya gestión haya sido más lucrativa, no por eso tendrá derecho a mayor beneficio en el producto de ella”. En otras palabras, primero se enriquece la sociedad, y después se reparte.

Como lo veremos *infra*, parte importante de la doctrina, y en particular en nuestro país, indica que el interés social es el interés común, serían nociones perfectamente sinónimas¹⁸⁵. Por ello, es importante relevar con precisión el funcionamiento del interés común. Puesto que como lo dijimos en el párrafo anterior, nuestro derecho positivo indica que este interés se realizaría en dos tiempos, ello significa entonces, que dentro de la noción de interés común hay en realidad dos categorías de intereses distintos: por un lado el interés estrictamente patrimonial de la sociedad

¹⁸⁵ En particular en Francia donde el artículo 1833 del C.Civ.fr. dispone que la sociedad se constituye en el interés común de los socios. Como lo veremos en los párrafos siguientes, en Francia esta disposición ha sido muy comentada y se ha sostenido que en virtud de ella, el interés social no podría ser otra cosa que el interés común, puesto que es la razón de constitución de la sociedad.

como persona jurídica, pues éste es el vehículo para cumplir la promesa societaria, y por otro el interés de los accionistas -considerados como clase- de sacar la parte que le corresponde del enriquecimiento de la sociedad, siendo esto pues, la promesa societaria a propiamente tal¹⁸⁶. No obstante, la relación entre estas dos categorías de intereses está jerarquizada y es funcional. Es decir, el interés patrimonial de la sociedad está supeditado a la realización del interés de los accionistas como clase, y es considerado en el interés común únicamente en su aspecto funcional. Es decir, el interés de la sociedad es concebido dentro del interés común como el medio en que se logra la realización del interés de los accionistas, y no tiene por lo tanto autonomía respecto a éste.

3.1.3. El interés de la sociedad

Como lo indicamos *supra*, la legislación chilena hace escasas referencias al interés de la sociedad¹⁸⁷, contrariamente a la francesa que lo

¹⁸⁶ SCHMIDT, D. 2004. Des conflits... cit. 3 p.

¹⁸⁷ Artículo 357 del C.Com.ch.

cita con frecuencia. Es dable suponer que esta noción refiere al interés económico de la sociedad como persona jurídica. En efecto, en ambos países, las sociedades son personas jurídicas independientes de sus socios. La ley chilena es muy explícita al respecto, puesto que en el artículo 2053 del C.Civ.ch. indica en su segundo inciso que las sociedades son personas jurídicas “distintas de los socios individualmente considerados”. Respecto a las S.A., el artículo 1º de la LSA reitera lo dicho por el Código en los mismos términos. No existe en la legislación francesa una disposición equivalente. No obstante, el artículo L. 210-6 del C.Com.fr. señala que todas las sociedades comerciales tendrán personalidad jurídica, a contar de su inmatriculación en el Registro de Comercio¹⁸⁸, lo que conduce finalmente al mismo resultado.

Siendo entonces las sociedades personas jurídicas, distintas a la de sus socios, estas tendrían eventualmente, un interés individual protegido que se distingue del interés común y del interés de los socios.

¹⁸⁸ “Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés.”

No obstante, como lo indicamos, puesto que el interés patrimonial de la sociedad está fatalmente comprendido en el interés común, resulta curioso que en particular el legislador francés lo evoque autónomamente. Si nos fijamos en las disposiciones que lo prescriben, podemos percatarnos que todas ellas tienen relación con aspectos funcionales de la sociedad. Así, el artículo L.221-4 del C.Com.fr., que refiere a las sociedades de personas, indica que la relación entre los asociados, y en caso en que no se haya determinado sus poderes en los estatutos, el gerente puede hacer todos los actos de gestión en el interés de la sociedad. Por su parte, los artículos L.233-3 y L. 631-19-2 del C.Com.fr., refieren a acuerdos concluidos entre accionistas, indicando que éstos no debe ser contrario al interés de la sociedad. A su vez, los artículos R. 225-33 y R. 225-60 del C.Com.fr. tienen relación con la autorización de reembolso de gastos en los que incurren algunos dirigentes societarios, en el interés de la sociedad. No tiene a nuestro juicio, mucha relación con la noción de interés de la sociedad de las teorías institucionalistas.

3.1.4. El interés de los socios

Por su lado, la noción de interés de los socios, refiere a su interés individual y personal. La distinción con la noción de interés común puede parecer sutil, no obstante, tienen una diferencia concreta. En efecto, el interés común no supone identidad de intereses individuales¹⁸⁹, puesto que cada socio puede tener intereses de enriquecimiento a través de distintas modalidades. Por ejemplo, unos preferirán obtener lucro de la actividad societaria a corto plazo, privilegiando de tal modo las utilidades inmediatas que pudiera obtener la sociedad. Otros al contrario preferirán obtener lucro a largo plazo, privilegiando la inversión de las utilidades del negocio en su expansión que pudieran beneficiar la sociedad a futuro. En la vida societaria, lo que dirime entre los distintos intereses de los socios, y lo convierte en el interés común, es el gobierno mayoritario de la sociedad, en el que, a través del ejercicio político de los asociados, se determinará cuales de los estos intereses individuales se privilegiarán¹⁹⁰.

Ahora bien, como lo demostramos en los párrafos siguientes, la relación de todas estas nociones con el interés social es incierta. Sin

¹⁸⁹ SCHMIDT, D. 2004. Des conflits... cit. 2 p.

¹⁹⁰ SCHMIDT, D. 2004. Des conflits... cit. 12 p.

embargo, podemos desde ya afirmar que el interés social no es sinónimo ni del interés de los socios – puesto que obedece a motivaciones netamente personales, ajenas al espíritu colectivo societario-, ni del objeto social¹⁹¹ – que refiere al giro de la sociedad-. En lo que concierne el interés común y el interés de la sociedad, como lo veremos a continuación, la doctrina ha intentado identificarlos con el interés social a través de diversos argumentos.

Ahora bien, el contenido de la noción de interés social, debe ser contextualizado en tres niveles. En primer lugar, en un nivel estrictamente teórico, es decir, analizar la discusión dogmática que se da respecto al concepto en cuestión, que como veremos, es a la vez, determinante en la aplicación jurisprudencial que es retenida en los países en estudio, pero también demostrativa de las inquietudes que presenta la comunidad jurídica respecto a la noción de interés social. Junto con ello, nos parece asimismo imprescindible examinar la legislación comparada que le hace referencia, donde podremos observar que tanto en Francia como en Chile tiene un alto

¹⁹¹ ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2007. La sociedad anónima, autonomía privada, interés social y conflictos de interés. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 41 p.

grado de permeabilidad respecto a la discusión dogmática mencionada. Finalmente, tendremos que estudiar el uso concreto que hace la jurisprudencia comparada de la noción de interés social, teniendo en cuenta por supuesto, de la eminente ductilidad que sin duda lo caracteriza.

3.2. Propositiones doctrinales clásicas

La doctrina comparada ha sido extremadamente prolífica en la materia, y ha desarrollado distintas teorías al respecto, que por supuesto han inspirado tanto los tribunales de justicia como los legisladores. Ahora bien, como lo podemos intuir, es un tema amplísimo. Se ha dicho incluso que el interés social sería una “*notion éclatée*”¹⁹² –literalmente, una noción reventada, o fraccionada-. Expondremos a continuación las teorías más relevantes al respecto. Nos ha parecido necesario aquí, no limitarnos a la dogmática francesa y chilena. En efecto, consideramos que en materia doctrinaria, no resulta procedente realizar segregaciones geográficas, puesto que las teorías circulan y se discuten, en distintas comunidades académicas.

¹⁹² COURET, A. 2002. Le désintérêt social. En : Mélanges P. Bézard, Paris, Montchrétien, 63 p.

Por ello, junto con la discusión existente en los países en estudio, hemos agregado literatura norteamericana, que como lo veremos, aborda el tema del interés social desde un punto de vista netamente meta-jurídico, lo que en lo personal al menos, parece ser mucho más pertinente que la simple discusión jurídica.

En términos generales entonces, podemos realizar una gran división y dos subdivisiones en cada una de ellas. En primer término, existen dos grandes grupos de teorías que preconizan en definitiva la atribución de la riqueza producida por la sociedad a grupos de interés distintos. Así, por un lado, las teorías contractualistas indican que quienes son los legítimos receptores de estas utilidades, son exclusivamente los accionistas de la sociedad, propietarios del capital. Por otro, el conjunto de teorías de corte institucionalistas indican al contrario que los propietarios del capital de la sociedad no son los únicos receptores legítimos de los excedentes producidos por la actividad económica de la sociedad, sino que es necesario considerar otros grupos de intereses que, o participan directamente de la actividad de la sociedad, o se ven afectados por ella. Luego, además de la

clásica distinción entre las teorías contractualistas e institucionalistas, podemos discernir en cada una de ellas, conjuntos de propuestas doctrinarias que privilegian enfoques muy distintos. Así, la literatura jurídica continental plantea el problema del interés social tradicionalmente en términos preferentemente jurídico, desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de la sociedad. A su vez, los autores anglosajones plantean el mismo problema del interés social desde una perspectiva metajurídica, radicando su razonamiento en la función económica básica de la sociedad – esto es, la producción de riqueza- y discutiendo acerca del o los criterios de atribución de los excedentes generados por la misma.

3.2.1. Las teorías contractualistas

En términos generales, estas teorías postulan todas que los accionistas, propietarios del capital -y por lo tanto de los medios de producción- son los únicos legítimos titulares de los excedentes generados por la actividad de la sociedad. Como lo anunciamos *supra*, existen

sustanciales diferencias de formulación entre los autores continentales y los anglosajones.

3.2.1.1. Las teorías contractualistas continentales

En los países de derecho continental, los argumentos de las teorías contractualistas son fundamentalmente jurídicos, y parten del postulado que la sociedad es ante todo un contrato. Por consiguiente, los autores continentales indican que en la sociedad, el interés personal de los socios resulta objetivado por dicho pacto social que se define en relación a la causa del contrato de sociedad, este es, el enriquecimiento de las partes al contrato, a través de la realización del objeto social¹⁹³.

Cabe señalar que, al momento de la promulgación del *Code Napoléon* y del *Code de Commerce*, esta teoría era predominante en la dogmática francesa y es la que estructuró los fundamentos normativos de la noción de

¹⁹³ COZIAN, M. VIANDIER, A. y DEBOISSY, F. 2003. Droit des sociétés... cit. 176 p.

sociedad. Así, el *Code Civil* de 1804 -inspirado por el tratado de Pothier sobre las sociedades, clasificaba y regulaba esta institución jurídica en la categoría de los contratos. Le dedicaba un título entero al contrato de sociedad, situado entre las disposiciones relativas al contrato de arriendo y a las del contrato de préstamo. En el mismo orden de idea, el *Code de Commerce* de 1807 indicaba que el contrato de sociedad es regulado por el derecho civil, por las reglas particulares del derecho comercial y por las estipulaciones de las partes¹⁹⁴. La sociedad es por lo tanto un contrato, y un contrato consensual, puesto que, como lo había indicado Pothier en su momento, si las ordenanzas prescribían ciertas formalidades para este tipo contractual, sólo era para efecto de la prueba del mismo, y no de su validez, ya que el contrato de sociedad es creado por la voluntad expresada de las partes al mismo.

Asimismo, la teoría contractualista no es solamente congruente con el ordenamiento jurídico decimonónico post-revolucionario, sino que es también hija de su tiempo en términos ideológicos. Así, Ripert indicaba que

¹⁹⁴ Artículo 18 original.

el sistema jurídico revolucionario creó “un orden nuevo”¹⁹⁵, que permitió el asentamiento y desarrollo de “un régimen capitalista”, entendido como un orden económico en el que “el hombre dispone de los capitales que ha acumulado o recibido a préstamo; ejerce el comercio o la industria que le place; vende libremente los productos y se auxilia con el trabajo ajeno gracias al contrato”. Este autor agrega que la noción de régimen capitalista va mucho más allá que un sistema de producción fundado en la propiedad privada de los medios de producción. Citando a James, indica que el capitalismo es incluso una moral, o un espíritu, caracterizado por la prosecución del lucro ilimitado¹⁹⁶. Weber lo había definido de manera más elegante como la “esperanza de obtener utilidades de la explotación de las posibilidades de intercambio, es decir de posibilidades (formalmente) pacíficas de lucro”¹⁹⁷. Ripert sostiene que el régimen capitalista requiere, para su desarrollo, un sistema jurídico que garantice dos grandes principios: la libertad y la propiedad privada, lo que es precisamente lo que propició el nuevo orden revolucionario. Así, los códigos decimonónicos consagraron la inalienabilidad del derecho de propiedad –Portalis, recordemos, señalaba

¹⁹⁵ RIPERT, G. 1950. Aspectos jurídicos del capitalismo moderno. (s.l.) Ediciones Jurídicas Europa – América, Bosch & Cia Editores. 10 p.

¹⁹⁶ RIPERT, G. 1950. Aspectos jurídicos ... cit. 337 p.

¹⁹⁷ WEBER, M. 1991. L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme. Paris, Presses Pocket. 5 p.

que la propiedad privada era “el derecho fundamental sobre el que descansan todas las instituciones sociales”¹⁹⁸- y la libertad individual, expresada en la esfera del derecho privado por la libertad contractual. Este régimen capitalista instalado por la Revolución –si acaso no fue al revés-, no se acomoda por lo tanto de obstrucciones a la libertad individual. Por ello, su desarrollo se aparejó de políticas económicas liberales, que protegen el libre curso de los intercambios, únicamente arbitrados por las leyes del mercado, a una prudente distancia del Estado. De modo que, nos parece relevante tener presente al examinar la teoría contractualista, que los principios en los que se basa –la propiedad del capital y la libertad contractual-, no son técnicas jurídicas neutras. Son medios jurídicos que tienen un sentido teleológico determinado que se inscribe en la formación y construcción de un sistema de producción capitalista y una economía liberal.

A pesar de la importante preponderancia que tuvo el contractualismo en el siglo XIX en la dogmática francesa, durante una buena parte del siglo

¹⁹⁸ HALPERIN, J.-L. . 1996. Histoire du droit privé français depuis 1804. Paris, PUF. 17 p.

XX tuvo un importante retroceso, en beneficio de las teorías institucionalistas que analizaremos *infra*. No obstante, esta corriente ha tenido un nuevo auge desde la década de los 90, con el interés de algunos sectores académicos por el tema de la *Corporate Governance*. Este fenómeno, importado del derecho anglosajón, a ojos de los autores franceses, tendería a restaurar las prerrogativas de los accionistas, imponiéndoles a los administradores el estricto cumplimiento de los deberes fiduciarios, y el fortalecimiento de los derechos de los accionistas¹⁹⁹. Este movimiento habría aparecido como reacción a la tendencia de los dirigentes de SAA de desconocer los derechos de los accionistas minoritarios y otros inversionistas²⁰⁰. Esta tendencia se tradujo en Francia por un redescubrimiento de la noción de interés común de los accionistas, dispuesto en el artículo 1833 C.Civ.fr, que ya hemos evocado. El profesor Schmidt²⁰¹ es hoy, uno de los autores contractualistas más activos y probablemente más radicales. Considera que el interés común de los socios es el fundamento esencial de la sociedad, pues sin él, ésta no existiría. Es porque tienen un interés común congruente que los socios se asociaron en el

¹⁹⁹ COURET, A. 1997. Première traduction législative de la Corporate Governance: la loi sur les fonds de pension. D. Chron. 241(1).

²⁰⁰ PIROVANO, A. 1997. La boussole de l'intérêt social - Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?, D. 1997. chron. 189.

²⁰¹ MARTIN, D. 2005. L'intérêt des actionnaires se confond-t-il avec l'intérêt social?. En: Mélanges D. Schmidt, Paris, Ed. Joly. 359 p.; PIROVANO, A. 1997. La boussole ... cit. 189 p.

pacto societario²⁰². Por ende, no se concibe una sociedad creada y gobernada en el interés de algunos asociados solamente, o en el interés de personas ajenas al contrato social. De modo que admitir la existencia de una sociedad en la que algunos socios buscan el lucro para su posterior repartición, y otros socios buscan otra cosa que el lucro o no quieren su repartición, carece de sentido²⁰³.

Schmidt sostiene también, que para todos los tipos de sociedades, el interés común es un elemento tan fundamental del contrato de sociedad, que el artículo 1844-10 del C.Civ.fr dispone la nulidad de éstas en caso de infracción a los artículos 1832 y 1833 del mismo cuerpo normativo. En otras palabras, la violación del interés común es causal de nulidad tanto del acto constitutivo de la sociedad como de las deliberaciones de los órganos societarios constituidos. Respecto a las sociedades anónimas abiertas o cerradas –en las que la existencia de un real interés común congruente ha sido cuestionado por las doctrinas institucionales²⁰⁴- este autor indica que resulta en éstas aun más evidente el carácter esencial y central del interés

²⁰² SCHMIDT, D., 2004. Des conflits ...cit. 3 p.

²⁰³ SCHMIDT, D., 2004. Des conflits ...cit. 3 p.

²⁰⁴ Ver *infra*.

común, congruente con la noción de interés social, puesto que éste es *in fine* la última protección de los accionistas minoritarios. En efecto, puesto que este tipo de sociedades están regidas por el principio mayoritario, ningún accionista individualmente considerado tiene un derecho a veto. Por ende, si las decisiones de los accionistas no están regidas por el interés común congruente que tienen, los minoritarios se encontrarían a merced de los mayoritarios que podrían lícitamente tomar decisiones que no favorezca el interés común sino que sólo sus intereses particulares.

Algunos autores sostuvieron incluso, que a principio de este milenio, la legislación francesa habría tenido un movimiento de liberalización del derecho de sociedades, inspirado en los principios de *Gobiernos Corporativos* de moda en ese momento. En esta liberalización, el legislador galo habría acercado la noción de interés social a la de interés común de los socios²⁰⁵.

²⁰⁵ GOFFAUX-CALLEBAUT, G. 2004. La définition de l'intérêt social. RTD Com. 35 p. Esta autora indica en particular que la ley NRE del 15 de mayo de 2001, al reforzar ciertos derechos políticos de los accionistas e introduciendo mayores exigencias de transparencia en la gestión de las sociedades anónimas, habría marcado un notable viraje hacia el contractualismo en cuanto a la noción de interés social.

Ahora bien, en Chile, la teoría contractualista tiene especial cabida dentro la doctrina²⁰⁶ y es en particular defendida por Alcalde. Éste autor sostiene que la sociedad comercial es una “organización técnico-jurídica de colaboración, [que] reviste carácter funcional-subjetivo, en cuanto se trata de una fórmula destinada a normar los intereses individuales de la pluralidad de personas que la integran”²⁰⁷. Esta noción excluye por cierto los intereses de “otros sujetos que puedan interactuar con la sociedad, por legítimos que sean y por mucho que se vean afectados por las decisiones adoptadas por ella”²⁰⁸. Sostiene además, que nuestro legislador ha manifiestamente adherido a ella²⁰⁹, puesto que al tenor de lo dispuesto por los artículos 2053 y 2061 del C.Civ.ch. las sociedades en general, y las S.A. en particular, son tipos de contratos²¹⁰. Agrega que, como el artículo 2053 antes citado indica que “la sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan”, esta figura contractual tiene como “función típica”, el aumento de las utilidades provenientes del giro, en

²⁰⁶ Ver por ejemplo, ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2007. La sociedad anónima... .cit. 30 p.; ALCALDE RODRÍGUEZ, E. 2006. El interés social como causa común... cit.; EYZAGUIRRE COURT, C. y VALENZUELA NIETO, I. 2015. Las operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas. Revista Actualidad Jurídica (31): 267.

²⁰⁷ ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2007. La sociedad anónima... .cit. 30 p.

²⁰⁸ ALCALDE RODRÍGUEZ, E. 2006. El interés social como causa común... cit. 120 p.

²⁰⁹ ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2006. Cit. 124 p.

²¹⁰ ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2006. Cit. 124 p.

beneficio de sus accionistas²¹¹. Por ello, y citando la doctrina italiana mayoritaria, indica que el interés social no puede ser sino, el interés común, ya que éste es el fin de la figura contractual de la sociedad²¹². En nuestro país, inscribiéndose en esta perspectiva, el profesor Alcalde indica que al tenor de lo dispuesto por los artículos 2053 y 2061 del Código Civil, las sociedades en general, y las sociedades anónimas en particular, son tipos de contratos²¹³, que tiene como “función típica”, el aumento de las utilidades provenientes del giro, en beneficio de sus accionistas²¹⁴. De modo que las sociedades comerciales son “organizaci[ones] técnico-jurídica[s] de colaboración, [que] reviste[n] carácter funcional-subjetivo, en cuanto se trata de una fórmula destinada a normar los intereses individuales de la pluralidad de personas que la integran”²¹⁵. Por consiguiente, y citando la doctrina italiana mayoritaria, este autor indica que el interés social no puede ser sino, el interés común, ya que éste es el fin de la figura contractual de la sociedad²¹⁶⁻²¹⁷.

²¹¹ ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2007. La sociedad anónima... cit. 40 p.

²¹² ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2007. La sociedad anónima... cit. 36 p.

²¹³ ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2006. El interés social como causa común... cit. 124 p.

²¹⁴ ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2007. La sociedad anónima... 40 p.

²¹⁵ ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2007. La sociedad anónima... 30 p.

²¹⁶ ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2007. La sociedad anónima... cit. 36 p.

²¹⁷ Alcalde indica que la teoría contractualista aplicada a este tipo de sociedad, sería además congruente y lógica en relación a todo nuestro ordenamiento constitucional y legal que le otorga una especial cabida a las libertades económicas y al principio de autonomía de la voluntad. Respecto a éste en particular, indica que nuestro constituyente ha explicitado su primacía en la Carta Fundamental, restringiendo la intervención del Estado en este plano. Por ello, citando a Díez-Picazo, indica que las normas que regulan las S.A. –

Como quiera que sea, si quisiéramos considerar que el interés social es el interés común, pues en nuestras legislaciones habrá que tomar en cuenta que éste contiene dos categorías de intereses, como ya lo hemos explicado *supra*. Por un lado el interés de la sociedad, y por otro el interés de los accionistas como clase, siendo el primero el vehículo de realización del segundo, elemento central de la noción de interés social.

3.2.1.2. Las teorías contractualistas anglosajonas

En la doctrina anglosajona existe también una teoría que identifica el interés social al interés de los accionistas, pero aborda el problema desde un enfoque más económico que jurídico. Dentro de la discusión, dos problemas fundamentales y consecutivos son planteados. El primero dice relación con el rol que deben desempeñar las sociedades comerciales en la economía en

siendo contratos- debieran estar radicadas en la autonomía de la voluntad. Sin embargo, en ocasiones, ésta se vería “peligrosamente desplazada”, por lo que ya no “tendría que respetarse por estar íntimamente vinculada a la naturaleza de la persona como ente racional y libre, sino en cuanto sirva los fines o intereses de la colectividad”. En este comentario de Alcalde, reconocemos plenamente el sentido teleológico de la teoría contractualista, tal cual fue entendida y construida a fines del siglo XIX. ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2007. La sociedad anónima... 17 y 26 pp.

general. Al respecto, convengamos que es un problema que excede totalmente el ámbito del derecho, siendo de orden estrictamente ideológico, en cuanto tiende a dar cuenta de la organización social deseada. El segundo problema, que está evidentemente relacionado con la respuesta que se dé a la primera interrogante, dice relación con la legítima asignación de los recursos creados por la sociedad en el desarrollo de su giro.

Ahora bien, sin duda el más prominente y prestigioso partidario de teorías de tipo contractualistas anglosajonas es Milton Friedman. Este premio Nobel de economía rechazaba categóricamente la idea que las sociedades comerciales puedan tener algún rol económico fuera del círculo de sus propietarios. Al respecto, indicaba que, “*there is one and only one social responsibility of business –to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engage in open and free competition, without deception or fraud*”²¹⁸. Lo que es, en nuestro sentido, particularmente interesante de la postura de Friedman, es que la distribución del ingreso

²¹⁸ FRIEDMAN, M. (s.a) Capitalism and freedom. (s.l.) Kindle Edition, 133 p.

generado por la sociedad es para él una cuestión ante todo moral. No es tarea simple intentar sintetizar el pensamiento de este economista, pero digamos que en lo que la organización de la sociedad se trata, Friedman sostiene que, contrariamente a lo que habitualmente se cree, la libertad política y la libertad económica están estrechamente ligadas, no pudiendo haber una sin la otra²¹⁹. Por ende, en el modelo de sociedad que promueve, el Estado sólo tiene un rol mínimo de prevención de la coerción mutua de los individuos haciendo respetar la ley, y manteniendo el orden²²⁰. El libre mercado entonces –o, como lo llama él, el capitalismo competitivo- sería una condición necesaria a la libertad política, puesto que separar el poder económico del poder político, permitiría que el segundo no deje sin efecto el primero²²¹. De modo que, en esta configuración social, se forma una escala de valores morales en la que la libertad ocupa un lugar central. Al respecto, se ha sostenido que el postulado de Friedman se estructura en torno a dos axiomas filosóficos²²². Por un lado, el derecho moral de los individuos a usar su libertad como le parezca mejor, siempre cuando no

²¹⁹ De hecho, en el libro citado, *Capitalism and freedom*, dedica a esta cuestión un capítulo entero, titulado : *The relation between Economic Freedom and Political Freedom*, 7 p.

²²⁰ FRIEDMAN, M. (s.a) *Capitalism ...*, cit. 8 p.

²²¹ FRIEDMAN, M. (s.a) *Capitalism ...*, cit. 9 p. “The kind of economic organization that provides economic freedom directly namely, competitive capitalism, also promote political freedom because it separates economic power from political power and in this way enables the one to offset the other.”

²²² MANSELL, S. 2013. Shareholder theory and Kant’s ‘duty of beneficence. *Journal of business ethics*, 117:(3), 589 p.

vulneren los derechos de los demás –de modo que los individuos tendrían únicamente deberes negativos de no interferir-. Por otro, la libertad de acción en materia económica supone la existencia de derechos de propiedad claramente establecidos y protegidos por el Estado, por lo que la libertad supone la existencia de la propiedad. Por ende, el derecho de los individuos a disponer libremente de su propiedad privada es un derecho fundamental, y existiría entonces, un derecho moral a la propiedad y a la disposición de ésta. Ahora bien, respecto específicamente a la asignación de los recursos dentro este modelo de sociedad, Friedman sostiene que es en primer término, un problema de orden ético²²³, en el que debiera primar el principio según el cual a cada cual le corresponde lo que produce por sí, o a través de los instrumentos de producción de los que es propietario. En efecto, este principio sería la única vía ética de distribución de la riqueza, ya que sólo así podría realizarse una verdadera igualdad de tratamiento²²⁴. Esto, porque en su opinión, sería del todo inequitativo que aquel que prefiere un trabajo rutinario con mucho tiempo libre para relajarse bajo el sol reciba el mismo salario que aquel que prefiere producir bienes valorados

²²³ FRIEDMAN, M. (s.a) Capitalism ..., cit. 161 p.

²²⁴ FRIEDMAN, M. (s.a) Capitalism ..., cit. 162 p.

por el mercado²²⁵. En términos estrictos entonces, el principal eje moralmente legítimo para la repartición de recursos, es la propiedad privada.

Plantea que se trata también de un problema de eficiencia económica de la distribución de riqueza y de diseño de instituciones políticas. En efecto, sostiene que no resultaría legítimo exigir de las sociedades comerciales, que velen por el interés, por ejemplo de sus trabajadores, puesto que ello es responsabilidad de las políticas públicas impulsadas por el Estado, que son ellas determinadas por el juego democrático. De modo que, pedirle a los dueños y dirigentes de corporaciones que cautelen intereses otros que los suyos –que muchas veces se contraponen-, es exigirles que suplan la labor del Estado²²⁶.

Ahora bien, en lo que concierne específicamente la asignación de recursos generados por las sociedades comerciales, Friedman sostiene que

²²⁵ FRIEDMAN, M. (s.a) Capitalism ..., cit. 162 p.

²²⁶ FRIEDMAN, M. (s.a) Capitalism ..., cit. 164 p.

la relación que tienen los accionistas con el capital, es un derecho de propiedad, por lo que tienen la facultad inalienable de disponer tanto de su participación, como de la plusvalía que genere. En este contexto, los administradores de sociedades comerciales, como son los directores de las sociedades anónimas, mantienen un vínculo estrictamente contractual con los dueños del capital, por lo que no tienen otro deber ni otro derecho que realizar lo que éstos desean, que es habitualmente la maximización del valor de su propiedad²²⁷. De modo que, el fundamento de la coincidencia del interés social con el interés de los accionistas –dueños del capital-, es de orden estrictamente moral, pero dentro del sistema de valores libertarios propio del pensamiento de este economista²²⁸.

La teoría de Friedman dio lugar a varias escuelas contractualistas en la literatura norteamericana, que en su gran mayoría abordan el problema de la asignación de los recursos generados por la sociedad, desde la perspectiva de la gestión de empresa. Vale decir, a propósito del cumplimiento –o no- de los deberes fiduciarios de los administradores de

²²⁷ MANSELL, S. 2013. Shareholder theory..., cit. 589 p.

²²⁸ Para una excelente ilustración de la ilegitimidad de asignación de recursos societarios a otros intereses que no sean los de los accionistas, ver: FRIEDMAN, M. 1970. The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. New York. The New York Times Magazine, 13 sept.

sociedades, se plantea el problema del sentido teleológico de estas obligaciones que les son impuestas. Como indica Micheal Jensen, para distinguir el bien del mal, hay que primero identificar el objetivo que se quiere perseguir²²⁹.

Este autor señala que respecto a la asignación de los recursos generados por la sociedad, la primera pregunta que es necesario contestar es, qué es lo que trata de realizar una organización, como en este caso una sociedad comercial, porque es lo que define la frontera entre el obrar bien y obrar mal²³⁰. Al respecto, Jensen sostiene que 200 años de investigación económica y financiera han demostrado que el fin de una organización comercial es la maximización del bienestar social lo que se logra cuando una sociedad produce bienes o servicios que tienen, para los consumidores, un valor superior a la suma de valores de los insumos que utilizó para producirlos²³¹. De modo que en el primer punto Jensen se sitúa en una posición menos libertaria que Friedman, y parte del fundamento que el fin institucional de las firmas comerciales es necesariamente el bien común –

²²⁹ JENSEN, M. 2002. Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function. *Business Ethics Quarterly*, Vol. 12, (2): 236.

²³⁰ JENSEN, M. 2002. Value Maximization ..., cit. 237 p.

²³¹ JENSEN, M. 2002. Value Maximization ..., cit. 239 p.

Friedman no se plantea expresamente la cuestión del bienestar común-. No obstante, indica que por un asunto metodológico²³², las firmas no pueden alcanzarlo sino a través de la realización de un objetivo único –“*multiple objectives is no objective*”²³³-. De modo que Jensen brinda en primer lugar una justificación económica para la maximización del valor del capital como objetivo socialmente deseable, y en segundo lugar indica que para los administradores de sociedades, puesto que les es imposible perseguir varios objetivos a la vez, resulta metodológicamente conveniente perseguir el de maximización del valor accionario, ya que crea bienestar social. Así, la prosecución del valor accionario no es sólo aquí un objetivo económico deseable, es además un método eficiente de gestión.

Por consiguiente, como resulta evidente, unos de los temas principales de estas teorías contractualistas es la gestión efectiva de las sociedades comerciales –*management*-, y dentro de ésta, la desviación ilegítima de la plusvalía generada por el capital societario a otros grupos de intereses que el de los accionistas, que pueden tener poder de decisión

²³² En particular, formulando una crítica a la *stakeholder theory* que abordaremos *infra*, este autor sostiene que desde un punto de vista de la gestión, no es posible perseguir varios objetivos a la vez, puesto que ello multiplicará los potenciales conflictos de intereses y dificultará la determinación de lo que está *bien* y lo que está *mal*. JENSEN, M. 2002. Value Maximization ...,cit. 240 p..

²³³ JENSEN, M. 2002. Value Maximization ..., 10 p.

efectiva en la destinación de estos recursos. Al respecto, se han propuesto mecanismos de gobiernos corporativos que permiten evitar los conflictos de intereses en la gestión de la sociedad, tales como la independencia del Directorio -tanto respecto a los negocios de la sociedad como a los accionistas mayoritarios-, como el alineamiento de los intereses de los directores a los intereses de los accionistas a través de los *stock-options*²³⁴.

En esta misma línea, Hansmann y Kraakmann por ejemplo, indican que existiría cierto consenso acerca de la necesidad de organizar y operar las empresas en beneficio de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, la “lógica y experiencia” indicarían que la mejor vía para lograr el bienestar general, sería orientar la gestión de los administradores al valor accionarial²³⁵. Incluso sostienen que los otros modelos de gestión – *stakeholder model*, *State-oriented model*, *Labor-Oriented Model*- han inexorablemente fracasado por lo que estarían destinados a desaparecer y dejar lugar a la hegemonía de la *shareholder value theory*.

²³⁴ RIBERIOUX, A. 2010. Gouvernance d'entreprise et contrôle des dirigeants: 1932-2008, d'une crise à l'autre. En: La gouvernance des sociétés cotées face à la crise. Pour une meilleure protection de l'intérêt social. Paris, LGDJ, 6 p.

²³⁵ HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R. 2000. The End of History... cit.

Se ha sostenido también que la prevalencia del interés de los accionistas tendría en realidad más relación con el buen funcionamiento del mercado²³⁶ que con el derecho de propiedad o técnicas de gestión. Así, el mercado económico no tendría como fin el resguardo de los derechos de propiedad individual, pero la correcta operación del sistema de precios. De modo que el interés de los accionistas como fin de la administración societaria, permitiría generar la competencia necesaria para crear un mercado transparente. En efecto, a mayor valor creado por los administradores para los accionistas, mayor incentivo tendrán los actores del mercado para invertir en estas sociedades²³⁷, arbitrando así entre las empresas bien gestionadas y las que no²³⁸. En esta vertiente de la *shareholder theory*, la maximización del valor accionarial es un instrumento económico que permite reducir o neutralizar fallas de mercado.

²³⁶ HEATH, J. 2006. Business ethics without stakeholders. *Business Ethics Quarterly*, Volume 16, (3): 541.

²³⁷ Esta confianza en la regulación natural del mercado se sostiene en la teoría financiera llamada Hipótesis del Mercado Eficiente (en adelante HME), que considera que un mercado eficiente es aquel en el cual los precios de los valores reflejan en todo momento la totalidad de la información existente. Ver: FAMA, E., 1970. Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work. *The Journal of Finance*, Vol. 25, No. 2, Papers and Proceedings of the Twenty-Eighth Annual Meeting of the American Finance Association New York, N.Y. December, 28-30, 1969 (May, 1970), 384 pp.

²³⁸ Podemos reconocer aquí la apreciación que Hayek formulaba en 1945 acerca de la función informativa del mercado. Éste indicaba en efecto que: “*We must look at the price system as such a mechanism for communicating information if we want to understand its real function – a function which, of course, it fulfills less perfectly as prices grow more rigid. (...) The most significant fact about this system is the economy of knowledge with which it operates, or how little individual participants need to know in order to be able to take the right action.*” HAYEK, F. 1945. The use of knowledge in society. *The American Economic Review*, V. 35, (4): 526.

Por otro lado, permaneciendo en la misma línea de Friedman, otros autores buscan fundamentos de orden moral a la prevalencia del valor accionarial. Por ejemplo, Alexei Marcoux sostiene que los accionistas tienen un estatus moral especial que justificaría que los deberes fiduciarios de los administradores de sus sociedades les tribute a ellos y no a otros. En efecto, los dueños del capital estarían en una posición particularmente vulnerable respecto a otros grupos de interés, puesto que son ellos los que asumen el riesgo residual en la unidad económica de la sociedad comercial, lo que justificaría que sean los únicos legítimos receptores de la plusvalía del capital²³⁹. Sollars por su lado sostiene que las sociedades comerciales son acuerdos reales - *actual agreements*- celebrados por las personas con el fin de concretar un proyecto. En este contexto, la noción de proyecto indica un fin realizable a futuro, que provee un grado significativo de estabilidad estructural en la vida individual de las personas. En la teoría de Sollars, esta noción de individuos perseguidores de proyectos proveería una justificación moral al rol que desempeñan los *actual agreements* en la estructuración de las sociedades, en cuanto estos proyectos crean valor económico general y le pueden dar sustento a los individuos. Por ende, los agentes que celebran

²³⁹ MARCOUX, A. 2003. A Fiduciary Argument against Stakeholder Theory. *Business Ethics Quarterly*, Vol. 13(1), 1-24.

el acuerdo –accionistas en el caso de las sociedades anónimas- tendrían un derecho moral tanto a la protección de sus derechos de propiedad sobre su parte del capital, como a la protección de la perennidad económica de la sociedad²⁴⁰.

3.2.2. Las teorías institucionalistas

Las teorías institucionalistas presentan aun más variedad que las contractualistas. Al igual que en el numeral anterior, distinguiremos aquí entre la doctrina continental -que inicia su razonamiento a partir del argumento jurídico de la naturaleza de la sociedad-, de la doctrina anglosajona, que plantea el problema de la orientación de la gestión de la sociedad principalmente en base a criterios ético y morales.

3.2.2.1. Las teorías institucionalistas continentales

²⁴⁰ SOLLARS, G. 2002. The Corporation as Actual Agreement, *Business Ethics Quarterly*, 12 (3):351-370.

Como ya se dijo, en la dogmática continental el razonamiento institucionalista comienza por un argumento de orden jurídico que dice relación con la naturaleza de la sociedad comercial. Al respecto, Michoud indicaba que, para que la persona jurídica sea reconocida, debe reunir dos elementos. En primer lugar, debe existir en la colectividad candidata a la personalidad jurídica, un interés distinto a los intereses individuales de las personas que la conforman. En segundo lugar, debe tener una organización que le permita expresar una voluntad colectiva, que la represente en las relaciones jurídicas que está llamada a entablar²⁴¹. Por ello, siendo las sociedades personas jurídicas, deben tener entonces un interés distinto al de sus socios y una organización jurídica autónoma que la represente, configurándose así, en una institución. Es por ello, que algunos autores afirman que el *interés social* no se confunde necesariamente con el interés de los socios, que sean estos mayoritarios o minoritarios ya que la sociedad tiene un interés propio que trasciende el de los socios²⁴².

²⁴¹ MICHOU, L. 1932. La théorie de la personnalité morale, Première partie. Paris, LGDJ, 74 p.

²⁴² COZIAN, M. VIANDIER, A. y DEBOISSY, F. 2003. Droit des sociétés ...,cit. 175 p. y PFEFFER, F. 2015. Deber de lealtad ..., cit. 212 p.

Ahora bien, la teoría institucionalista, que identifica el *interés social* con el *interés de la sociedad*, no es unitaria. En efecto, se han propuesto distintas acepciones de la noción de *interés de la sociedad*, lo que por cierto no simplifica las cosas.

Como lo indica Alcalde²⁴³, uno de los primeros exponentes de esta doctrina, es sin duda Walther Rathenau. Este fue un importante hombre político alemán de principios del siglo XX, que consideraba que en las S.A., los accionistas no eran realmente empresarios. Eran principalmente especuladores que compraban acciones para revenderlas después a un precio mayor, o personas que invertían sus ahorros en la sociedad esperando obtener dividendos satisfactorios²⁴⁴. Al no pertenecer a nadie, la sociedad se fortalece como persona jurídica adquiriendo una vida autónoma que no depende de la voluntad de los accionistas. Es así, como según Rathenau, las sociedades anónimas se convirtieron en algo intermediario entre la empresa particular y la administración pública²⁴⁵. Es la razón por la que en opinión

²⁴³ ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2007. La sociedad anónima ..., cit. 3 p.

²⁴⁴ BAUMONT, M. 1932. Walther Rathenau et son système. Annales d'histoire économique et sociale, 4e année, (13): 53.

²⁴⁵ BAUMONT, M. 1932. Walther Rathenau ..., cit. 53 p.

de este autor, la administración de estas sociedades debiera velar, a la vez, por el interés de los accionistas y por el interés general.

Posteriormente, siguiendo la estela de la doctrina de Rathenau, otros autores han sostenido que el *interés social* es el *interés de la empresa*, apreciado en su dimensión económica, es decir, como unidad económica funcional. Dentro de esta unidad entonces, tienen intereses los socios o accionistas desde luego, pero también los trabajadores, los acreedores, e incluso eventualmente –por qué no- el Estado²⁴⁶. En Francia, la doctrina del *interés de la empresa* tomó especial relevancia en la década de los sesenta, en un contexto ideológicamente exacerbado por la guerra fría²⁴⁷. Partió desde el derecho laboral, que fue atravesado por una fuerte corriente de opinión que abogaba por el reconocimiento de los intereses laborales –entre otros intereses alternativos al interés accionarial- en la noción jurídico-económica de empresa²⁴⁸. Al respecto, la ahora clásica tesis doctoral de Michel Despax hizo escuela a fines de la década de los 50. En ésta, este autor propuso una visión alternativa de la sociedad. Distingue totalmente el

²⁴⁶ DAIGRE, J.-J., 1996. Le gouvernement d'entreprise, feu de paille ou mouvement de fond?. Droit & Patrimoine, 21 p.

²⁴⁷ PIROVANO, A. 1997. La boussole ..., cit. 189 p.

²⁴⁸ DESPAX, M. 1957. L'entreprise et le droit, Paris, LGDJ. 195 p.

concepto de sociedad del de empresa en dos “personas” distintas, con intereses no siempre coincidentes entre ellas, y desde luego no siempre coincidente con el interés de los accionistas. En este nuevo concepto de *empresa* de Despax, se ven incluidos por supuesto elementos económicos puramente materiales –*la cellule économique*-, pero también humanos, con lo que éste llama *la cellule sociale*, que están estrechamente ligadas entre sí²⁴⁹. En esta óptica, el *interés social* está constituido por el conjunto de intereses del grupo humano a cargo de la célula económica, lo que incluye evidentemente el interés de los trabajadores.

Estas proposiciones formuladas en la tesis de Despax fueron recuperadas en las décadas siguientes por el derecho comercial –en particular por la escuela de Rennes- que propuso una síntesis del derecho comercial con estos novedosos acercamientos jurídico-económicos. Paillusseau²⁵⁰ en particular, dialoga con las propuestas de Despax, y concuerda con la conclusión según la cual el interés de la empresa como célula económica y social se impone al interés de los accionistas. Sin

²⁴⁹ DESPAX, M. 1957. L'entreprise ..., cit. 265 p.

²⁵⁰ PAILLUSSEAU, J. 1967. La société anonyme..., cit. 196 p.

embargo, señala que la empresa es un conjunto de intereses que tienen entre ellos, intensidades y fuerzas muy disimiles. Advierte que la protección de determinados intereses por encima de otros en la estructura de la empresa, no es un azar o un fenómeno natural. Es una elección política consciente dictada por consideraciones “sociales, filosóficas, etc.”²⁵¹.

Como lo vemos, las teorías institucionalistas francesas parten de un cuestionamiento acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad, dándole preponderancia al carácter de persona jurídica, lo que les permite disociar claramente el interés social del de los accionistas. Sin embargo, lo esencial de su reflexión radica en un concepto de orden económico que trasciende la categoría jurídica de sociedad y propone aprehenderla como una instancia de acción colectiva de generación de riqueza²⁵². Este marco de reflexión está en ruptura con la lógica económica decimonónica que describimos *supra*. En efecto, con la teoría institucionalista, la propiedad del capital ya no garantiza *de facto* la asignación de la plusvalía generada por éste a sus dueños, puesto que tendría vocación a repartirse entre al menos, todos

²⁵¹ PAILLUSSEAU, J. 1967. La société anonyme..., cit. 198 p

²⁵² HATCHUEL, A. y SEGRESTIN, B. 2007. La société contre l'entreprise ? Vers une norme d'entreprise à progrès collectif. Droit et société. 1 (65): 32.

aquellos que contribuyeron a generar a esa riqueza. Podemos reconocer aquí, la marca socializante de las ideas de Duguit que expusimos *supra*. En efecto, si la propiedad del capital ya no garantiza la asignación de las utilidades generadas a sus titulares, esto significa, substancialmente, que el derecho subjetivo de propiedad ya no es entendido en su concepto absoluto, es decir, como la afectación de la riqueza a un fin individual, como un complemento e incluso una condición de la libertad y la autonomía de la voluntad²⁵³. En otras palabras, en las tesis institucionalistas, la propiedad ya no es entendida como el derecho subjetivo clásico de su titular, pero como la función social del dueño de la riqueza. Al respecto, Duguit indicaba que los dueños el capital pueden cumplir una función social que ningún otro puede cumplir en su lugar: aumentar la riqueza general a través de la gestión de su capital²⁵⁴. Las teorías institucionalistas francesas están entonces construidas sobre el concepto de la propiedad-función de Duguit²⁵⁵, lo que tiene como principal consecuencia, que el propietario del capital —en nuestro caso llamado accionista—, tiene dos series de obligaciones. En primer término tiene el deber de emplear su riqueza para obtener satisfacción de sus necesidades individuales. En segundo lugar la

²⁵³ DUGUIT, L. 1912. Les transformations ..., cit. pp. 151-152.

²⁵⁴ DUGUIT, L. 1912. Les transformations ..., cit. 158 p.

²⁵⁵ DUGUIT, L. 1912. Les transformations ..., cit. 161 p.

debe emplear para satisfacer las necesidades comunes, de una colectividad nacional entera, o de una colectividad secundaria²⁵⁶. De este modo, el dueño del capital debe además de velar por su interés personal, el interés de la sociedad que es el instrumento a su enriquecimiento personal, y a la vez por el interés de la colectividad en la que está inserta su actividad, dejando entonces en primera línea lo que Pailusseau llamaba, la *cellule économique*.

Si articulamos las reflexiones expuestas en los párrafos anteriores con lo que hemos señalado respecto a la noción de interés común, cabe señalar que el interés de la sociedad que retienen los institucionalistas es diferente a la que compone el interés común. De partida, porque no es considerada como un interés funcional a la realización de otro interés. Su existencia aquí no es instrumental al interés de los accionistas como clase, sino que absolutamente autónomo. Además, no es considerado en el único aspecto patrimonial societario, sino que en su existencia económica integral.

²⁵⁶ DUGUIT, L. 1912. Les transformations ..., cit. 166 p.

Llegados a este punto, quisiéramos hacer una prevención. Se comete comúnmente el error de pensar, que las tesis institucionalistas excluyen el interés de los accionistas como clase²⁵⁷. Esto es absurdo. Si así fuera, las sociedades se transformarían en instituciones de beneficencia, y por cierto tendrían que conformarse en otro tipo de organización que la societaria. La propuesta fundamental de los institucionalistas –conforme a la noción de derecho-función de Duguit-, es doble: por un lado, extender el círculo de interés más allá del interés común y realizar un constante arbitraje entre las diferentes categorías de intereses económicos que conforman la institución de la sociedad, en cualquiera de las formas que quiera abordarse²⁵⁸. De ese arbitraje, se hará prevalecer unas categorías sobre otras, de acuerdo a la matriz de asignación de recursos que se quiera adoptar²⁵⁹, pero en ningún caso el interés de clase accionarial como clase será *per se* excluido. Como quiera que sea, debemos tener presente que en el espectro teórico relativo a la noción de interés social, el interés común está siempre presente, en su doble aspecto, con la relación funcional que describimos *supra* entre el

²⁵⁷ PHILLIPS, R., FREEMAN E. y WICKS, A. 2003. What Stakeholder Theory Is Not. *Business Ethics Quarterly*. 484 p.

²⁵⁸ PAILLUSSEAU, J. 1967. *La société anonyme* ..., cit. 196 p.

²⁵⁹ DONALDSON, T. y PRESTON, L. 1995. The stakeholder theory of the corporation : Concepts, Evidence, and Implication, en *The Academy of Management Review*, Vol. 20, (1): 65; FREEMAN, E. et al. 2010. *Stakeholder Theory : The state of art.* (s.l.), Cambridge University Press, 2010.

interés de los accionistas como clase y el interés de la sociedad, o disgregados entre sí, y acoplado con otras categorías de intereses.

En Chile, las teorías institucionalistas no han tenido demasiado éxito en la doctrina. Destacamos la opinión de Pfeffer²⁶⁰, que considera que “el interés social al que se refiere la regulación es el interés de la sociedad, considerada ésta como una persona autónoma, distinta de sus accionistas, con una motivación propia, que es diversa de aquella que individualmente está presente en cada accionista”. Agrega que “la satisfacción del interés social [...], supone considerar a la totalidad de intereses externos a la sociedad pero que pueden afectar la satisfacción del interés social de ésta. [...] Sólo entendiendo que el interés de todos estos externos a la sociedad, y que pueden afectar grave y negativamente el interés social de ésta –lograr mayor riqueza y valor sostenible-, forma también parte del interés social de la misma, es posible aceptar que su consideración, análisis, estudio y eventual tutela pasan a ser deberes exigibles para directores y gerentes de la sociedad”. Reconocemos aquí la idea de Paillusseau, en cuanto convergen

²⁶⁰ PFEFFER, F. 2015. Deber de lealtad ..., cit. 213 p.

en la S.A. un conjunto de intereses distintos de intensidades y fuerzas disimiles, entre los cuales habrá que arbitrar. Sin embargo, concordamos en este punto con Alcalde, en cuanto la teoría contractualista es, hasta la fecha, congruente con el ordenamiento constitucional y legal nacional, lo que explicaría la poca acogida que han tenido las propuestas institucionalistas en Chile.

3.2.2.2. Las teorías institucionalistas anglosajonas

Por su lado, en la literatura anglosajona, la *stakeholder theory*²⁶¹ propone también trascender el paradigma de la supremacía del interés accionarial, aunque sobre fundamentos distintos. Como lo veremos, esta teoría está lejos de ser unitaria e incluso se le acusa de padecer de cierta confusión conceptual endémica²⁶².

²⁶¹ Existe en efecto una prolífica literatura anglosajona al respecto: ver por ejemplo: ARGANDOÑA, A., 1998. The Stakeholder Theory and the Common Good. *Journal of Business Ethics*, 1093-1102 p.; PHILLIPS, R. 2003. Stakeholder legitimacy. *Business Ethics Quarterly*, vol. 13 ,(1): 25-41.

²⁶² HASNAS, J. 1998. Wither Stakeholder Theory? A guide for the perplexed revisited. *Journal of Business Ethics*, 50 p.

Abordaremos aquí varios de sus exponentes, empezando por supuesto, por el más connotado de ellos, Edward Freeman. Este autor se ubica entre aquellos académicos que aborda el tema del interés social como un problema de orden moral y ético, más que un problema netamente jurídico o puramente económico. Su reflexión se sostiene en cuatro ideas fundamentales: 1. Existe una separación falaz entre los negocios y la ética.

Al respecto, Freeman²⁶³ indica que es usual afirmar que las decisiones de gestión de negocios no tienen un contenido ético, o un determinado punto de vista ético implícito, y en contraposición, que las decisiones éticas no tienen relación con la creación de riqueza. Sin embargo, señala que si para cada una de estas decisiones de gestión, uno se preguntara para quién ésta crea riqueza y a quién empobrece o perjudica, todas sin excepción son susceptibles de recibir una respuesta; 2. En consecuencia, todas las decisiones de gestión de negocios tienen un contenido ético, y *viceversa*, todas las decisiones éticas tienen relación con la creación de riqueza; 3. Por ende, no tiene sentido hablar de negocios sin

²⁶³ FREEMAN, E. et al. 2010. Stakeholder..., cit. 56 p.

ética, o de ética sin negocios, y de ambos sin hablar del ser humano, y; 4. Debe establecerse en los negocios el principio de responsabilidad. En efecto, en nuestros sistemas jurídicos, la mayor parte del tiempo las personas saben y aceptan que son responsables de las consecuencias de sus actos ¿por qué no en los negocios? Negar entonces la relación existente entre los negocios y la ética –lo que Freeman llama la separación falaz-, equivale a aceptar que en el ámbito empresarial, resulta legítimo que las personas no se hagan cargo de las consecuencias de sus actos y no quieran, deliberadamente, actuar éticamente. En síntesis, la *stakeholder theory* reivindica ser una teoría de gestión de empresas, que tiene como fin, la creación de riquezas que sólo puede lograrse a través de la consideración de los intereses de aquellos que contribuyen a la generación de éstas o son afectados por ello²⁶⁴.

Ahora bien, esta teoría no se considera a si misma en ruptura con los fundamentos ideológicos del sistema jurídico en que se inserta²⁶⁵. Al contrario, Freeman, Harrison, Wicks, Parmar y De Colle indican en su libro

²⁶⁴ HILLIPS, R., FREEMAN E. y WICKS, A. 2003. What Stakeholder..., cit. 484 p.

²⁶⁵ Friedman al contrario consideraba que las teorías que planteaban una responsabilidad de los administradores, alternativa a la de maximizar los ingresos de los accionistas, eran subversivas.

*Stakeholder Theory: The state of art*²⁶⁶, que esta teoría invita a repensar el capitalismo, mas no a cuestionar su existencia como modelo de producción que ha demostrado su capacidad de organizar la sociedad y crear riqueza. Se declara en ruptura con las narrativas clásicas del capitalismo que cuentan su historia desde la perspectiva de un solo *stakeholder*: el trabajador²⁶⁷, el gobierno²⁶⁸, el inversionista/accionista²⁶⁹, el gerente o el empresario.

En cuanto a los otros exponentes de la *Stakeholder Theory*, se ha sostenido que éstos se agruparían en tres categorías²⁷⁰, que ponen el foco en elementos distintos del fenómeno societario. Éstas son: la teoría normativa, la instrumental y la descriptiva empírica. Fueron en particular Donaldson y Preston que crearon esta taxonomía, que ha sido desde entonces utilizado con consistencia en el ámbito académico.

²⁶⁶ FREEMAN, E. et al. 2010. *Stakeholder...*, cit. 170 p.

²⁶⁷ Inspirada del marxismo que relata la historia del capitalismo desde el punto de vista de la clase trabajadora, y su oposición a la clase capitalista, dueña de los medios de producción.

²⁶⁸ Inspirada de las propuestas de Keynes, en cuanto un gobierno que regula profundamente la economía debiera lograr niveles óptimos de empleabilidad y bienestar.

²⁶⁹ El “*investor capitalism*” es descrito por los autores de la *stakeholder theory* como aquel que preconiza la libertad económica total, con una intervención estatal mínima, relativa esencialmente a la regulación de los monopolios, contener la carga fiscal que afecte a las corporaciones y mantener la ley y el orden. En particular, Milton Freedman creía en los beneficios de la libertad económica para los inversionistas, grupo de interés que considera dominante en la economía.

²⁷⁰ DONALDSON, T. y PRESTON, L. 1995. *The stakeholder theory of the corporation : ...*, cit. 65 pp.

En lo que concierne la teoría descriptiva empírica, Donaldson indica que ésta sería utilizada para describir y eventualmente explicar determinadas características corporativas y comportamientos. De modo que ésta ha intentado explicar la naturaleza de las sociedades, la manera en que los administradores conciben su misión, perciben los intereses involucrados en la sociedad, y cómo algunas de éstas son efectivamente administradas²⁷¹. En términos concretos, la teoría descriptiva ha arrojado evidencia acerca de un número significativo de administradores de sociedades comerciales que manifiestan una inclinación a la gestión de sus unidades económicas en consideración de los *stakeholders* –*stakeholder management*-. Asimismo, ha demostrado que la *stakeholder theory* es frecuentemente considerada como justificación a prácticas, instituciones e incluso opiniones legales, desarrolladas o emitidas en el marco del funcionamiento de la sociedad comercial. Es más, este reconocimiento se ha extendido a decisiones de justicia y legislaciones estatales estadounidenses²⁷² y europeas²⁷³. No obstante, como lo advierten Donaldson y Preston, la teoría descriptiva, en

²⁷¹ DONALDSON, T. y PRESTON, L. 1995. The stakeholder theory of the corporation : ..., cit.70 p.

²⁷² Como lo indican Donaldson y Preston, al año 1992, 29 Estados habían adoptado normativas que ampliaban el poder de decisión discrecional de los administradores de sociedades en cuanto a la consideración de intereses otros de el de los accionistas. DONALDSON, T. y PRESTON, L. 1995. The stakeholder theory of the corporation : ..., cit.75 p.

²⁷³ Citando a Orts, Donaldson y Preston evocan los casos de la co-gestión alemana, The Companies Act of Grand Britain de 1980 que obliga los administradores de sociedades a incluir los intereses de los trabajadores en su gestión y el modelo corporativo japonés que aborda la sociedad como un conjunto de estrechas relaciones entre accionistas y *shareholders*, entre otros.

cuanto se basa en evidencia concreta –sea jurisprudencia, legislativa o práctica-, presenta importantes limitaciones. En efecto, ésta puede prestarse a generalizaciones apresuradas o a evaluaciones en vez de descripciones. No obstante, no hay que quitarle mérito, puesto que ha permitido -y permite aún- un examen concreto del estado del derecho, tanto en su aspecto positivo como en su práctica, en cuanto a la orientación de la administración de las sociedades comerciales.

A su vez, la teoría instrumental tendría como objetivo la identificación de las conexiones o falta de conexiones entre una administración orientada a los *stakeholders*, y el cumplimiento de los objetivos societarios tradicionales. Es decir, la hipótesis planteada por esta teoría, es que las sociedades comerciales que aplican gestiones orientadas a los *stakeholders* tienen mejores resultados en cuanto a rentabilidad, estabilidad y crecimiento que las que no. Esta teoría se basa en metodologías estadísticas, pero su desarrollo no ha sido demasiado concluyente y no ha arrojado evidencia significativa en cuanto a la

existencia de una correlación sistemática entre un *stakeholder management* y el rendimiento económico y financiero de las sociedades comerciales²⁷⁴.

Finalmente, la última categoría refiere a aquellas teorías de orden normativo que ponen el foco en las justificaciones filosóficas de las posiciones orientadas a los *stakeholders*. Donaldson y Preston indican que la paradoja que presentan estas teorías es que los conceptos de mercado libre y de agente económico racional, son compatible tanto con las *stakeholders*, como con las *shareholders theory*. De modo que, la mayor parte de las teorías pertenecientes a esta categoría se estructuran también en torno al derecho de propiedad²⁷⁵. Bajo esta perspectiva, estos autores indican que la *stakeholder theory* encuentra justificación tanto en el ámbito de los derechos de propiedad -puesto que existiría consenso acerca de una noción de propiedad definida como un “fajo” de varios derechos, algunos de los cuales estarían limitados-, como en los fundamentos de éstos. En efecto, estos derechos estarían basados en la noción de justicia distributiva, que puede ser abordada principalmente bajo tres perspectivas: utilitarista,

²⁷⁴ DONALDSON, T. y PRESTON, L. 1995. The stakeholder theory of the corporation : ..., cit. 77 p.

²⁷⁵ DONALDSON, T. y PRESTON, L. 1995. The stakeholder theory of the corporation : ..., cit. 83 p.

libertaria o bajo la teoría del contrato social. Cada una de estas teorías pone énfasis en un elemento en particular para la determinación de la repartición de los recursos. Los utilitaristas sobre la noción de necesidad, los libertarios sobre las de esfuerzo y mérito y, los partidarios de las teorías del contrato social sobre la noción de acuerdos explícitos o implícitos entre los individuos acerca de la apropiación y distribución de los recursos, y uso de los derechos de propiedad²⁷⁶. Al respecto, Donaldson y Preston sostienen que la aplicación exclusiva y universal de una de estas teorías de justicia resulta insostenible, y es rechazada por la mayor parte de los autores contemporáneos que se inclinan hoy por teorías pluralistas de derechos de propiedad.

Por último, debemos precisar que si bien la mayor parte de las teorías orientadas a los *stakeholders* están estructuradas en torno a los derechos de propiedad, existe una importante vertiente doctrinaria que discurre desde una perspectiva radicalmente diferente y propone como fundamento a la

²⁷⁶ DONALDSON, T. y PRESTON, L. 1995. The stakeholder theory of the corporation : ..., cit.84 p.

teoría en estudio, la ética feminista. Burton y Dunn²⁷⁷ indican que los filósofos feministas²⁷⁸ consideran que a la ética tradicional –o masculina-, que se basa en una ontología individual del ser, que da lugar a teorías legalistas o contractualistas de las relaciones humanas. Desde esta perspectiva, las personas se comprometen en relaciones de reciprocidad, o con el objetivo de no ser sancionados, o con el objetivo de hacer valer sus propios derechos. Por ende, la ética masculina o tradicional se estructura en torno a los derechos individuales de las personas competidores entre sí. A esta ética masculina, estos autores oponen una noción de personas relacionales, que se definen en cuanto se encuentra en una red de relaciones cruzadas e interdependientes. En este contexto, las personas no mantienen relaciones de competencia de derechos entre sí, sino que interactúan en base a principios de responsabilidad y de cuidado –*care*-. Esta teoría traducida en términos de gestión de sociedades comerciales, pone evidentemente el énfasis en la responsabilidad de los individuos participantes de la unidad económica –*stakeholders*-, más que en sus derechos. Por consiguiente, en esta perspectiva, el propósito que deberán perseguir todos los *stakeholders*,

²⁷⁷ BURTON, B. y DUNN, C. 1996. Feminist Ethics as Moral Grounding for Stakeholder Theory. *Business Ethics Quarterly*, Vol. 6, (2):135.

²⁷⁸ Las principales exponentes de la ética del *care* son sin duda Carol Gilligan y Nel Noddings. Ver: GILLIGAN, C. 1982. In *a Different Voice*, (s.l.) Cambridge Mass., Harvard University Press; y NODDINGS, N. 1984. *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*. Berkeley, University of California Press.

es el encuentro de soluciones equitativas para todos. Si no se lograra, tendrían que volver a negociar, y optar eventualmente por la solución sub-óptima. No obstante, Burton y Dunn señalan que este resultado no se puede conseguir si los *stakeholders* están compitiendo por sus derechos, en una perspectiva de ética masculina. Sólo pueden alcanzarse soluciones “*win-win*” con un comportamiento cooperativo de cuidado –“*caring approach*”²⁷⁹.

3.3. Panorama normativo comparado

Ahora bien, cabe interrogarnos acerca de la permeabilidad de las legislaciones en estudio a las doctrinas antes expuestas.

3.3.1.1. La situación en Francia

²⁷⁹ BURTON, B. y DUNN, C. 1996. *Feminist Ethics*, ..., cit. 143 p.

Desde un punto de vista estrictamente normativo, la evolución legislativa francesa parece indicar que efectivamente ha migrado de un concepto de interés social decimonónico, apegado al interés común de los socios, a un concepto de orden más bien institucional. Paillusseau reconocía en la década de los 60, que el legislador solamente organizaba la protección de los intereses de los dueños del capital. Así, el artículo 1833 del C.Civ.fr señala que las sociedades deben ser constituidas en el interés de sus asociados.

Sin embargo, las disposiciones del *Code de Commerce* fueron, desde la década de los 60, profundamente modificadas, y se puede observar en ellas cambios sustanciales acerca de la noción de interés social en las SA. En primer lugar, a la fecha, la totalidad de las disposiciones que regulan las S.A. refieren principalmente a la noción de *interés de la sociedad*, mas no a la noción de *interés social*. Además, cabe señalar que en dicho país hubo muy tempranamente intentos de acoger las teorías institucionalistas vehiculadas por Despax y Paillusseau en las normas relativas a las S.A.. Por ejemplo, con ocasión de la discusión de la ley del 24 de julio de 1966, la

enmienda Capitant – Le Douarec que introducía la organización administrativa dualista, tenía como intención final incluir los trabajadores en el gobierno corporativo de la empresa. Esta enmienda no prosperó puesto que se topó con una férrea oposición del Senado. A pesar de ello, dejó testimonio de la voluntad de reconocimiento de los intereses laborales como parte integrante de los intereses de la S.A..

Más recientemente, se han integrado algunas disposiciones inspiradas explícitamente en los postulados de la teoría institucionalista, pero de manera muy progresiva. La ley NRE (2001) en particular, introdujo la obligación para aquellas empresas que ofrecen sus valores al público, de integrar en sus reportes anuales información acerca de la “manera en que la sociedad toma en cuenta las consecuencias sociales y ambientales de su actividad”²⁸⁰. Después, la ley llamada *Grenelle II* (2010) le agregó –entre otras cosas- la obligación de informar sus compromisos relativos al desarrollo sustentable y extendió dicha obligación a sociedades que no ofrecen sus valores al público pero que tienen utilidades superiores a una

²⁸⁰ Artículo L. 2225-102-1 del C.Com.fr.

cifra determinada. Finalmente la reciente ley denominada *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* también llamada *Loi Macron*²⁸¹, modificó sustancialmente la referida disposición, agregando a esta memoria anual la obligación de informar acerca de las consecuencias que tiene la actividad de la empresa en el cambio climático, del uso de los bienes y servicios que produce, y de sus compromisos societarios respecto a –además del desarrollo sustentable insertado por la ley *Grenelle II* – la economía circular, la lucha contra las discriminaciones y la promoción de las diversidades. Con todo, estas obligaciones de información no crean deberes jurídicos a propiamente tal, puesto que no se dispusieron mecanismos de evaluación ni de sanción en caso en que una sociedad informara ser una calamidad ambiental o social.

Es tal vez por ello, que esta ley previó inicialmente la reforma del artículo 1833 del C.Civ.fr. antiguo -que dispone que toda sociedad deberá poseer un objeto lícito y establecerse en el interés común de los socios- agregándole la frase siguiente: “Debe ser administrada lo mejor posible en

²⁸¹ Del nombre del ministro de economía actual francés en ejercicio a diciembre del 2015.

su interés superior, en el respeto del interés general económico, social y ambiental”²⁸². Sin embargo, esta modificación fue finalmente rechazada por el Parlamento por lo que no integró la ley que se promulgó el 6 de agosto 2015.

Por otro lado, debemos mencionar que, estos últimos años, las teorías institucionalistas han tenido una importante influencia en las *soft laws*²⁸³ francesas. Esto es particularmente notorio desde la promulgación –y posterior homologación por la AFNOR²⁸⁴- de la norma ISO 26000²⁸⁵, relativa a la *responsabilidad societaria*. Este texto ambicioso aprehende la unidad societaria de manera holística, integrada en una red social concreta con la que establece lazos y adquiere responsabilidades específicas. Así, la norma indica siete ámbitos en los que las organizaciones normadas debiesen tomar responsabilidades: los derechos humanos, el medio ambiente, las prácticas laborales, los asuntos de consumidores, las prácticas justas de operación, la participación activa y el desarrollo de la comunidad. Ahora

²⁸² Traducción libre de la suscrita.

²⁸³ Ver *infra*

²⁸⁴ Agence Française de Normalisation

²⁸⁵ Extractos parciales de la norma disponibles en : < <https://www.iso.org/obp/ui/fr/#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:fr> >

bien, las normas ISO como lo señalamos, no son leyes “duras”²⁸⁶, por lo que su relación con las S.A. francesas es de carácter netamente voluntario. No obstante, ha sido adoptada como estándar de referencia por importantes empresas francesas del CAC 40²⁸⁷.

Ahora bien, no se puede afirmar que las modificaciones a las que aludimos en los párrafos anteriores hayan dramáticamente cambiado el concepto de interés social, o que evidencien incuestionablemente una adhesión respecto a las teorías en discusión. Sólo evidencian una tendencia, a tener en consideración, al menos al momento de realizar el balance anual, otras categorías de intereses que la de los accionistas, y el interés general. Por ello, desde un punto de vista normativo, la discusión acerca del contenido de interés social queda a nuestro juicio abierta.

3.3.2. La situación en Chile

²⁸⁶ Además, contrariamente a otras normas ISO, la ISO 26000 tampoco es certificable, solamente establece un marco de temas a tratar pero no contempla una metodología de evaluación de objetivos.

²⁸⁷ Por ejemplo, Alstom [en línea] <<http://alstom.publispeak.com/rapport-activite-developpement-durable-2013-14/73.html>>, France Telecom-Orange [en línea] <http://www.orange.com/fr/content/download/31439/943280/version/1/file/2014_GRI_ISO26000-EN.pdf> o, Carrefour [en línea] <<http://www.carrefour.com/content/our-commitments>>.

Por su lado, el panorama legal y reglamentario chileno no parece haber sido permeada por las teorías institucionalistas. Si bien Alcalde sostiene que las últimas reformas del derecho nacional de las S.A. “pareciera[n] estar inspirad[as] en los principios que imperan en las economías más reguladas y que, en general, entienden la sociedad anónima como un instrumento al servicio de la organización global, en cuyo modelo y evolución compete una participación activa a la autoridad”. A su juicio, esto tendría consecuencias en la noción de *interés social* “[la] cual tiende a ser confundid[a] con los objetivos que poseen otros actores de la comunidad –v.gr. trabajadores, consumidores, proveedores y público en general-, pudiendo, en el extremo, incluso llegar a desdibujarse mediante su identificación con las exigencias derivadas del interés nacional.”²⁸⁸. Sin embargo, lo cierto es que, si bien la LSA y el RSA hacen constancias referencias a la noción en estudio, no puede deducirse de su interpretación global ninguna conclusión en cuanto a su contenido. Ni siquiera una tendencia. A modo de ejemplo, en el mensaje de la Ley N° 20.382 que “Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos

²⁸⁸ ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2002. Relaciones entre el interés social y el interés de los directores de una sociedad anónima. Revista Jurídica (5): 243- 253.

corporativos de las empresas”, podemos leer que “mejores gobiernos corporativos son indispensables para el surgimiento de empresas más eficientes y que alcanzan sus resultados de manera sustentable, teniendo presente no solamente los intereses de determinados accionistas, sino de todos los actores involucrados, incluidos sus clientes, proveedores y las comunidades con que las empresas se relacionan.”²⁸⁹. No obstante, en lo que interesa el *interés social* a propia tal, no se percibió nada concreto en dicha reforma.

Donde sí se puede percibir un cambio sustantivo en cuanto a la noción de *interés social*, es en las normas impartidas por la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante SVS), relativas a la regulación de las SAA. En efecto, el 8 de junio del 2015, esta autoridad administrativa dictó dos Normas de Carácter General²⁹⁰, cuyo “objetivo principal [es] mejorar la información que reportan las sociedades anónimas abiertas del mercado local en materias de gobierno corporativo, e incorporar

²⁸⁹ [En línea] <[Historia de la Ley N° 20.382 Introduce ... - Ley Chile](#)>

²⁹⁰ NCG N° 385 y NRG N° 386.

la difusión de prácticas relacionadas con responsabilidad social y desarrollo sostenible”²⁹¹.

Concretamente, la NRG N° 385 obliga las SAA a completar y remitir anualmente a la SVS, un formulario donde se explique cuál es su política en relación a diversos temas relativos a la transparencia e información al mercado, responsabilidad social y desarrollo sostenible. Este formulario está diseñado en base al método conocido como *adopt or explain*, vale decir, a cada directriz presentada, le es asociada una casilla “sí”, otra “no” y otra “explicación”. Según conteste sí o no, la SAA deberá explicar de manera precisa o la forma en que ha adoptado la práctica específica o porqué su directorio estimó que la adopción de la referida práctica no era apropiada o deseable en el mejor interés social dada su realidad particular.

A su vez, la NRG N° 386 –que viene a reformar la NRG N° 30-, incorpora en la memoria anual de la SAA información adicional relativa a

²⁹¹ [En línea] < <http://www.svs.cl/portal/prensa/604/w3-article-20919.html> >

la diversidad (género, nacionalidad, edad y antigüedad) en el directorio, gerencias y personal de la organización. Además, dicha memoria deberá incluir información acerca de la brecha salarial por género.

A nuestro juicio, puesto que estas dos NRG están fuertemente orientadas a las políticas relativas a los trabajadores de la empresa, podríamos concluir que la noción de *interés social* contemplada por la SVS, incluye el interés de al menos este grupo. En cuanto a los intereses netamente externos a la sociedad –como podrían ser las comunidades aledañas a los sitios de explotación industrial por ejemplo-, dicho formulario invita las S.A. a identificar estos grupos de interés alternativos y explicar sus políticas de responsabilidad social y desarrollo sostenible.

3.4. ¿Cuáles son los criterios de determinación de la noción de interés social?

Identificamos al menos tres categorías de criterios que podrían fundamentar una opción, los que no tienen a nuestro juicio la misma pertinencia.

En primer lugar, el argumento jurídico. Como lo vimos, es el criterio que privilegia la doctrina continental, y especialmente aquella de inclinación contractualista, que pretende desprender de la naturaleza jurídica de la sociedad, un sistema de repartición de recursos determinado. En nuestra opinión, desde un punto de vista estrictamente jurídico estos argumentos son débiles. En efecto, tanto en Francia como en Chile, como ya se comentó, si bien las disposiciones relativas a las sociedades en general o a las sociedades colectivas, refiere claramente a la noción de *interés común*. Incluso, como lo dijimos *supra*, el C.Civ.fr. tiene una disposición que señala que la sociedad debe ser constituida en beneficio del interés común de sus socios, en lo que concierne la S.A., la situación es sensiblemente diferente, y en particular en Chile. Por un lado, la noción de *interés común*, está totalmente ausente de la LSA y el RSA, dónde sólo se hace referencia al *interés social* y al *interés de la sociedad*. Por ello, el

interés común siendo una noción conocida por nuestro ordenamiento jurídico ya que es utilizada en el C.Civ.ch., si la LSA hubiese adherido a la teoría contractualista, ¿por qué no se refirió nunca al *interés común*, pero sí al *interés social*? Y si el *interés social* que evoca, tenía un contenido tan identificable como lo es el *interés común*, ¿por qué no lo definió?

Por otro lado, si bien el C.Civ.ch. sigue definiendo la sociedad a la vez como un contrato y una persona jurídica, la LSA en su artículo 1º, al caracterizar este tipo societario, no hace mención alguna a su carácter contractual, puesto que indica que “La sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas”. De modo que, si su carácter contractual es -por lo bajo- incierto²⁹², las teorías contractualistas que identifican el *interés social* como la “función típica” del contrato de sociedad, carecen de base legal, al menos en Chile.

²⁹² PFEFFER, F. 2015. Deber de lealtad ..., cit. 213 p.

Por ende, en nuestros derechos continentales, insistir en fundamentar jurídicamente una noción contractualista de interés social, es un ejercicio que tiende a ser alambicado y superficial, que tiene además el inconveniente de esconder la necesaria y más profunda discusión, que es, como lo veremos, de orden estrictamente moral.

En segundo lugar, ya que la cuestión que plantea la noción de interés social dice relación con la asignación de la riqueza producida o potencialmente producida por la entidad societaria, podría considerarse que es un problema de orden económico. En otras palabras, se trataría aquí de una cuestión de eficiencia económica. Como lo vimos *supra*, parte de la *shareholder theory* anglosajona adopta ese enfoque, o al menos retiene ese criterio como fundamento a sus postulados. Sin embargo, la noción de eficiencia económica resulta en sí, problemática. En primer lugar porque no es unívoca. Si adoptamos el criterio de eficiencia en el sentido de Pareto – que según Stiglitz la mayoría de los economistas defiende²⁹³–, deberemos entonces admitir que se logra la eficiencia de una medida relativa a las

²⁹³ STIGLITZ, J. 2000. La economía del sector público. (s.l.) Ed. Antoni Bosch 69 p.

asignaciones de recursos cuando ésta mejora el bienestar de unos, sin empeorar la situación de otros. Este criterio tiene como característica principal, una articulación totalmente individualista del análisis de las condiciones económicas de las personas. Así, por un lado, solamente considera la situación de cada individuo aisladamente, sin relación con la situación de otros, de modo que este criterio de eficiencia no le preocupa explícitamente las desigualdades, sino el incremento general de la riqueza. Y, por otro, el óptimo de Pareto se basa en la idea de la soberanía del consumidor²⁹⁴, es decir, “lo que cuenta en [*este criterio*] es la percepción que tiene cada persona de propio bienestar”.

Pues bien, resulta evidente que el óptimo de Pareto, como criterio económico para discernir entre una correcta o incorrecta asignación de recursos, es, en sí, una opción moral determinada. En primer lugar porque pone como objetivo deseable a las medidas económicas, la maximización del bien de la mayoría por lo que como lo indica Stiglitz, la desigualdad eventualmente producida por tal o cual medida de asignación de riqueza, no

²⁹⁴ STIGLITZ, J. 2000. La economía ..., cit. 72 p.

es en principio un criterio de evaluación válido. En segundo lugar, porque al optar por una apreciación estrictamente individual de las necesidades de cada cual, no se puede evaluar comparativamente la situación de cada uno, lo que dificulta, o imposibilita un eventual análisis de desigualdad en la asignación de recursos.

Por ende, si la vía válida de asignación de recursos elegida es la utilidad para la mayoría, apreciada en su carácter de suma de individualidades cuyo interés es soberanamente evaluado por cada uno, la opción moral tomada aquí es de orden utilitarista²⁹⁵.

En resumidas cuenta, pareciera que ninguna medida económica que se pueda implementar es moralmente neutra, pues la economía normativa, como disciplina que “evalúa las diversas medidas, sopesando los distintos beneficios y costes”²⁹⁶, debe fatalmente tomar opciones, de beneficiar a tal

²⁹⁵ FOUQUET, É. 2011. Discours moral et pensée économique. Une remise en cause du paradigme utilitariste anglo-saxon. *Revue d'éthique et de théologie morale*, 3 (265): 35-74.

²⁹⁶ STIGLITZ, J. 2000. *La economía...*, cit. 27 p.

o cual grupo, lo que en sí, se articula con la noción de justicia, y es en definitiva un juicio moral.

De modo que, finalmente, concordamos en este punto con Donaldson y Preston, en cuanto la orientación de la noción de interés social obedece a un solo criterio, y este es de orden moral. En efecto, la única pregunta que es realmente necesario formularse respecto al fin de la gestión de una sociedad, es, con los excedentes generados por la actividad económica societaria, a quién parece justo beneficiar. Por ende, consideramos que aquí, como ya lo señalamos, que existen tres vías de asignación: la utilitarista, la libertaria y la basada en el contrato social. Por consiguiente, es dable sostener que el contenido sustantivo de la noción de interés social es una opción de orden moral, que habrá que determinar, según las circunstancias e inclinación moral de cada cual.

3.5. Recepción jurisprudencial de la noción de interés social

3.5.1. En Francia

En Francia, el tema del interés social es explícitamente tratado por la jurisprudencia hace varias décadas ya. No obstante, existe consenso entre los comentaristas de la jurisprudencia gala, en cuanto la noción de interés social no es unívoca. Como lo indica Messai-Bahri, ésta está lejos de haber tomado partido en la materia²⁹⁷. La mayoría de la doctrina sostiene en efecto que se pueden observar importantes oscilaciones al respecto, que reflejarían una cierta visión de la época acerca de la finalidad de las empresas.

De manera preliminar, debemos precisar que la jurisprudencia sólo da definiciones negativas del interés social, puesto que ésta debe calificar hechos y actos *contrarios* al interés social. Por ende, el círculo semántico que cierra la definición en estudio está delimitado por la calificación

²⁹⁷ MESSAI-BAHRI, S. 2009. La responsabilité ..., cit. 65 p.

positiva de hechos ilícitos, quedando entonces la noción implícitamente definida de manera negativa²⁹⁸.

Ahora bien, en cuanto al contenido, a nuestro juicio, fuera del conocido fallo Fruheauf²⁹⁹ -que es ya historia bastante antigua y que hoy sin duda habita más nuestros espíritus por los comentarios que la doctrina hizo de éste, que por su contenido intrínseco-, lo cierto es que la aproximación de la jurisprudencia francesa a la noción de interés social es más pragmática que política. Como lo señala Mesai-Bahri, los jueces franceses realizan una apreciación casuística, examinando los intereses en juego en cada litigio, y jerarquizándolos. Si podemos reconocer las dos grandes categorías de

²⁹⁸ MESSAI-BAHRI, S. 2009. La responsabilité ..., cit., 115 p.

²⁹⁹ Para muchos, esta sentencia fue el signo inequívoco de una nueva era jurisprudencial que consagraba la teoría del interés de la empresa, e incluso como una condena al capitalismo (ver Pirovano, op. cit.). En este caso de especie, la sociedad Fruheauf – Francia había suscrito un contrato de venta de material de remolque con la sociedad Berliet, que si bien era lucrativo por lo que adecuado al interés social, tenía como propósito final la entrega del referido material a la República Popular de China. El *Conseil d'Administration* de Fruheauf estaba en eso entonces compuesto por un tercio de directores franceses -dentro de los cuales estaba el *Président Directeur- Général* (PDG)- y dos tercios de directores norteamericanos. A pesar de no haberse opuesto a la celebración del referido contrato al momento de su celebración, un año después –probablemente bajo la presión del gobierno norteamericano- éstos comunican a los directores franceses que no ejecutaran el contrato. Puesto que lo anterior le causaría graves perjuicios a la sociedad, el PDG renunció y los directores franceses acuden al Tribunal de Comercio para solicitar el nombramiento de un mandatario de justicia para que administre la sociedad, de cumplimiento a los contratos vigentes y cite oportunamente la Junta de Accionistas. El Tribunal acogió la demanda considerando que la inexecución de las obligaciones contractuales contraídas por la sociedad, ponían en peligro su subsistencia. Los directores norteamericanos apelaron de dicha decisión argumentando que los tribunales de justicia no podían inmiscuirse en la administración de una sociedad anónima imponiéndole decisiones de los minoritarios a la mayoría de los accionistas y de los directores. La Corte de Apelaciones de París rechaza el recurso considerando que corresponde que un mandatario judicial sustituya los órganos de administración de una sociedad en circunstancias excepcionales cuando lo exige el interés general. En el caso de especie, señala que la inexecución del contrato habría perjudicado gravemente el interés social, mermando equilibrio financiero y credibilidad moral de la empresa, pudiendo provocar su desaparición y en consecuencia el despido de seiscientos obreros. Además, la Corte señaló claramente que los jueces deben inspirarse de los intereses sociales, más que de los intereses personales de algunos accionistas, aunque éstos sean mayoritarios.

intereses que constituyen el interés común, su jerarquización relativa es dinámica, y varía según las circunstancias del caso³⁰⁰.

Un autor³⁰¹ ha indicado que la noción de interés social es particularmente desarrollada en tres categorías de situaciones de crisis sociales muy características. En primer lugar, en los casos de revocación de los administradores, Hadji-Artinian señala que la jurisprudencia aprecia los “justos motivos” de revocación en función de la noción de interés social. En efecto, como es sabido, el C.Com.fr. dispone que los administradores de SA, en términos generales, son revocables *ad nutum*, no obstante, en caso de haber sido revocados sin justo motivo, tendrán derecho a reclamar una indemnización de perjuicios³⁰². Es precisamente con ocasión del examen de estos “motivos justos” que darán lugar o no la reparación de los revocados que los tribunales de justicia han desarrollado una definición de interés social. Así, según este autor, la jurisprudencia aprecia la justificación de los motivos de revocación en primer lugar a la luz de las funciones específicas que le incumbían al administrador, y en segundo lugar, a la luz del interés

³⁰⁰ MESSAI-BAHRI, S. 2009. La responsabilité ..., cit., 115 p.

³⁰¹ HADJI-ARTINIAN, S. 2001. La faute de gestion en droit des sociétés. Paris, Litec, 115 p.

³⁰² Artículo L. 225-55 C.Com.fr.

social³⁰³. Al respecto, como lo indica Hadji-Artinian, el interés social es aquí entendido como el interés de la sociedad como persona jurídica. De modo que se ha fallado que contraviene o perjudica el interés social -y es por lo tanto un justo motivo de revocación-, un desacuerdo abierto y persistente entre dos miembros del *Directoire*, que impedía el funcionamiento colegiado de dicho órgano, y por ende comprometía el buen funcionamiento y perennidad de la sociedad³⁰⁴; al contrario, las divergencias entre administradores de sociedad no es atentatoria al interés social, cuando no existen pruebas de faltas de gestión y alteración en el funcionamiento de la sociedad³⁰⁵. Como vemos en definitiva, en la jurisprudencia relativa a la revocación, se considera que vulnera el interés social -y es justo motivo para una revocación-, todo comportamiento que perjudique la sociedad como persona jurídica, su funcionamiento y gestión eficiente.

En segundo lugar, los tribunales franceses han hecho un especial trabajo de calificación de la noción de interés social en materia de abuso de

³⁰³ HADJI-ARTINIAN, S. 2001. La faute de gestion ..., cit. 120 p.

³⁰⁴ Corte de Casación, Sala Comercial, 19 de diciembre de 2006, N° 05-15803; En el mismo sentido, Corte de Casación, Sala Comercial, 4 de mayo de 1999, N° 96-19503; Corte de Casación, Sala Comercial, 12 de marzo de 1996, N° 93-17813.

³⁰⁵ Corte de Casación, Sala Comercial, 7 de junio de 1983, N° 81-11437.

mayoría o minoría. En estos casos de especie, los jueces del fondo y de casación examinan acuciosamente que todos los accionistas -sean éstos mayoritarios o minoritarios- estén en situaciones idénticas frente a la repartición de dividendos u oportunidades, sancionando sistemáticamente las decisiones o comportamientos que quebrantan la igualdad de los accionistas, directa o indirectamente.

Así por ejemplo, se ha fallado que es nula la deliberación de una Junta de Accionistas en la que el accionista mayoritario traspassa todas sus acciones a otra sociedad en la que tiene intereses, dejando la sociedad en cuestión en una situación económica sensiblemente desmejorada, lo que repercutió en el valor de las acciones³⁰⁶. En otro caso, se calificó de abuso de minoría la negativa de un accionista minoritario a autorizar un aumento de capital, en circunstancias en que dicho aumento era imprescindible para reconstituir su patrimonio que había sido disminuido de $\frac{3}{4}$ de su valor original, y para reanudar las actividades de la sociedad que se encontraban

³⁰⁶ Corte de Casación, Sala Comercial, 24 de enero de 1995, N° 93-13273. . Ver también Corte de Casación, Sala Comercial, 4 de noviembre de 2014, N° 13-24889, sentencia en la que la Cour tenía que pronunciarse sobre un acuerdo tomado en Junta de Accionistas sobre la remuneración del Président Directeur général, que fue considerada por los accionistas minoritarios como excesiva y atentatoria al interés social. El tribunal supremo francés consideró en este caso que la decisión había sido tomada conforme a derecho y que no se había acreditado que el monto fuese excesivo y que vulnera el interés social.

interrumpidas hacía varios años ya por falta de fondos. En este fallo, la *Cour* enunció claramente que la negativa del accionista minoritario tenía como objetivo beneficiar sus intereses personales, que entre otros, consideraban desarrollar por su cuenta las actividades del giro de la sociedad de la que era accionista minoritario³⁰⁷. En esta materia, Hadji-Artinian indica que se desprende de las sentencias analizadas que la noción de interés social es aquí entendido como el interés de la estructura empresarial³⁰⁸, como realidad económica.

Finalmente, este autor indica que otra esfera rica en jurisprudencia sobre el tema que nos interesa dice relación con el derecho legal de los accionistas a solicitar una auditoría, dispuesto en el artículo L. 225-231 del C.Com.fr. Esta disposición indica en efecto que uno o varios accionistas que detengan al menos el 5% del capital de una sociedad pueden formular por escrito preguntas y consultas al presidente del *Conseil d'Administration* o al *Directoire*, respecto a una o varias operaciones de gestión realizadas en la sociedad, o eventualmente en otras sociedades que les estén relacionadas.

³⁰⁷ Corte de Casación, Sala Comercial 18 de junio de 2002, N° 98-21967.

³⁰⁸ HADJI-ARTINIAN, S. 2001. La faute de gestion ..., cit. 125 p.

Dicha consultas deberán ser contestadas en un plazo de máximo un mes. Si esto no ocurriera, o las respuestas le parecieran insatisfactorias al grupo de accionistas, éste podrá por vía de acción de urgencia, solicitar que se nombre uno o varios auditores expertos para que presenten un informe sobre las operaciones cuestionadas³⁰⁹. En este procedimiento de urgencia – le *référé*–, los tribunales de justicia galos deben apreciar la pertinencia de la petición de nombramiento de un auditor para que informe sobre determinadas operaciones que inquietan a los accionistas. La apreciación de la oportunidad de dicho nombramiento se hará en consideración a la probabilidad en que los actos examinados puedan ser irregulares, y el riesgo de vulnerar el interés social³¹⁰. En particular, en una sentencia de la *Cour de Cassation* que confirma un fallo de los jueces del fondo que rechazó la petición de nombramiento de un auditor en virtud del artículo L. 225-231 del C.Com.fr., ésta indicó que al no existir ninguna presunción de abuso de gestión, ni de irregularidades que puedan perjudicar el interés social, comprometiendo el funcionamiento o la perennidad de la sociedad³¹¹, no procedía el nombramiento en cuestión. Ahora bien, cabe señalar que

³⁰⁹ Cabe señalar que en el caso de las sociedades anónimas que transan sus valores en mercados regulados, la autoridad regulatoria de los mercados financieros (Autorité des marchés financiers) puede también, por vía de acción de urgencia, solicitar el nombramiento de uno o varios auditores.

³¹⁰ Corte de Casación, 10 de diciembre de 2013, N° 12-24232; Corte de Casación, 10 de septiembre de 2013, N° 12-16509; Corte de Casación, 18 de octubre de 2011, N° 10-18989.

³¹¹ Corte de Casación, 3 de marzo de 2009, N° 08-11706.

respecto a los dos criterios utilizados por la *Cour*, pareciera prevalecer aquel relativo a la contrariedad del interés social, como lo indican algunas sentencias en las que el tribunal supremo ha señalado que incluso en caso en que los actos sean formalmente regulares, basta con constatar el riesgo de perjuicio al interés social para acoger la solicitud de auditoria³¹². En este caso también, como lo indica Hadji-Artinian, el interés social es el interés de la sociedad como persona jurídica, su perennidad y bienestar económico, exclusivamente³¹³.

A nuestro juicio, se desprende de la jurisprudencia que hemos citado, que la noción de interés social retenida por la *Cour*, contiene siempre, al menos los dos elementos constitutivos del interés común. Por un lado, el interés de la sociedad como persona jurídica, resguardando la perennidad jurídica y económica de la unidad de producción que constituye la empresa, con todos sus integrantes, y por otro, el interés de los accionistas como clase, que dice relación con la repartición de la plusvalía generada por el capital de la sociedad entre los accionistas mismos. Podría eventualmente

³¹² Corte de Casación, Sala Comercial, 14 de junio de 2005, N° 03-14423.

³¹³ HADJI-ARTINIAN, S. 2001. La faute de gestion ..., cit.. 123 p.

pensarse que existiría una suerte de jerarquía entre ambos criterios, puesto que la *Cour* no parece acoger razonamientos basados únicamente en el criterio relativo al interés de los accionistas como clase. En todas las sentencias que hemos examinados, se alude a éste solamente cuando es pertinente, es decir, cuando efectivamente la situación de crisis que debe dirimir pone en riesgo o derechamente perjudica la igualdad de condiciones entre los accionistas. No obstante, lo invoca siempre de manera accesoria al criterio amplio de interés social, que dice relación con la persona jurídica de la sociedad en cuestión, su existencia jurídica y perennidad económica³¹⁴. Pero en realidad, no es una relación de jerarquía, es como lo dijimos *supra*, una relación de interdependencia. Es decir, si el interés común es a la vez el interés de los accionistas como clase y el interés de la sociedad como persona jurídica, en el entendido que el segundo permite la realización del primero, lo que hace la *Cour* es verificar en primer término que la sociedad

³¹⁴ Por ejemplo: Corte de Casación, Sala Comercial, 21 de enero de 1970, N° 68-11085. En el caso de especie, la sociedad Cassegrain atravesaba dificultades financieras e inicio negociaciones con la sociedad Saupiquet en vista de una eventual toma de participación de esta última en el capital de Cassegrain, a través de la cesión de acciones de algunos de los accionistas. El Conseil d'Administration le sometió a todos los accionistas la oferta de Saupiquet, indicando que en conformidad a lo estipulado en los estatutos de la sociedad, estaba dispuesto a dar su aprobación a la transacción. Posteriormente, la operación fue aprobada por una Junta Extraordinaria de Accionistas, que ratificó todo lo obrado. Sin embargo, la Corte de Apelaciones declaró nula tanto la aprobación del CdA como la posterior ratificación de la Junta de Accionistas, en cuanto si bien la operación no era a propiamente tal una fusión, ésta perjudicaba gravemente el objeto social en cuanto ponía en riesgo la perennidad de la sociedad, y tenía la aptitud de vulnerar los derechos de los accionistas que no habían participado en la operación. La *Cour de Cassation* casa la sentencia de segunda instancia, indicando por una parte que no se acreditó que la sociedad Cassegrain fuera a sufrir alteraciones en su existencia legal o en sus estatutos, por lo que la perennidad de la sociedad no estaba discutida. Por otra parte, señaló que la oferta de Saupiquet le había sido transmitida a todos los accionistas sin excepción con la información relevante atinente, por lo que no había evidencia que la decisión haya sido tomada en perjuicio del interés social para privilegiar los intereses de determinados accionistas sobre otros. Ver también, Cass. Com. 22 de enero de 1991, Bull. Joly 1991, p. 389, nota Jeantin o de manera más contemporánea, Cass. Com. 18 de junio de 2002, D. 2002, p. 2190, Nota Lienhard.

tenga los medios de lucrar³¹⁵, y eventualmente, si se presentaren problemas al respecto, que no se quebrante el principio de igualdad dentro de la clase accionarial. Ambos son tratados autónomamente, porque son problemas distintos.

Respecto al valor que se debiera atribuir a cada uno de los intereses examinados, las proposiciones de Schmidt nos parecen interesantes³¹⁶. Considera en efecto que el interés de los accionistas como clase, estará siempre presente, y conforme a la promesa societaria, el principio de igualdad en la repartición de los beneficios generados por la sociedad es inmutable, ya que la participación de éstos tanto en las utilidades como en la vida política de la sociedad se desprende de normas de orden público, que son el cimiento de la empresa societaria. Sin embargo, el interés social es contingente, puede variar, según la matriz de asignación de recursos que se adopte. De modo que, sea cual sea la noción de interés social al que se decida adherir, no puede concebirse que éste permita que una decisión

³¹⁵ Por ello, y tal como se desprende de la jurisprudencia que hemos citado, resultan atentatorias al interés social, situaciones en las que se entorpece su gestión –como es el caso de diferencias irreconciliables entre administradores o entre administradores y accionistas-, la realización fehaciente o potencial de actos irregulares, la ejecución de actos de gestión que mutilan económicamente la sociedad, o que signifiquen una pérdida de ingresos o de haberes, o que impiden un ingreso o ganancia realizable.

³¹⁶ SCHMIDT, D. 2004. Les conflits d'intérêts dans la société anonyme. Paris, Ed. Joly, 23 p.

mayoritaria tomada en junta de accionistas o en un directorio tenga como efecto aventajar algunos accionistas en perjuicio de otros³¹⁷. Esto no es totalmente correcto, o al menos, no está a nuestro juicio correctamente formulado. Lo primero es totalmente cierto, es decir, la protección del interés de la clase accionarial articulado por el principio de igualdad no es discutible. Sin embargo, todos los otros intereses no se funden indistintamente en la gran noción de interés social. Como ya lo hemos indicado, el interés accionarial no puede realizarse sólo, por lo que está indisolublemente unido al interés de la sociedad como persona jurídica, ambos conformando lo que la doctrina contractualista clásica denomina interés común. Además, lo que Schmidt considera voluble son en realidad dos elementos distintos. Por un lado, el espectro de intereses que hay que arbitrar, y por otro la jerarquía que los articulará. Entonces, concretamente, el interés accionarial y el interés de la sociedad como persona jurídica con vocación a lucrar, estarán siempre presentes. Eventualmente se le agregarán otros intereses dignos de protección, como por ejemplo el interés de los trabajadores o el interés general –o de la Nación-. Eso puede variar. Entre todos estos intereses habrá que elegir cuál de todos ellos prevalecerá sobre

³¹⁷ SCHMIDT, D. 2004. *Les conflits...*, cit. 24 p.

los otros, o si hay modo de equilibrarlos. Una vez que se determine estos dos últimos elementos, podemos decir, que tenemos una noción de interés social. Respecto a esto último, concordamos con Schmidt en cuanto la determinación de estos dos elementos dependerá de la idea económica que se tenga de la sociedad anónima, y desde luego, de qué tipo de sociedad anónima se trata, lo que es una decisión de naturaleza política y más bien circunstancial.

Al respecto, daremos aquí un ejemplo que si bien no se judicializó³¹⁸, es un testimonio concreto de la naturaleza eminentemente política de la noción de interés social en algunas circunstancias. En el año 2014, la sociedad Alstom, prominente actor privado del área energética francesa, por razones que hasta el día de hoy no han sido del todo esclarecidas³¹⁹, concluyó sin aviso previo al gobierno, una alianza estratégica con General Electric (GE), que incluía la venta de la filial eléctrica de Alstom a la empresa norteamericana. En eso entonces Alstom era una sociedad anónima

³¹⁸ En junio del año 2014, antes de que se realice efectivamente la venta a GE, el Estado francés requirió la autoridad regulatoria de los mercados financieros (*Autorité des marchés financiers*) para que instruya al Conseil d'Administration de Alstom, de asegurar una estricta igualdad de tratamiento entre las ofertas de GE y Siemens, y proteja los intereses de los accionistas minoritarios.

³¹⁹ Hasta la fecha se sospecha que el CIO de la sociedad Patrick Kron, había urdido el pacto con General Electric en prioridad y en un inicio en condiciones no del todo favorables, porque tenía conocimiento que Alstom estaba siendo investigada por la justicia norteamericana por hechos de corrupción, que lo podrían haber perjudicado personalmente a él o a cercanos a su gestión.

abierta privada, donde el Estado francés no tenía ninguna participación. Sin embargo, la potencial venta del área eléctrica de una empresa francesa a un norteamericano causó una enorme conmoción tanto en el ejecutivo, como en la opinión pública en general, atendido el carácter eminentemente estratégico de la actividad, que incluía hasta una importante parte de la actividad nuclear francesa. De modo que, al hacerse pública la negociación³²⁰, el Estado francés trató por todos los medios de evitar dicha venta, o al menos, de imponer sus condiciones, tanto en cuanto al destino de los trabajadores de Alstom, como a las condiciones de la alianza estratégicas con GE. Al no poder impedir la venta a ésta última, a pesar de haber recibido una oferta alternativa de la alemana Siemens, pero que reveló no ser comparativamente competitiva, el Estado francés obtuvo de Bouygues, titular de 30% del capital de Alstom, que le cediera su participación a modo de préstamo hasta octubre de 2017, otorgándole los derechos políticos que le están asociados, y un representante en el *Conseil d'Administration*. Lo interesante de este caso es, a nuestro juicio, lo que revela acerca de la percepción de las sociedades anónimas abiertas en Francia, o al menos algunas de ellas. La pugna entre el Ministro de

³²⁰ El 24 de abril de 2014, Bloomberg informa que Alstom está en conversaciones con GE por la venta de su división energética, que podría concretarse en los 6 días siguientes. Ver: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2014-04-23/ge-said-in-talks-to-buy-france-s-alstom-for-about-13-billion>.

Economía francés, Arnaud Montebourg, y el PDG de Alstom, Patrick Kron, fue violenta y pública. A penas el Estado francés se enteró de la negociación de Alstom con GE, el Ministro interpeló Alstom, acusando al Presidente del *Conseil d'Administration* de dicha sociedad, de carecer del civismo elemental de informar su gobierno de la venta inminente de la división eléctrica de su empresa, cuyo interés estratégico para la nación era evidente, teniendo en especial consideración la participación de Alstom en la producción eléctrica del parque nuclear francés, su total dependencia a licitaciones públicas y su responsabilidad con 95.000 trabajadores³²¹. Lo que puede resultar sorprendente jurídicamente, al menos desde este lado del océano, es que a tal acusación de parte del ejecutivo -que finalmente exige tener incidencia sobre la actividad empresarial de una sociedad enteramente privada-, es aceptada por los acusados. En efecto, con fecha 30 de abril de 2014, el Sr. Kron en una entrevista otorgada en un diario de circulación nacional, negó haber realizado negociaciones secretas, e indicó claramente que el Estado francés es *partie prenante* en la actividad de Alstom, y tiene algo que decir respecto a su actividad³²². En otras palabras, existe respecto a Alstom, la convicción que el Estado es un *stakeholder* y tiene plena

³²¹ Cesión de la Asamblea Nacional de “Questions au gouvernement” de fecha 29 de abril de 2014.

³²² [en línea] http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/04/30/patrick-kron-laisser-alstom-seul-serait-risque-et-dangereux_4409494_3234.html.

legitimidad para pronunciarse sobre la conducción de la empresa. La propiedad de Alstom puede ser privada, pero su actividad no lo es. Es de interés público y por ello, los dueños de Alstom tienen cuentas que rendir al ejecutivo y al pueblo francés en su conjunto.

De modo que, sin hacer generalizaciones azarosas, este episodio da cuenta del concepto que tienen tanto la opinión pública, como el Estado, y los mismos actores del mercado financiero, de la función de las sociedades anónimas abiertas francesas, atendida entre otras cosas, su responsabilidad social con el empleo.

Dicho esto, y al tenor de la jurisprudencia examinada en esta sección, sostenemos que para la jurisprudencia gala, el interés común en el sentido contractualista es el *core* central de la noción de interés social. Asimismo, en determinados casos, le agrega otros intereses externos al interés común, y determina la jerarquía que los organizará.

Ahora bien, como lo indican algunos autores franceses³²³, es cierto que la Cour siempre examina con atención el interés de la empresa como persona jurídica y unidad económica, y la existencia de las condiciones que permitan su perennidad y desarrollo. No obstante, esto no significa a nuestro juicio que se le dé prevalencia por sobre los otros intereses eventualmente en competencia. Sostenemos que este particular interés es porque la existencia, perennidad y enriquecimiento de la sociedad, es la condición *sine qua non* para que se realicen los otros intereses. Es decir, si la sociedad quiebra o se empobrece, no hay nada que repartir y todos pierden. En cambio si la sociedad gana, todos podrían eventualmente ganar y eso habrá que arbitrarlo. De modo que no resulta extraño que la jurisprudencia francesa esté particularmente abocada a la verificación de la realización de las condiciones que permitan el desarrollo económico de la sociedad, y sanciona como hecho ilícito todo comportamiento que atente de cualquier forma a su subsistencia.

³²³ MESSAI-BAHRI, S. 2009. La responsabilité ..., cit. 254 p.

Ahora bien, en este punto debemos hacer un alcance importante. La noción de interés social como lo vimos, cumple la función de distinguir los comportamientos “patológicos y anormales”³²⁴, de los normales, pero no permite apreciar la adecuación o calidad técnica de los comportamientos normales. En otras palabras, la noción de interés social permite a los jueces apreciar la validez de un acto, mas no su eficiencia. Por ello, la *Cour* o los tribunales del fondo, en principio no se inmiscuyen en las decisiones estratégicas y comerciales de los administradores de sociedades, y son muy cuidadosos en no centrar la decisión del carácter ilícito de una conducta en el resultado de la misma, sino que en su intención. Para ilustrar lo anterior, daremos como ejemplo un fallo de casación, en el que la *Cour* no acogió una demanda en indemnización de perjuicios interpuesta por accionistas minoritarios en contra de ex - dirigentes de una sociedad anónima por falta de gestión. En este caso, la Société du Louvre (SDL) tenía intereses en diversas otras sociedades de distintos rubros. Los accionistas minoritarios, y en particular Edelman Value Fund LTD British Virgin Islands (los fondos Edelman), interpusieron una demanda por indemnización de perjuicios en contra de miembros de los órganos de administración de la SDL por falta de

³²⁴ BISSARA, P. 2003. Corporate Governance, loi NRE et redefinition de la faute civile des dirigeants: le point de vue du dirigeant d'entreprise. In: Colloque du 16 décembre 2002 sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux, Revue des sociétés, 210 p.

gestión en cuanto habrían –entre otras cosas- continuado el giro de sociedades en las que tenían intereses cuando éstas eran gravemente deficitarias, en el único interés de los accionistas mayoritarios. La *Cour de Cassation* no acogió dicha demanda señalando que la elección de conservar actividades diversificadas no puede ser considerado como una falta de gestión en cuanto se trata de una decisión estratégica y que no había sido acreditado en autos que ésta haya sido manifiestamente contraria o desafortunada para el interés de la sociedad. Por ello, la situación financiera deficitaria de las sociedades relacionadas no era un argumento que pudiera ser considerado para efectos de calificar la falta de gestión. Como quiera que sea, examinaremos con más detalle la distinción entre comportamiento ilícito y decisiones estratégicas *infra*, en el acápite correspondiente al deber de diligencia.

Para terminar, respecto a las categorías morales a las que referimos *supra*, al tenor de lo analizado en esta sección, nos parece que los jueces franceses dirimen los conflictos de asignación de los recursos generados por la sociedad, siguiendo la recomendación de Donaldson, y alternan según el

caso, entre criterios liberales y criterios de pacto social. Toman en efecto en cuenta, tanto los intereses de los dueños del capital, como aquellos emanados de la colectividad económica que forma la sociedad, y eventualmente, el mercado en su conjunto.

3.5.2. En Chile

En nuestro país, tanto la jurisprudencia judicial como las decisiones y recomendaciones de nuestro órgano regulatorio (SVS) dan cuenta del lugar central que ocupa la noción de interés social. Así por ejemplo, en el Oficio Ordinario N° 15452 de fecha 20 de julio del año 2015, en el marco de la consulta de Enersis S.A. relacionada con el proceso de reorganización societaria de 18 de mayo de 2015, la Superintendencia de Valores y Seguros le informa e instruye al Gerente General de la Empresa Nacional de Electricidad S.A., ésta indica que “[*Asimismo*], debe tenerse presente que todas las obligaciones que la legislación vigente establece a los directores,

se fundan en el concepto de interés social"³²⁵. En efecto, sobre el particular podemos mencionar diversas disposiciones contenidas en la Ley de Sociedades Anónimas que establecen este principio, tales como el inciso tercero del artículo 39, sobre obligación de los directores de velar por los "intereses" de todos los accionistas y no sólo de aquellos que lo eligieron o el numeral 1º del artículo 42, en virtud del cual los directores no pueden realizar ninguna actuación que no tenga por fin el "interés social", y por cierto, el numeral 7º del mismo artículo, que sanciona "cualquier acto contrario al interés social". Al respecto, si bien como lo veremos en los párrafos siguientes, la jurisprudencia judicial no *usa* con frecuencia, al menos explícitamente la noción de interés social para calificar el hecho ilícito, sí ha reconocido su prevalencia en el actuar de los administradores, al igual que la SVS³²⁶.

Ahora bien, la jurisprudencia judicial nacional en su conjunto -sea que ésta se pronuncie sobre un recurso de reclamación de una resolución del órgano regulador o sobre una demanda en indemnización de perjuicios a

³²⁵ El destacado es nuestro.

³²⁶ Por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 3134-1998, en la que indica que "[La C]onclusión indubitada de las normas legales precedentes: si la actividad de los gerentes no persigue el fin social o bien se persigue el interés o la ventaja individual cuyo es el caso de autos, existe culpa y responsabilidad consiguiente."

propriadamente tal-, en comparación con Francia, tiene un número reducido de sentencias que aportan criterios explícitos o implícitos respecto a lo que debe entenderse por interés social. No obstante, en este universo reducido de sentencias judiciales, contrariamente a lo que ocurre con la jurisprudencia francesa, los jueces chilenos parecen tener menos dudas acerca de la noción.

Con todo, es necesario hacer una distinción preliminar. Cuando los tribunales de justicia se pronuncian sobre una reclamación interpuesta en contra de una resolución emitida por la SVS, dicha jurisprudencia tiende a no *usar* la noción de interés social³²⁷. Al contrario, cuando estatuye sobre demandas en responsabilidad civil a propriadamente tal, tiende a referir con más frecuencia a la noción en comento, como criterio de adecuación de la conducta de los administradores³²⁸. Ello puede deberse a que la jurisprudencia relativa a las reclamaciones viene teñida, como es natural, por el ánimo regulatorio de la Superintendencia de Valores y Seguros, que centra en general su labor y correspondiente formulación de cargos, a la

³²⁷ Por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, Roles Nros. 6146-2015, 13008-2015, 7984 – 2014 y 8069-2015; o Corte Suprema Roles Nros. 785-2010 y 3389-2015.

³²⁸ 17º Juzgado Civil de Santiago, Rol Nº 4116-2004, Corte de Apelaciones de Santiago Roles Nros. 3134-1998 y 824-2009 o Corte Suprema Rol Nº 9303-2012.

infracción de deberes legales³²⁹. De todos modos, esto no lo explica satisfactoriamente, ya que como lo hemos sostenido en esta investigación, el cumplimiento de los deberes legales de los administradores, por mandato legal, se mide fundamentalmente y ante todo, con el criterio de interés social.

Uno de los pronunciamientos judiciales más explícitos que hemos encontrado respecto a la noción en estudio se encuentra en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 25 de agosto de 2010³³⁰, a propósito de dos socios y administradores de una sociedad en actividad, que formaron una segunda sociedad para competir en la actividad de la primera, creándole acreditados perjuicios en sus ventas durante varios años. En este fallo, la Corte indicó en su considerando 10º, que “[E]s dable entender que el interés social es aquel común a todos los accionistas y diferente al interés particular de cada uno de ellos y que encontrándose relacionado con el objeto y causa de la sociedad, su finalidad es la obtención de un beneficio

³²⁹ Ya nos hemos referido a esta dicotomía en la parte introductoria de esta investigación.

³³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 824-2009.

pecuniario y su repartición entre los socios.”³³¹. Esta afirmación carece de toda ambigüedad. El interés social descrito aquí está estrictamente apegado a las teorías contractualistas que expusimos *supra*, en su versión probablemente más libertaria, puesto que ni siquiera se hace alusión aquí al interés que podría tener la sociedad como persona jurídica, a su desarrollo y perennidad económica. Lo central de esta noción, son los accionistas y el beneficio pecuniario que podría ser repartido entre éstos. Con todo, recordemos que conforme a lo indicado *supra*, en el interés común, están presentes el interés de los accionistas como clase y el interés patrimonial de la sociedad -en el entendido que el primero se realiza a través del segundo-, por lo que éste último siempre es implícito.

Ahora bien, fuera de este pronunciamiento ejemplar, en términos generales, cuando la jurisprudencia judicial *usa* la noción de interés social, parece referirse en la gran mayoría de los casos al interés patrimonial de la sociedad en cuestión, pero de manera muy circunscrita.

³³¹ El destacado es nuestro.

Así por ejemplo, en una sentencia de la Corte de Apelaciones³³², en un accionista mayoritario de una sociedad anónima A, era además gerente y director de otra sociedad anónima B, en su calidad de administrador de B, castigó una deuda de 16 millones de pesos que mantenía la sociedad A con la B, sin siquiera intentar cobrarla. En este caso, demandó la sociedad B por responsabilidad civil de su administrador. La Corte acogió la demanda considerando que efectivamente el director y gerente cuestionado había infringido su deber de lealtad, en cuanto había con su actuar, vulnerado el interés social de la sociedad que administraba.

En otra sentencia, esta vez de la Corte Suprema³³³, la directora de una sociedad anónima, negoció una operación de venta de un predio de propiedad de la sociedad a su propio conyugue, a un precio correspondiente a menos de 1/5 del valor comercial del bien raíz. Tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema, acogieron la demanda en indemnización de perjuicios interpuesta por la sociedad lesionada, atendido

³³² Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 3134-1998.

³³³ Corte Suprema, Rol N° 9303-2012.

entre otras cosas, el perjuicio acreditado que dicha operación le causó al interés social.

A su vez, en un fallo de primera instancia³³⁴, en que un accionista cuestionó la decisión de los administradores de una sociedad anónima de vender un predio a otra sociedad conformada por otros accionista de la sociedad propietaria del mismo, atendido que habrían desechado una importante oportunidad de negocios, el Juzgado civil en cuestión rechazó la demanda, indicando que “[el] interés social no se opone que el negocio irroque utilidad para el tercero con quien se contrata, puesto que ello es de toda lógica en todo tipo de actos o contratos onerosos, y la circunstancia que la compradora haya hecho un negocio de gran tasa de retorno, escapa de la esfera de voluntades de la sociedad vendedora, máxime si ha quedado demostrado que la situación financiera le impedía a esta abordar de manera eficiente en el tiempo todos los proyectos previstos, ya que no ha de olvidarse que la Inm. Lo Recabarren no vendió todo el lote, sino que una parte, para continuar con la explotación del resto, en forma exitosa”. El

³³⁴ 17º Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 4116-2004.

sentenciador de primera instancia aquí, examinó el interés social como interés patrimonial de la sociedad como persona jurídica, y dejó claramente establecido, que el lucro de terceros contratantes no implica necesariamente una vulneración al interés social puesto que obtener beneficios de una operación comercial es lo propio de la vida de los negocios.

No obstante, aunque se adopta aquí una noción de interés social ajustada al interés patrimonial de la sociedad, éste queda circunscrito a su círculo más restringido, puesto que en ninguno de éstos casos se hizo referencia alguna al contexto económico en el que la sociedad desarrollaba su actividad, si tenía empleados, o si el desarrollo de su giro involucraba intereses de terceros. Está considerado en su único aspecto funcional al enriquecimiento de los accionistas como clase, siendo entonces congruente con las teorías contractuales.

Por su lado, de los casos emblemáticos que se han discutido estos últimos años, tienen en su gran mayoría sentencias relativas a

reclamaciones de resoluciones de la SVS por lo que no aportan mayor información respecto a la noción de interés social que nos ocupa, por las razones que expusimos *supra*. Por ello, solamente citaremos aquí dos sentencias que pueden ser de nuestro interés, una recaída en el caso Cascadas, y la otra en el caso La Polar.

El caso Cascadas, como es sabido, concierne operaciones ocurridas en una compleja maraña de sociedades anónimas todas relacionadas con la sociedad Soquimich (SQM). Ésta hasta el año 2014, estaba controlada por Pampa Calichera S.A., que a su vez estaba controlada por Oro Blanco S.A., que a su turno era controlada por Norte Grande S.A., compañía esta última controlada por Julio Ponce Lerou. En el año 2011, Oro Blanco fue dividida en dos sociedades anónimas distintas, Oro Blanco S.A. y Nitratos Chile S.A. cuyo principal accionista era también Norte Grande (el mismo controlador que Oro Blanco). Los hechos que fueron acreditados y sancionados en sede administrativa y posteriormente confirmados en la reclamación interpuesta en el 18º Juzgado Civil de Santiago³³⁵, por una

³³⁵ 18º Juzgado Civil de Santiago Rol N° 21494-2014.

sentencia del año 2016, fueron consignados de la siguiente manera: “las Sociedades Norte Grande, Oro Blanco y Pampa Calichera, fueron utilizadas para que en apariencia dejaran disponibles en el mercado paquetes relevantes de acciones representativas del capital de Oro Blanco, Pampa Calichera y/o SQM durante los años 2009, 2010 y 2011; pero que en realidad buscaban generar oportunidades de negocios y beneficios para el reclamante a través de las sociedades de su propiedad, lo que resultaba posible, entre otras circunstancias, porque dichas acciones se transaban por medio de remates bursátiles que se caracterizaban por colocarse para su venta a precios menores a un precio de referencia construido por la SVS como parámetro a fin de observar y comparar la racionalidad económica de dichas operaciones; para luego ser adquiridas directa o indirectamente por las sociedades cascadas, pero ahora a un precio superior a aquel en que fueron inicialmente transferidas; y porque se transaban en lotes significativos e indivisibles, que involucraban elevadísimas sumas de dinero y con tiempos de difusión que si bien se encontraban ajustados a la reglamentación bursátil, lejos estaban de buscar la mayor o mejor satisfacción del interés social de las Sociedades Cascadas; o bien por medio de Operaciones Directas con difusión de 3 minutos o simplemente sin

difusión, y que en realidad buscaban enterrar la participación de potenciales inversionistas diversos de aquellos que conformaban el denominado esquema, que son quienes finalmente sí lograban concretar dichas operaciones bursátiles en su beneficio, esto es, básicamente Sociedades del propiedad o bajo el control del Sr. Julio Ponce Lerou; sociedades de propiedad del Señor Roberto Guzmán, de don Leonidas Vial y de don Alberto Le Blanc. Ello es lo que constituyó los supuestos de la infracción a los artículos 42 N°s 1 y 7, al Título XVI de la Ley 18.046 imputados al reclamante.” En todas estas sociedades Cascadas, el señor Ponce Lerou era miembro del directorio. En esta sentencia, se discutió con mayor profundidad la noción de interés social, pues el reclamante sostuvo en el proceso que “[el] interés de las sociedades que conforman el grupo empresarial está supeditado al interés social del grupo mirado como un conjunto, de forma que si se propende a la satisfacción del interés social del conjunto deba entenderse también satisfecho el interés social de cada una de las sociedades que lo conforman”. De modo que el problema jurídico aquí radicaba en la identificación del interés social de las sociedades que conforman entre todas un grupo empresarial. Pues bien, el sentenciador en este caso, rebatió los argumentos presentados por el reclamante, indicando

en que “[E]s dicha calidad de director de las mismas la que de conformidad a la Ley de Sociedades Anónimas lo obliga [al reclamante] a velar por el interés social de cada una de ellas, de forma que a partir de sus facultades debe conducir, propiciar, desarrollar y aprobar sólo aquellas operaciones que con la suficiente racionalidad o justificación económica y financiera tiendan a favorecer dicho interés; estándole expresamente proscrita el comportamiento contrario”, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley N° 18.046. Asimismo, se acreditó en estos autos que la conducta cuestionada del reclamante había irrogado pérdidas a las sociedades cascada de las que era director.

Al tenor entonces de lo estatuido en esta sentencia, podemos concluir, que lo que se consideró aquí como interés social, es el interés patrimonial de las sociedades que conforman las cascadas, en su individualidad, e implícitamente, todos los accionistas de cada una de ellas. No obstante, no se hizo alusión aquí tampoco al contexto económico en el que las sociedades cascada desempeñaban su actividad. Al respecto, cabe recordar, que por un lado, el grupo empresarial conformado por Soquimich y las

sociedades cascada, desarrollan su giro en el ámbito minero, que, como es sabido, tiene una especial relevancia económica estratégica para nuestro país. De hecho, Soquimich hasta la dictadura militar era una empresa pública, y hasta el día de hoy explota pertenencias mineras que son de propiedad del Estado chileno, por las cuales por cierto, mantiene varios juicios arbitrables pendientes por presuntos incumplimientos contractuales. Asimismo, tiene tanto en Chile como en el extranjero más de 10.000 trabajadores, pero sobre todo, siendo una sociedad anónima abierta, recibe la inversión de diversas AFPs, que gestionan nuestros fondos de pensión. Por ello, la valorización de esta sociedad y sin duda el éxito y finalmente perennidad de esta unidad económica y del grupo empresarial al que pertenece, es relevante no solamente para los accionistas de las sociedades que lo conforman, sino también para la economía global de nuestro país, el mercado del trabajo de las localidades donde desarrolla su giro, y el sistema previsional al que estamos adscritos³³⁶. No obstante, el sentenciador quedó en este caso también estrictamente apegado a las teorías contractualistas.

³³⁶ Al respecto, cabe indicar que las AFPs han sido activas en la defensa de sus intereses como accionistas minoritarias de las sociedades cascadas y han interpuesto varias demandas en indemnización de perjuicio en contra de los administradores involucrados que están en este momento por resolverse en diversos tribunales ordinarios. Ver: 20° Juzgado Civil de Santiago Rol N° 307-2015, 27° Juzgado Civil de Santiago Rol N° 10169-2014, 19° Juzgado Civil de Santiago Rol N° 573-2015 y 24° Juzgado Civil de Santiago Rol N° 2701-2015.

Por ello, la apreciación que hace el sentenciador en este caso de especie, nos aparece particularmente limitada.

En cuanto al caso La Polar, una de las sentencias recaídas sobre este escándalo financiero, parece tomar tímidamente en consideración argumentos que se alejan un poco más de las teorías contractualistas. Como es sabido, ésta es una sociedad anónima abierta cuya estructura de capital es inusual en nuestra economía. En Chile, predominan en el mercado de capitales sociedades cuyo capital está significativamente concentrado en manos de pocas personas o familias. Sin embargo, La Polar tenía para el año 2010, un capital difuso, cuyo grupo de accionista más importante eran AFPs con un 24% de participación³³⁷, lo que hacía de ella un caso excepcional en el horizonte nacional. Esta sociedad contaba con un Directorio compuesto por siete directores, tres de los cuales eran independientes. Contaba también, como lo prescribe la ley, con un comité de directores. Durante el año 2011, varios gerentes de la empresa y algunos de sus directores fueron objeto de investigaciones y sanciones de distinta

³³⁷ Con US\$ 700 millones invertidos en acciones y bonos de La Polar, dinero proveniente de los fondos de pensiones de trabajadores chilenos.

índole, todas ellas motivadas por un sistema de gestión de las carteras morosas que ha sido objeto de reproche administrativo y judicial. En efecto, desde hacía varios años, La Polar desarrollaba la práctica de modificar unilateralmente los plazos y montos de los créditos en mora. Inicialmente este mecanismo se aplicó con los clientes cuya mora era superior a 180 días, pero paulatinamente se fue extendiendo a clientes morosos por tiempos inferiores. Inicialmente estas modificaciones eran precedidas de negociaciones que, a nombre de la compañía, eran realizadas por operarios de centros de llamados telefónicos o *call center*. A medida que iba creciendo la cantidad de negociaciones, se incrementaban los costos asociados a las mismas para la empresa. Por ello, en mayo del 2009, la gerencia de productos financieros de la compañía solicitó a la gerencia de informática el desarrollo de una herramienta computacional que reemplazara las negociaciones por un mecanismo que permitiese la modificación automática y unilateral de las condiciones y plazos de los créditos morosos. Desde un punto de vista societario, las modificaciones unilaterales masivas de los créditos de los que la compañía es titular son, en sí mismas, una práctica perjudicial para el interés social. Crean una cartera de créditos al día artificial, que no guarda, por lo tanto, relación alguna con

la realidad financiera de la empresa, alterando los estados financieros de la sociedad. Adicionalmente a estos hechos, un grupo de ejecutivos y directores especulaban con acciones de la sociedad, aprovechando la información privilegiada que tenían respecto al verdadero estado financiero de la empresa. Cuando estos hechos fueron conocidos por el público, las acciones de La Polar perdieron en una semana el 85% de su valor, perjudicando tanto a los accionistas minoritarios como los intereses de los fondos de pensiones. Posteriormente al escándalo financiero, la sociedad La Polar S.A. tuvo enormes dificultades económicas, que hicieron incluso en algún momento temer por una eventual quiebra de la misma, caso en el cual, no solamente los fondos de pensiones iban a perder buena parte de lo invertido –eran titulares de casi el 60% de la deuda de la empresa-, sino que habría dejado desempleados a más de 7000 trabajadores que en ese momento se desempeñaban en la empresa. Sin embargo, en el caso de Pablo Alcalde Saavedra, que fue sucesivamente gerente general y presidente del directorio de la empresa en los años en que se desarrolló el fraude, la sentencia judicial que recayó sobre la reclamación interpuesta en contra de la resolución de la Superintendencia de Valores y Seguros, que lo sancionaba por su incumplimiento a las disposiciones de la Ley de

Sociedades Anónimas, no hace alusión para la calificación del hecho ilícito a la noción de interés social. No se nombra si quiera el concepto, ni se examina el daño que le pudo haber causado su comportamiento a la sociedad u otros accionistas. Por ello, no resulta evidente aquí la noción de interés social que se tomó en consideración para confirmar la sanción administrativa. No obstante, en el considerando 20º de dicho fallo, al revisar el monto de la multa a la que había sido condenado el reclamante, este sentenciador indica que ésta no sería excesiva, atendido “el impacto que ha tenido el denominado Caso La Polar, tanto desde el punto de vista del derecho de los consumidores, del derecho del mercado de valores, y del derecho corporativo”. El considerando en comento es sibilino, pues no deja en claro por ejemplo, a que se refiere con el impacto causado al derecho corporativo. No obstante, a nuestro juicio, es una demostración que si bien no se toma en consideración los eventuales intereses de terceros a la sociedad y sus accionistas para la calificación del hecho ilícito, al menos si se considera para apreciar la gravedad de los hechos y la severidad de la sanción.

En definitiva, del exámen de nuestra jurisprudencia nacional, e integrando las categorías que expusimos supra, podemos concluir, que desde un punto de vista estrictamente jurídico, ésta retiene una noción de interés social contractualista, apegado a la noción de interés común, que como lo vimos es binaria. Integra a la vez, el interés patrimonial de la sociedad y el interés patrimonial de los accionistas como clase. No obstante, conforme a las teorías contractualistas, el interés de la sociedad es percibido aquí en su único aspecto instrumental a la realización del interés de los accionistas como clase, más no en su aspecto colectivo como lo proponen las teorías institucionalistas, lo que explica a nuestro juicio que permanezca implícito. Correlativamente entonces, estamos aquí apegados a la noción de derecho subjetivo más absoluta y clásica. Congruente con ello, desde un punto de vista moral, sostenemos que los jueces chilenos son más bien unívocos, y adoptan en la generalidad de los casos, criterios de orden libertarios para determinar la asignación de los recursos generados por la sociedad anónima. En efecto, al estar circunscritos únicamente al interés patrimonial de la sociedad, sin hacer referencia a su desarrollo económico, su perennidad en el mercado e impacto en la economía del país, esto parecería indicar que el interés prevaleciente es el de las utilidades que

pueda producir la sociedad, y los consecutivos beneficios que pudieran repartirse los accionistas.

CAPITULO II. EL ANÁLISIS DEONTOLÓGICO DE LA NOCIÓN DE HECHO ILÍCITO

En el capítulo anterior, nos abocamos a definir los poderes que los respectivos ordenamientos jurídicos le asignan al directorio o su equivalente, tanto en cuanto a su naturaleza como en cuanto a su finalidad. Ahora bien, en la medida en que éstos son derechos-funciones, éstos no pueden ser ejercidos al libre arbitrio de su titular, ya que su naturaleza les asigna deberes de comportamiento específicos. A este respecto, se considera habitualmente que existen dos grandes deberes fiduciarios, el de lealtad y el de diligencia. Como lo veremos en las secciones siguientes, en las dos legislaciones en examen, estos dos deberes son considerados intrínsecos a la función misma de director de sociedad anónima -sin perjuicio de que pueden eventualmente ser codificados en algún texto normativo-, pues naturalmente, al ser derechos-funciones, no pueden bajo ningún concepto ser ejercidos al libre arbitrio de sus titulares en su interés personal. Están al contrario enteramente orientados al interés del tercero que es su función garantizar, y no pueden disponer tampoco del grado de

diligencia que ocupan en su ejercicio –como veremos que algunos han llegado a sostener en sede jurisdiccional-. De modo que, el ejercicio de las funciones de los directores deben ser diligente, y orientado al interés social, por la naturaleza misma de los derechos que les han sido conferidos. Estos dos deberes que emanan entonces de sus derechos, pueden estar expresados en una norma positiva o no, no teniendo esto ninguna importancia, como lo veremos en el ejercicio comparativo. La construcción normativa de los países en estudio es al respecto muy diferente, lo que explica que en Francia, las categorías están dadas por la jurisprudencia y en Chile, mayormente por el derecho positivo.

Atendida esta disparidad, y que, como lo indicamos en la introducción, esta investigación no tiene como objeto la transposición de categorías pertenecientes a la cultura jurídica francesa a nuestro ordenamiento jurídico, sino que por el contrario, examinar las primeras en su contexto normativo natural, para intentar crear las nuestras propias, en las siguientes secciones presentaremos el derecho francés con las categorías que les son propias, y que fueron como lo dijimos, mayormente desarrolladas por la

jurisprudencia. En cuanto al derecho chileno atendida su especificidad hiper-positiva, que a nuestro juicio está directamente relacionada con la deficiente sistematización doctrinal y jurisprudencia –esta deficiencia crea en efecto una necesidad, que finalmente solo puede satisfacer la ley, por el momento-, propondremos una matriz de análisis *ad hoc*, en la primera sección de este capítulo.

1. Determinación de una matriz de análisis

Como lo acabamos de decir, una de las especificidades de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia, es la hiper-positividad del derecho. Es decir, la mayor parte de las reglas están inscritas positivamente en el derecho, o podríamos decir, tenemos un derecho hiper-codificado. Por otro lado en nuestro contexto cultural jurídico, la jurisprudencia no se ha abocado a un trabajo de sistematización del derecho comparable al que podemos observar en Francia, por lo que la referencia principal para la construcción de categorías en el tema en discusión será el derecho positivo,

que complementaremos en algunos puntos específicos con referencias jurisprudenciales. Ahora bien, respecto específicamente a la matriz de análisis aplicable al derecho positivo chileno, la dividiremos en dos. En primer lugar, examinaremos su tipo normativo (1.1.) y en segundo lugar el tipo de obligación del que se trata (1.2.).

1.1. La naturaleza normativa de las obligaciones y deberes asignados a los directores

Para la construcción de esta matriz de análisis nos parece necesario despejar antes que todo, el tipo normativo de las disposiciones que formulan estas obligaciones, pues esto tendrá como lo veremos, una incidencia mayor en la calificación del hecho ilícito.

Al respecto, a nuestro juicio, la taxonomía propuesto por el profesor Atria es plenamente pertinente. Éste indica en efecto que existen en nuestra normativa, deberes genéricos de comportamiento –que como lo indicamos,

a nuestro juicio son el deber de diligencia y de lealtad-, y reglas intermedias, que son racionalmente dependientes respecto a los deberes generales, pues “su reconstrucción sistemática muestra que son redundantes porque no afectan la posición normativa de sus destinatario” y pueden siempre ser deducidas del deber principal³³⁸. Asimismo, las reglas intermedias son también operativamente autónomas, ya que la infracción a una de éstas permite dar por infringido el deber principal sin aludir a él directamente. Generaría una infracción autónoma y suficiente en sí misma para conformar el primer supuesto a la responsabilidad civil: el hecho ilícito. De modo que tenemos en nuestra LSA y RSA, disposiciones que son codificaciones de los deberes genéricos de comportamiento, y reglas intermedias que especifican un estándar abstracto de comportamiento, tipificando su contenido. Son entonces, racionalmente dependientes pero hacen operativamente autónomo algún aspecto específico del deber genérico en cuestión.

³³⁸ ATRIA, F. Los deberes de los directores de sociedades anónimas frente al régimen general de responsabilidad civil, artículo inédito, 34 y 35 pp.

Agregamos a lo anterior, que atendido lo que hemos indicado en la segunda sección del primer capítulo, la codificación de los deberes genéricos de comportamientos no es ni sistemática ni necesaria, pues como ya lo indicamos, éstos son inherentes al tipo de derecho que ejercen los directores. De modo que, como lo veremos en los párrafos siguientes, en Francia estos deberes no están codificados, pero sí en Chile, aunque podríamos considerar de manera algo críptica.

Por otro lado, en ambas legislaciones se han dispuesto un importante número de reglas intermedias que indican precisas obligaciones de hacer o no hacer, que tal como lo señalamos *supra*, identifican aspectos específicos de los deberes genéricos de comportamiento

Esta primera taxonomía nos permite escindir dos categorías de obligaciones asignadas a los directores, aquellas que son inherentes al tipo de derechos que éstos ejercen y que son en definitiva los deberes genéricos de comportamiento -formuladas o no expresamente por la legislación-, de aquellas obligaciones que son reglas intermedias y establecen estándares de comportamiento específicos racionalmente dependientes de la primera

categoría. En razón de ello, en este capítulo, examinaremos los dos deberes generales de comportamiento –diligencia y lealtad-, en su formulación como deberes genéricos, y sus respectivas reglas intermedias. Como lo veremos en la subsección siguiente, esta calificación normativa tiene una gran importancia en la determinación del tipo de obligación y la configuración de hecho ilícito.

1.2. El tipo obligación en cuestión

Ahora bien, la calificación normativa que acabamos de realizar, si bien ordena el panorama de obligaciones asignadas a los directores -mostrando como lo indica Atria, que a pesar de lo que sostiene nuestra doctrina nacional, que el ordenamiento jurídico chileno no es tan desestructurado como parece³³⁹-, tampoco resuelve en sí la configuración de la noción de hecho ilícito para cada una de estas categorías, pues no indica la manera en que dichos incumplimientos normativos pueden ser caracterizados. Esta cuestión consiste en realidad en determinar la manera

³³⁹ ATRIA, F. Los deberes de los directores ..., cit. 27 p.

en que deberán ser probados dichos incumplimientos, para lo que se ha propuesto utilizar la distinción entre obligación de medios y obligación de resultados³⁴⁰. En efecto, si bien ambas legislaciones en análisis establecen que este régimen de responsabilidad civil es de tipo subjetivo, es decir, requiere por parte de aquel que reclama un daño, acreditar la culpa del director, el examen del funcionamiento de cada una de estas obligaciones muestra una realidad bastante menos binaria de lo que se podría esperar.

La distinción entre las obligaciones de medio y resultado es antigua en la dogmática continental, y fue inicialmente utilizada por Demogue en el ámbito contractual³⁴¹, para extenderse a todo el espectro de obligaciones civiles y comerciales³⁴². A grandes rasgos, esta distinción reside en el contenido mismo de la obligación, que se considera que lo que diferencia estas dos categorías es la precisión con la que es determinada una obligación y, sobre todo, el riesgo *–l'aléa–*. Para las obligaciones de medio, el cumplimiento depende de varios factores concurrentes externos a la

³⁴⁰ MESSAI-BAHRI, S. 2009. La responsabilité ..., 296 p.

³⁴¹ DEMOGUE, R. 1925. Traité des obligations en général. Paris, Rousseau, t. 5, 536 y 644 pp. [en línea] <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6473507n>>

³⁴² TUNC, A. 1964. Chronique sur la classification des obligations. R.T.D.C. (62): 98.

voluntad del ejecutante, por lo que no depende estrictamente de su voluntad. De modo que resulta lógico que se exija de él, que emplee todos los medios posibles para que cumpla con lo requerido, mas no la realización efectiva del objeto de la obligación³⁴³. Al contrario, en las obligaciones de resultado, la realización del objeto de la obligación es probable, y depende en principio únicamente de la voluntad del ejecutante. Así las cosas, en caso de incumplimiento, el deudor será responsable y sólo podrá exonerarse con la prueba del advenimiento de un evento de fuerza mayor o hecho de un tercero³⁴⁴.

En definitiva, para las obligaciones de medios, el demandante deberá siempre probar que el deudor de la obligación no se comportó según el estándar de comportamiento requerido. En cambio en las obligaciones de resultado la victima deberá probar que el objeto de la obligación no fue cumplido, caso en el cual quedará acreditada la infracción.

³⁴³ BÉNABENT, A. 2007. Droit civil, les obligations. 11e éd., Paris, L.G.D.J., n° 407; MALAURIE, P., AYNÈS, L. y STOFFEL-MUNCK, P. 2009. Droit civil, les obligations. 4e éd., Paris, L.G.D.J., n° 941.

³⁴⁴ BÉNABENT, A. 2007. Droit civil,,,. cit. n° 408.

La dogmática reconoce que existen grados en ambas categorías. En las obligaciones de medios en particular, Viney indica que en Francia tanto la ley como la jurisprudencia han establecido tipos de obligaciones de medios de mayor o menor exigencia. Los juzgados han por ejemplo acrecentado el nivel de exigencia para el deudor en el ámbito de la prestación de servicios especialmente sensibles, tales como la custodia de valores y bienes en cajas fuertes³⁴⁵, la organización de paseos ecuestres, o en casos en que el deudor está obligado a la restitución de un bien³⁴⁶, como es el caso de un mecánico, la custodia de un caballo, o servicios de tintorería³⁴⁷. En todos estos casos, la jurisprudencia francesa ha estimado que la obligación de medios que pesa sobre el deudor es más estricta, asemejándose así a las obligaciones de resultados, éstas son, las llamadas obligaciones de medios reforzadas. Esta mayor exigencia puede traducirse o en la alteración del estándar de conducta requerido –respondiendo por ejemplo de la culpa levísima-, o en

³⁴⁵ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 14-23006. En el marco de un contrato de custodia de bienes en cajas fuertes, un cliente se percató que su caja había sido vaciada por un tercero. La Corte indicó que el banco que pone a disposición de un cliente una caja fuerte, tiene una obligación de vigilancia que le impone establecer que ha efectuado todas las diligencias necesarias para controlar su acceso por parte de terceros, aunque éstos hayan tenido llave de la caja fuerte.

³⁴⁶ Por ejemplo en un fallo reciente del 29 de marzo del 2017, Corte de Casación, Sala Comercial, N° 16-12165, en el que una sociedad especializada en venta y reparación de tractores, le presta un vehículo agrícola a otra sociedad que le encargó la reparación del suyo, y entregó el tractor prestado averiado. La Corte indica que pesaba sobre el demandado una obligación de medios reforzada, y para exonerarse de su responsabilidad le correspondía acreditar en autos que no había actuado culposamente.

³⁴⁷ GHESTIN, J., JOURDAIN, P. y VINEY, G. 2013. Les conditions de la responsabilité. 3e Ed., Paris, L.G.D.J., 602 p.

la alteración de la carga de la prueba, gravando el deudor de una presunción de culpabilidad³⁴⁸.

Ahora bien, se ha sostenido que si bien la mayor parte de las obligaciones que le incumben a los directores de sociedades anónimas son de medios, éstos son objeto también de obligaciones de resultado, o al menos de medios reforzadas cuando éstas son suficientemente determinadas o cuando tienen un carácter esencial³⁴⁹. Puesto que en estos casos, el legislador –o eventualmente el regulador- se ha dado el trabajo de detallar con precisión la conducta que se espera del dirigente, o eventualmente prohibir aquellas que considera inaceptables, el dirigente societario no tiene absolutamente ningún poder de apreciación discrecional respecto a su ejecución, las tiene que cumplir plenamente³⁵⁰. Respecto a estas obligaciones entonces, la sólo constatación de su infracción basta para configurar el hecho ilícito, pues el dirigente societario no tiene en principio ningún motivo de exculpación.

³⁴⁸ GHESTIN, J., JOURDAIN, P. y VINEY, G. 2013. Les conditions..., cit. 602 p.

³⁴⁹ MESSAI-BAHRI, S. 2009. La responsabilité..., cit. 310 p.

³⁵⁰ REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand. Paris, L.G.D.J., 53 p

Entran en esta categoría las obligaciones que algunos autores llaman “formales”, y que hemos denominado aquí las obligaciones tipificadas, muchas de las cuales son a la vez normas intermedias, pues dictan un estándar de comportamiento preciso. Dentro de éstas, podemos encontrar las disposiciones relativas a la convocación de las juntas de accionistas, las publicaciones obligatorias, declaraciones tributarias, u obligaciones específicas relativas a las operaciones con partes relacionadas, entre otras³⁵¹. Asimismo, debiera incluirse en esta categoría los estatutos y otras obligaciones contractuales precisas, pues como lo indica el artículo 1103 del C.Civ.fr., estos son como ley para las partes por lo que revisten las mismas características que las normas legales o regulatorias que imponen obligaciones específicas.

Se ha sostenido también que el deber general de lealtad entraría en esta categoría. En efecto, existen algunas obligaciones que por su naturaleza implican fatalmente obtener un resultado, entre las cuales están las

³⁵¹ MESSAI-BAHRI, S. 2009. La responsabilité..., cit. 311 p.

obligaciones de no hacer. No obstante, el deber de lealtad es una obligación de no hacer pues prohíbe a los directores perseguir otro fin que no sea el interés social, en el entendido que el hecho ilícito aquí no radica en el desconocimiento del interés social, sino que en la prosecución de un interés estrictamente personal³⁵². Según lo indicado por Petel, la obligación de lealtad es una obligación de resultados atendido su carácter esencial, pues concierne un mandato dominado por la confianza recíproca que se tienen las partes, y la ausencia de *aléa* que podría volver incierto el resultado esperado ³⁵³. Este razonamiento tendría asimismo fundamentos deontológicos, pues los directores y dirigentes de sociedades en general, ejercen su cargo a títulos de profesionales o expertos en el tema, por lo que la exigencia del respeto a las reglas deontológicas de su profesión es debiera ser aún más acucioso³⁵⁴.

Como quiera que sea, algunos autores franceses han señalado que a pesar del carácter de obligación de resultado que puedan revestir algunas de éstas, podrían acogerse algunas excepciones, tal como lo hace el derecho

³⁵² MESSAI-BAHRI, S. 2009. La responsabilité..., cit. 314 p.

³⁵³ PETEL, P. 1988. Les obligations du mandataire. Paris, Litec, n° 183.

³⁵⁴ MESSAI-BAHRI, S. 2009. La responsabilité..., cit. 314 p.

alemán³⁵⁵. En particular, se podría considerar que el dirigente cuestionado podría exculparse de su responsabilidad en caso de infracción a obligaciones específicas, si la situación jurídica o la jurisprudencia relativa a un tema particular es incierta, y no ha sido definida claramente. El director podría entonces demostrar que su decisión carece de culpa, demostrando que se asesoró con expertos calificados. Pero en términos generales, podría también considerarse que el interés social en determinadas circunstancias pudiese ser considerado como un hecho justificativo a la infracción³⁵⁶. Si bien la incertidumbre jurídica nos parece un motivo razonable para justificar una infracción, acoger el interés social como causa exculpatoria de responsabilidad nos parece azaroso. En primer término porque podría potencialmente abrir un extraordinario canal de desresponsabilización de los directores, creando así un riesgo inaceptable para terceros.

En nuestro país, la doctrina no suele discernir entre las obligaciones asignadas a los directores, en función de la matriz de análisis que acabamos

³⁵⁵ REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 53 p.

³⁵⁶ REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 54 p.

de describir, excepto por las proposiciones del profesor Corral, que sí reconoce dicha distinción con algunos matices que no compartimos necesariamente. Éste identifica en la legislación atinente a las sociedades anónimas, tres grandes bloques normativos, que corresponden a tres tipos de hechos ilícitos³⁵⁷. En primer término, existiría un bloque correspondiente a la responsabilidad por culpa o dolo, fundada en el artículo 41 de la LSA. El segundo bloque atañería a ilícitos correspondientes a supuestos particulares de culpa presunta u objetiva. Al respecto, este autor indica que “varias ocasiones la ley presume la culpa de los directores, de manera que el perjudicado es eximido de la carga de probar la falta de diligencia para reclamar la reparación de los daños. La culpa es presumida en los casos siguientes: i) Si la sociedad no llevare sus libros o registros (art. 45 N° 1 Ley N° 18.046); ii) Si se reparten dividendos provisorios habiendo pérdidas acumuladas (art. 45 N°2 Ley N° 18.046); iii) Si la sociedad ocultare sus bienes, reconociere deudas supuestas o simulare enajenaciones (art. 45 N° 3 Ley N° 18.046); iv) Si los directores se benefician en forma indebida, directamente o a través de otra persona natural o jurídica de un negocio social que, a su vez, irroque perjuicio a la sociedad (art. 45 inc. final

³⁵⁷ CORRAL TALCIANI, H. 2003. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 423 p.

Ley N° 18.046); v) Si la sociedad es disuelta por sentencia judicial ejecutoriada o revocada por resolución fundada de la Superintendencia (art. 106 Ley N° 18.046). Aunque no están formuladas a manera de presunción, parece que además deben asimilarse a ellas los siguientes casos:

vi) Si el directorio incumple su obligación de proporcionar a los accionistas o al público las informaciones que la ley o la Superintendencia determinen (art. 46 Ley N° 18.046); vii) Si uno o más directores tienen interés por sí o como representantes de otro en actos o contratos celebrados por la sociedad, sin que se cumplan los requisitos previstos en el art. 44 de la Ley N° 18.046.

La norma señala que "la infracción de este artículo otorgará a la sociedad, a los accionistas o a los terceros interesados, el derecho de exigir indemnización por los perjuicios ocasionados...", a los directores interesados". El tercer bloque finalmente, correspondería a infracciones normativas o estatutarias, pues según este autor, al tenor del artículo 133 de la LSA, "[L]os que sean considerados culpables de una infracción a alguna de las siguientes fuentes: la Ley N° 18.046, su reglamento, el estatuto social o las normas impartidas por la Superintendencia, son responsables de los daños ocasionados a otro por dicha infracción, sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales o administrativas que correspondan", por lo que

la “responsabilidad que se asigna a los directores en este último caso tiene carácter objetivo, ya que no es necesario probar culpa o dolo en el respectivo director. Basta acreditar la culpa de la sociedad en la infracción y la relación de causalidad entre ésta y el daño. La única excusa liberatoria que es admisible a los directores es que conste su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de la infracción.”³⁵⁸.

La postura del profesor Corral, coincide en cierto punto con la doctrina francesa que hemos expuesto *supra*, y puede tener cierta coincidencia también con aquella propuesta por Atria. No obstante, disentimos de los fundamentos que adopta. En efecto, remitirse al artículo 133 de la LSA crea un mecanismo de muñecas rusas que no resulta funcional. En efecto, en nuestra legislación, contrariamente a la francesa, los deberes generales de comportamiento están expresamente dispuestos en dicho cuerpo normativo, como lo veremos *infra*. De modo que en rigor, este artículo 133 remite a disposiciones que contienen obligaciones específicas es cierto, pero también obligaciones generales de comportamiento como el

³⁵⁸ CORRAL TALCIANI, H. 2003. Lecciones de responsabilidad ..., cit. 293.

deber de lealtad y el deber de diligencia. Asimismo, el artículo 41 que en opinión de Corral sería el fundamento normativo de los deberes de comportamiento generales -y en consecuencia a la responsabilidad infraccional-, remite específicamente a la diligencia, que es una obligación que si bien es transversal, es una entre las muchas otras que le asigna a los directores el cuerpo normativo en comento. En consecuencia, desde un punto de vista normativo, los fundamentos propuestos por el profesor para distinguir entre aquellas obligaciones que derivan en responsabilidad infraccional y aquellas que derivan en responsabilidad por culpa, no resulta del todo funcional.

Para volver a la matriz de análisis que utilizaremos en este capítulo, sostenemos en definitiva que los dos ordenamientos jurídicos comparados en esta investigación contienen evidentemente deberes genéricos codificados o no, y reglas intermedias. Si a esta primera matriz le aplicamos la segunda, podemos constatar por un lado que la naturaleza normativa de estas dos categorías de reglas incide en el tipo de obligación del que se trata. Es decir, como ya lo enunciamos *supra*, las reglas

intermedias tienen como características precisar un estándar de comportamiento que resulta ser un aspecto de un deber genérico. En términos generales, esta característica precisamente es propia de las obligaciones de resultado, pues como lo sostiene la doctrina al respecto, el contenido sustantivo de la obligación no deja espacio a algún margen de apreciación. Podríamos concluir entonces que las reglas intermedias de los ordenamientos jurídicos en estudio son por naturaleza obligaciones de resultado pues son precisamente determinadas en su contenido lo que vuelve sobreabundante toda discusión acerca del carácter culposo de la conducta del agente. No obstante, lo contrario no es del todo cierto, es decir, no es porque algunos aspectos de los deberes generales de comportamiento aquí examinados son obligaciones de no hacer, y por ende, podrían ser considerados obligaciones de resultado, como lo es el deber de lealtad.

Así las cosas, para llegar a una satisfactoria formulación de la noción de hecho ilícito, en las secciones siguientes examinaremos en cada una de estas categorías de deberes, el tipo de obligación del que se trata, según la

taxonomía aquí expuesta. En los párrafos relativos al derecho chileno, presentaremos estos dos tipos normativos en una misma sección, presentando el deber genérico y las reglas intermedias que le están aparejadas.

1. Infracción al deber de diligencia

El deber general de diligencia, como deber genérico, tiene un tratamiento legal distinto en Francia y en Chile, lo que evidentemente tiene la aptitud de influir en su desarrollo jurisprudencial y la articulación normativa de la configuración del hecho ilícito que deriva de él.

En nuestro país, este deber general de comportamiento está codificado en el artículo 41 I de la LSA, que dispone que: “Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones, el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios”. En Francia, no está recogido explícitamente en el *C.Com.fr.* ni en ningún otro cuerpo

normativo, por lo que su construcción es de orden primeramente jurisprudencial, al igual que el deber de lealtad que examinamos *supra*. Esto no es extraño atendida la naturaleza de las funciones de administración de los directores de sociedad anónima, que analizamos en el primer capítulo de esta investigación. En efecto, al ser derechos-funciones, estas prerrogativas de administración tienen dos campos de hechos ilícitos: su ejercicio en un fin distinto al que les corresponde, y su ejercicio defectuoso. Por ello, al igual que lo indica parte de la doctrina francesa respecto al deber de lealtad, tal vez su expresión normativa resulte redundante, atendido que es inherente a la naturaleza misma del derecho ejercido.

3.2. En Francia

Antes de entrar en esta sección, recordamos que según lo expuesto en los párrafos anteriores, el derecho francés será examinado con las categorías que le son propias, elaboradas por la dogmática y la jurisprudencia gala, sin perjuicio que puede que alguna de ellas coincida con la matriz que proponemos para el derecho chileno.

2.1.1. El deber general de diligencia en Francia: un deber implícito pero un estándar de conducta preciso

Ahora bien, en la legislación francesa, no existe ninguna obligación positiva de ejercer estas funciones de manera diligente. Algunos autores consideran que la obligación de comportarse diligentemente en la administración de la sociedad es una evidencia, por lo que su expresión normativa habría resultado redundante. A pesar de ello, la *Cour de Cassation* ha afirmado siempre la existencia de este deber fuera de toda disposición legal expresa³⁵⁹. Así, en un principio, el tribunal supremo galo lo deducía de la interpretación *a contrario sensu* del artículo 99 de la ley del 13 de julio de 1967³⁶⁰, en virtud del cual la jurisprudencia, en caso en que la compañía estuviera en dificultad, obligaba al administrador en cuestión a pagar todo o parte de las deudas societarias, a menos que acredite que había conducido la gestión de la sociedad con el dinamismo y diligencia necesarios. Cuando en 1985, este artículo fue derogado, la jurisprudencia

³⁵⁹ PAILLUSSEAU, J. 1967. La société anonyme ...,cit. 121 p.; SCHOLASTIQUE, E. 1998. Le devoir de diligence..., cit. n° 25; REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 29 p.

³⁶⁰ Que reformó profundamente el C.Com.fr en lo relativo a la regulación de las sociedades anónimas abiertas y cerradas.

francesa no cambio en nada su orientación, y siguió sancionando hechos ilícitos derivados del deber de diligencia³⁶¹.

La omisión normativa positiva se debe tal vez al peso gravitante que ha tenido históricamente en materia de responsabilidad el antiguo artículo 1137 del *C.Civ.fr.*³⁶², que dispone que “La obligación de velar por la conservación de la cosa, con independencia de que el acuerdo tuviese por objeto únicamente la utilidad de una de las partes o la utilidad común, impondrá al obligado el deber de cuidar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia.”³⁶³. Esta referencia ahora anticuada al “buen padre de familia”, este ideal hombre normal, diligente y prudente, es un principio general de la responsabilidad contractual, que estaría subentendido en los antiguos artículos 1382 y 1383 del *C.Civ.fr.*, relativos a la responsabilidad extracontractual³⁶⁴. Trasladado al ámbito societario, este “modelo de referencia”³⁶⁵ correspondería a dirigentes diligentes y activos teniendo en

³⁶¹ SCHOLASTIQUE, E. 1998. *Le devoir de diligence...*, cit. 18 p.

³⁶² Que se encuentra hoy abrogado por la *Ordonnance* n° 2016-131 del 10 de febrero de 2016 que reformó el derecho de los contratos.

³⁶³ Traducción del Código Civil francés al español disponible en el sitio: www.legifrance.gouv.fr

³⁶⁴ CHERCHOULY-SICARD, F. , 1982. *La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour fautes de gestion*. Tesis, Paris.

³⁶⁵ SCHOLASTIQUE, E. 1998. *Le devoir de diligence...*, cit. 152 p.

consideración la época y circunstancias del caso³⁶⁶ o, prudentes, diligentes y activos³⁶⁷.

Ahora bien, respecto al deber de diligencia, lo cierto es que lo antes señalado, como se dice en francés, lo dice todo y no dice nada. Solamente reafirma un estándar de apreciación *in abstracto*, pero como lo indicaron muy justamente Boyer y Roland, el término de diligencia no está definido en ninguna disposición legal, ni en ninguna enciclopedia jurídica, tratado, manual o *répertoire*³⁶⁸.

Con todo, tanto la jurisprudencia como la doctrina, han creado y propuesto algunos elementos estructuradores de la noción del deber de diligencia y cuidado que expondremos a continuación.

³⁶⁶ SCHOLASTIQUE, E. 1998. Le devoir de diligence..., cit. 152 p.

³⁶⁷ GUYON, Y. 2003. Droit des Affaires. Tome 1, Droit commercial général et Sociétés. 12e Ed., Paris, Economica, n° 459.

³⁶⁸ BOYER, L. y HENRI R. 1981. A propos du défaut de diligence. En: Mélanges dédiés à Jean Vincent, Paris, Dalloz, 15 p.

En primer término, en relación específicamente al criterio de apreciación del estándar de comportamiento, algunos autores han indicado que su aplicación por la jurisprudencia no se puede razonablemente realizar sin “absorber” algunos elementos particulares que caracterizan el ejercicio de este tipo de funciones, y en especial, la variante de la calificación profesional³⁶⁹. De modo que, la jurisprudencia de la *Cour* tiende a tomar en particular consideración las competencias del administrador. En efecto, se supone que los administradores nombrados reúnen requisitos mínimos de capacidad intelectual y profesional para ejercer su cargo. Estas competencias pueden ser el fruto o de una formación universitaria, o de la experiencia profesional adquirida. El estándar de comportamiento es más severo a mayor nivel de competencias³⁷⁰. Lo que parece natural puesto que por ejemplo, inexactitudes o errores en documentos contables, debieran ser más fácilmente advertidas por una persona que ha recibido una formación en la materia.

³⁶⁹ CHERCHOULY-SICARD, F. , 1982. La responsabilité civile des dirigeants..., cit.

³⁷⁰ Citados por Cherchouly: TC Seine, 30 diciembre 1921; TC Roubaix, 26 de septiembre de 1956, D. 1957, J, 10; CA Douai, 12 de octubre de 1961, D. 1962, J, 137; Cass. Com. 19 de enero de 1970, D. 1970, J. 479, n. Goré. CHERCHOULY-SICARD, F. , 1982. La responsabilité civile des dirigeants..., cit. 101.p

Por otro lado, la jurisprudencia francesa considera –desde hace varias décadas ya-, que el deber de diligencia impone a los administradores un deber concreto de información³⁷¹. Evidentemente, esta obligación de información debe ser entendida en congruencia con las funciones propias del CdA, que como lo vimos, al tenor de lo dispuesto por el C.Com.fr., éste está a cargo de la administración estratégica y de la supervisión y control de la gestión ejecutiva. Asimismo, es necesario tomar en consideración el carácter esporádico del trabajo de Conseil, lo que presente ciertamente una desventaja en relación al acceso a la información. Así, contrariamente al presidente y al DG que participan en la gestión diaria de la sociedad, que tienen además a su disposición departamentos y ejecutivos especializados que les entregan informes periódicos acerca del estado financiero, o de producción y son frecuentemente asesorados por expertos respecto a temas específicos –abogados, ingenieros, contadores-, los miembros del *Conseil* participan en la gestión de la sociedad fundamentalmente al momento de sus reuniones periódicas, y son dependientes de la información que les brindan los directivos, cuya pertinencia y periodicidad queda a su entera discreción. Además, éstos no tienen derecho a pedir asistencia a expertos

³⁷¹ Paris, 2 de julio 1996, RJDA 12/96, n° 1547; Paris, 7 de febrero 1997, Bull. Joly 1997, p. 480, nota Daigre.

externos a la sociedad³⁷², lo que es un hándicap adicional. De modo que el deber de información exigido a los miembros del CdA es a la vez menos estricto, y menos amplio³⁷³, que el que se le puede exigir a los que han recibido funciones de dirección. Esto es lógico, pues como lo vimos en el primer capítulo, el C.Com.fr. distribuye las funciones de administración entre cada uno de éstos órganos. De modo que cada uno deberá ser responsable del ejercicio de sus funciones específicas, y de reunir la información suficiente para el satisfactorio desempeño de las mismas.

Finalmente, el deber de diligencia implica también una obligación específica de control de la gestión. Evidentemente, este deber es directamente proporcional a las funciones que la ley le otorga a cada órgano. Por ello, los miembros del CdA esta obligación corresponde a la función de control y vigilancia de la actividad de la conducta de los otros

³⁷² REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 32 p.

³⁷³ Algunos autores han sugerido que resultaría conveniente que se implementen mecanismos de información sistemática y periódica del CdA. Así, por ejemplo, el Conseil debiera recibir periódicamente los estados financieros comparativos (para ver las evoluciones que presenta la actividad de la sociedad en el tiempo), la información previsional de los últimos años, análisis de la participación de la compañía en su mercado relevante y su relación con sus competidores, e información sobre la estructura accionarial, política de dividendos, etc. Estos mecanismos de información sistemáticos son a nuestro juicio del todo justificados e incluso necesarios, tanto en Francia como en nuestro país. En efecto, la mejor manera de estar desinformado es no pedir información, lo que, como lo veremos *infra*, es una situación que tiene la aptitud de organizar una des-responsabilidad institucional perjudicial, tanto para la sociedad en sí, como para el mercado en general. Ver: SCHOLASTIQUE, E. 1998. Le devoir de diligence..., cit. 152 p.

órganos de la sociedad³⁷⁴. Al respecto, no resulta admisible para la *Cour de Cassation* que el CdA profese una confianza ciega en los otros órganos de la compañía³⁷⁵, de modo que cualquier mínimo indicio de irregularidad o hecho sospechoso debe motivar un control acentuado. Fue el caso por ejemplo, de una comentada sentencia de la *Chambre Commerciale* de la *Cour de Cassation* del año 2010³⁷⁶, que concernía una sociedad anónima abierta, que ofertaba sus valores al público. La compañía había conocido severos problemas financieros, por lo que se había acogido a un procedimiento concursal, y había posteriormente perdido el derecho a ofertar sus valores al público. En el contencioso que motivó la sentencia, había sido demandado el P-DG y tres miembros del CdA, en contra de los que los accionistas de la sociedad habían formulado tres reproches. Los dos primeros decían relación con una presentación deliberadamente errada de los estados financieros de la sociedad y lo omisión voluntaria de información susceptible de mermar la imagen de la sociedad puesto que aparecían ser contradictorios con los estados financieros inexactos, que según ellos, los había incitado a adquirir valores de la sociedad en cuestión,

³⁷⁴ REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 33 p.

³⁷⁵ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 91-20735 .

³⁷⁶ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 08-21547.

y conservarlos, lo que naturalmente, les había provocado un perjuicio patrimonial. Al respecto, la demanda indicaba que el error en los estados financieros era debido a la implementación de un nuevo método de contabilidad –al parecer más sofisticado-, que la sociedad no tenía los medios para aplicar correctamente. El reproche aquí era implícitamente una falta de cuidado y diligencia, en la confección de los estados financieros de la sociedad. Sin embargo, la *Cour*, confirmando el fallo de segunda instancia, indicó que el hecho ilícito no radicaba a propiamente tal en la implementación defectuosa de un nuevo sistema de contabilidad, sino que en la disimulación intencional de información menos positiva relativa al estado financiero de la sociedad, lo que es más bien característico de una falta de lealtad que de diligencia. El tercer reproche concernía la difusión de información incompleta, tanto a los accionistas como al mercado en general, hecho cuya responsabilidad le correspondía indubitablemente al P-DG. El comportamiento de éste caracteriza sin lugar a dudas también una falta de lealtad. Pero respecto a la situación específica de los miembros del CdA, la *Cour* indicó que a pesar de no haber tenido una participación directa en la difusión de esta información, los administradores tienen la obligación de debatir acerca de las dificultades de la sociedad de las que

tengan conocimiento, por lo que no podían razonablemente argüir haber ignorado que el P-DG estaba difundiendo información inexacta, atendido en particular que era de conocimiento público que la implementación del nuevo método de contabilidad que habían adoptado había causado problemas en otras sociedades en la misma situación.

Con todo, es dable reconocer que ni la jurisprudencia ni la doctrina gala han hecho particular esfuerzo de sistematización de los criterios que se utilizan para reconocer estos indicios de irregularidades que debieran motivar los dirigentes a solicitar mayor información y enterarse con más detalle de la situación de la sociedad. Al contrario, el derecho anglosajón lo ha tratado con mayor rigurosidad, por lo que nos parece pertinente hacer una breve referencia a éste. En Estados Unidos de América en particular, tanto la doctrina como el foro reconocen expresamente el legítimo derecho de los dirigentes societarios a confiar en sus delegatarios y subordinados³⁷⁷. Esto es una necesidad organizacional, puesto que se considera que aquellos órganos que delegan no pueden razonablemente ejercer un control

³⁷⁷ PERKINS, R. B. 1986. The ALI Corporate Governance Project in Midstream. *The Business Lawyer*, 1195-1235 p.

permanente y estricto sobre los delegatarios sin perjudicar el funcionamiento de la sociedad. No obstante, éstos no pueden garantizar que las personas que han razonablemente elegido y nombrado, y regularmente controlado sean absolutamente honestas y competentes³⁷⁸. De modo que en derecho anglosajón, y en derecho francés en cierta medida, este legítimo derecho a la confianza desaparece en circunstancias en que hayan existido motivos de sospecha tangibles. Al respecto, el American Law Institute ha señalado que dichos indicios varían según el tamaño de la sociedad, la complejidad de las operaciones, las competencias del dirigente en cuestión, y factores interpersonales que determinan las relaciones humanas dentro del aparato administrativo de la sociedad³⁷⁹. Así, son indicios de sospecha las alertas formales que pueden haber recibido los administradores, por parte de profesionales asesores respecto o a la existencia de irregularidades o de dificultades financieras. En estos casos, se configuraría el hecho ilícito por el hecho de haber permanecido pasivo, y no haber buscado mayor información respecto al problema en cuestión³⁸⁰. También se considera que existen indicios evidentes que son de naturaleza a alertar los dirigentes,

³⁷⁸ BAILEY, A. y KNEPPER, W. 1988. Liability of Corporate Officers and Directors. 5a Ed., (s.l.), LexisNexis, 109 p.

³⁷⁹ REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 233 p.

³⁸⁰ REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 235 p.

como por ejemplo, que uno de los dirigentes haya tenido una dudosa trayectoria profesional, que era de conocimiento público e incluso había aparecido en la prensa.

2.1.2. El hecho ilícito derivado de la infracción al deber de diligencia, o la *faute de gestion*

Ahora bien, respecto específicamente al hecho ilícito que deriva de la infracción al deber de diligencia, el derecho francés lo presenta clásicamente en dos categorías, una correspondiente a las sociedades *in bonis*, es decir, en aquellas empresas que no tienen dificultades económicas que acarreen consecuencias jurídicas, y aquellas sociedades que están en situación de liquidación judicial. Esta distinción se funda en lo dispuesto por el artículo L. 651-2 del C.Com.fr. que indica que en caso en que la sociedad en liquidación judicial, carezca de suficientes activos para hacer frente a sus deudas, si se establece que la falta de diligencia en la gestión de algunos de los dirigentes ha contribuido a crear esta situación, éste deberá

compensar con su patrimonio personal esta insuficiencia. Sin embargo, sin perjuicio de que efectivamente la disposición en comento se refiere a la noción de *faute de gestion*, que como lo veremos es la denominación genérica que recibe el hecho ilícito derivado de la infracción al deber de diligencia, lo cierto es que se trata aquí de un régimen de responsabilidad especial, distinto del régimen general aplicable a las sociedades que no están en situación de liquidación. Por ende, la noción de hecho ilícito derivado de este régimen es fundamentalmente distinta al del general, por lo que lo presentaremos en una sección distinta.

Como quiera que sea, en Francia en términos generales, el hecho ilícito derivado de la infracción al deber de diligencia es llamado *faute de gestion*, es decir, literalmente, falta de gestión. Esta es una noción compleja, cuya definición no es pacífica para la doctrina, que suele no estar de acuerdo con los criterios establecidos por la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*.

Esta Corte tiende en efecto a considerar que este ilícito debe definirse en base a las funciones de administración que cada cual ejerce en la sociedad³⁸¹. Este es un criterio orgánico³⁸², que a nuestro juicio, aporta certeza jurídica a los que ejercen este tipo de cargos. Inicialmente, la jurisprudencia exigía para la calificación, que la conducta haya sido una falta de gestión *stricto sensu* o una falta cometida con ocasión de actos de gestión³⁸³. Este criterio de calificación no era del todo satisfactorio, puesto que como lo vimos, algunos de los órganos de la sociedad anónima no tienen funciones de gestión a propiamente tal, sino que están destinados a controlar y vigilar la gestión de los otros. Por ello, la *Cour* admitió finalmente, que es falta de gestión todo acto ilícito que haya sido cometido en el ejercicio de las funciones de los dirigentes, aunque no sea a propiamente tal un acto de gestión³⁸⁴. De modo que, actualmente, la Corte de Casación francesa extiende la noción de *faute de gestion* a conductas perpetradas al momento de la constitución de la sociedad³⁸⁵ o la fijación de inicial de remuneraciones desproporcionadas atendidos los resultados

³⁸¹ CHERCHOULY-SICARD, F. , 1982. La responsabilité civile des dirigeants..., cit. 92 p.

³⁸² LE CANNU, P. y DONDERO, B. 2014. Droit des sociétés ..., cit. n° 459.

³⁸³ Cass. Com., 12 de junio de 1978, Rev. Sociétés 1979, p. 307, nota Sortais, Jean Pierre.

³⁸⁴ Cass. Com. 20 de junio del 2000, Bull. Joly Sociétés 2000, 231 y Cass. Com. 30 de octubre del 2000, Bull Joly Sociétés 2001, 5, nota Daigre.

³⁸⁵ Cass. Com. 19 de marzo de 1993, D. 1995, p. 840, nota Briguier. En esta sentencia en particular, se sanciona la decisiones de inversiones inadaptadas o excesivas, teniendo en cuenta sus condiciones previsibles de financiamiento, al momento de la creación de la sociedad.

provisionales de la sociedad³⁸⁶, entre otros. Sin embargo, lejos de cernir la noción de *faute de gestion*, esta política jurisprudencial la extiende aún más, creando más incertidumbre al respecto. Además, esto supone que las funciones de cada órgano estén muy claramente definidas, lo que no es siempre evidente en las organizaciones. En definitiva, esta definición no aporta ningún indicio respecto al contenido de la noción, es decir, el hecho ilícito sigue siendo la falta de diligencia en el cumplimiento en tal o cual función. Se ha criticado que este “dinamismo” conceptual ya que en definitiva, su apreciación no puede ser separada del contexto histórico, social y económico del momento en que la conducta es apreciada. El juez toma en cuenta en particular la evolución de los comportamientos y las sensibilidades colectivas por lo que un comportamiento puede perfectamente ser lícito en el pasado, e ilícito hoy³⁸⁷.

Como lo indicamos, la doctrina tiende a disentir con estos criterios ofrecidos por la jurisprudencia, sin tampoco ofrecer realmente una definición precisa o al menos unitaria de esta noción. Así, algunos autores

³⁸⁶ CA Rennes, 13 de diciembre 1995: Juris- Data N° 1995-052352.

³⁸⁷ MESSAI-BAHRI, S. 2009. La responsabilité..., cit. 60 p. Esta autora indica en particular, que la calificación del hecho ilícito ha sido recientemente particularmente voluble en materia medioambiental y salud pública.

consideran que la *faute de gestion* no puede ser definida de manera homogénea y sería por lo tanto proteiforme. Así por ejemplo, Freyra indica que las *fautes de gestion* pueden ser penalmente castigadas o no; cometidas puntualmente con ocasión de una operación determinada -como la celebración de un contrato particular-, o extenderse en el tiempo -como lo podría ser una estrategia de gestión más o menos larga-; pueden ser actos positivos o pasivos como actos de omisión de intervención; pueden concernir la actividad de control o la actividad de gestión de los negocios, etc.³⁸⁸ Es decir, al estar compuesta de distintas y numerosas conductas más o menos reprehensibles, sin que tengan necesariamente puntos en común, el espectro de esta categoría de hecho ilícito es amplísimo por lo que no tiene criterios reconocibles³⁸⁹.

Otros autores consideran que lo que caracteriza la falta de gestión, es la violación al interés social. Hadji-Artinian indica que esta noción opera como un criterio de globalización. Es decir, el análisis de los

³⁸⁸ FREYRIA. C. 1996. Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise. En: Mélanges BOYER, Toulouse, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse. 190 p.

³⁸⁹ En realidad Freyria sostiene, sin mucha convicción y de manera bastante contradictoria, que todas estas conductas tienen un punto en común: no hubiesen sido cometidas por dirigentes diligentes. Convengamos que no es un criterio especialmente riguroso. Ver: FREYRIA. C. 1996. Libres propos sur la responsabilité ..., cit. 190 p.

comportamientos se ejerce en relación a una serie de datos orientados al interés superior de la persona jurídica que conforma la sociedad. Garantiza un estándar mínimo de comportamiento, que permite solucionar crisis entre los diversos órganos societarios. Éstos debieran cumplirlo como un imperativo de conducta, una regla deontológica o incluso, moral³⁹⁰. Esta definición de la *faute de gestion* apreciada en relación al interés social tendría su fundamento en el carácter legal/institucional de las funciones de cada órgano de gestión de la sociedad. Es decir, puesto que es la ley la que determina –como lo vimos *supra*-, las funciones de cada uno de los órganos en cuestión, éstas devienen entonces institucionales. Por consiguiente, los dirigentes societarios no tienen ningún lazo de orden contractual con los accionistas, por lo que no son, en rigor sus representantes en la sociedad. El interés social entendido como el interés de la persona jurídica, es el criterio de apreciación y de control de este poder legal³⁹¹. Ahora bien, esta definición supone evidentemente aprehender el interés social bajo su perspectiva institucionalista, lo que determina ya una opción. Por ello, una corriente doctrinal alternativa, cercana a las posturas del profesor Schmidt

³⁹⁰ COZIAN, M. VIANDIER, A. y DEBOISSY, F. 2003. Droit des sociétés ..., cit. n° 466.

³⁹¹ DUCOULOUX-FAVARD, C. 1997. Notes de leçons sur le contrat social, D. 1997, chron. P. 319 y s.

que concibe el interés social como el interés común de los accionistas³⁹², sostiene que el criterio de calificación de la *faute de gestion* radica en la noción de interés de la empresa común, la que corresponde en realidad al interés común de los accionistas a largo y a corto plazo³⁹³. Ahora bien, la disparidad de la noción de interés social, que sirve de criterio de calificación del hecho ilícito dificulta la definición del mismo. Es necesario entonces, optar *ex ante* por la noción de interés social que se va aplicar como criterio de apreciación, con todas las incertidumbres por cierto, que esto conlleva.

Otros autores preconizan que el criterio de calificación de la falta de gestión sea la decisión empresarial. Fundan su posición en la distinción que hace la misma ley, entre las infracciones a la ley, a los reglamentos y a los estatutos, y las faltas de gestión³⁹⁴. Acorde a esta disposición, los actos jurídicamente irregulares perpetrados por los dirigentes de empresas caen en las dos primeras categorías, siendo las faltas de gestión una categoría autónoma. Asimismo, las conductas que violan el deber de lealtad también

³⁹² Ver *supra*.

³⁹³ BISSARA, P. 1999. L'intérêt social. Rev. Sociétés 1999, 5 p.

³⁹⁴ Artículo 225-251 del C.Com.fr.

deben ser disociadas de la falta de gestión³⁹⁵. Por consiguiente, esta categoría de hecho ilícito tiene una definición mucho más estrecha, que dice relación solamente con los actos realizados en la esfera de los negocios de la sociedad³⁹⁶.

A nuestro parecer, si bien es necesario que la aplicación de la noción de *faute de gestion* guarde cierta plasticidad en su aplicación, las definiciones amplias, sean estas orgánicas o relacionadas con el interés social, carecen un tanto de rigurosidad y no se ajustan a la articulación normativa francesa. En efecto, como ya lo hemos indicado, el artículo L. 225-251 del *C.Com.fr.* dispone que, los dirigentes societarios serán responsables de tres categorías de conductas ilícitas: la violación de la ley y reglamentos, la violación de los estatutos, y las *fautes de gestion*. Las dos primeras categorías pueden reunirse en una, ya que, como lo disponía el antiguo artículo 1134 del *C.Civ.fr.* –cuyo primer inciso fue integralmente retomado por el nuevo artículo 1103 de este cuerpo normativo reformado–, los contratos son ley para las partes por lo que un estatuto tiene el mismo

³⁹⁵ REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 66 p.

³⁹⁶ REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 66 p.

valor. De modo que, el legislador ha dissociado los ilícitos derivados de la violación a obligaciones específicas establecidas en el derecho vigente, de aquel ilícito especial que deriva de la falta de diligencia y cuidado en el ejercicio de las funciones. En esta categoría, el dirigente cuestionado no ha infringido ninguna disposición específica ni incumplido ninguna obligación de hacer o no hacer positivamente expresada, pero ha ejercido sus funciones de manera defectuosa. De modo que, consideramos que los ilícitos correspondientes a la primera categoría no debieran ser parte de la noción de *faute gestion*.

Ahora bien, sostenemos que tampoco resulta satisfactorio considerar que este ilícito se extiende solamente al ámbito de las decisiones de gestión de negocio, o decisiones empresariales. Esto pues, como lo indicamos anteriormente, las funciones generales de administración que recaen en los distintos órganos de la sociedad comprenden tres grandes categorías: la dirección efectiva, que corresponde a la gestión de los negocios societarios, la vigilancia y control de las primeras y asuntos societarios en general, y administración estratégica. Por consiguiente, en las sociedades anónimas

que se han dotado de un gobierno corporativo monista, si restringimos la *faute de gestion* solamente a las decisiones empresariales, que dicen relación con la gestión de los negocios, amputamos la noción de la segunda categoría de funciones que refieren a la vigilancia y control. Sin embargo, el defectuoso ejercicio de esta segunda categoría no corresponde tampoco a los ilícitos derivados de la infracción de normas positivas y estatutos, por lo que en rigor, no habría disposición legal que indicara su ilicitud. No debieran ser entonces generadoras de responsabilidad, lo que, evidentemente, no puede haber sido la intención del legislador.

2.1.2.1. Los límites de la noción de *faute de gestion*

Como lo vimos entonces, el hecho ilícito derivado de la infracción al deber de diligencia –llamado en Francia *faute de gestion*–, tiene una definición jurisprudencial muy amplia, apegada a un criterio orgánico que dice relación con las funciones que cumple cada dirigente societario. No obstante, la *Cour de Cassation* ha limitado esta noción en cuanto a la

configuración misma de hecho ilícito, y en cuanto a su aptitud a generar responsabilidad personal. Asimismo, un sector de la doctrina ha preconizado la adopción de un criterio similar al muy anglosajón *Business Judgment Rule*, proposición que no ha tenido mucho éxito por cierto a nivel jurisprudencial pero que a nuestro juicio merece ser examinada.

2.1.2.1.1. Respecto a las funciones relativas a la vigilancia y control: el fraude imparable

En las secciones anteriores, indicamos que la jurisprudencia francesa –por probable inconfesada influencia del derecho norteamericano- reconoce en cierta medida la existencia del principio de legítima confianza para la apreciación del eventual carácter ilícito del ejercicio de las funciones de vigilancia y control de los delegatarios y subordinados. Pero indica también, que la delegación de funciones no significa bajo ningún caso abdicación de la responsabilidad respecto a éstas. Sin embargo, también ha señalado en algunas ocasiones, que ciertas conductas de funcionarios y o subordinados

son imposibles de detectar para los dirigentes societarios, o requieren la movilización de recursos demasiados importantes, por lo que revisten el carácter de fraude imparable³⁹⁷.

En términos generales, según Redenius-Hoevermann, se ha exonerado a los dirigentes en circunstancias en que, por ejemplo, la adulteración de los estados financieros no pudo haber sido descubierto sino con una investigación que suponía profundos conocimientos de contabilidad³⁹⁸, o cuando incluso agencias públicas de investigación no habían podido descubrir malversaciones realizadas por directivos³⁹⁹.

A nuestro juicio, resulta razonable reconocer que existen situaciones en las que efectivamente la detección de ilícitos cometidos por funcionarios o subordinados resulta imposible para los dirigentes que ejercen las funciones de control. Sin embargo, éstos deben ser casos muy calificados,

³⁹⁷ Cass. Com., 10 de mayo de 1948, D. 1948, J, 407.

³⁹⁸ En un sentido similar, pero respecto a la responsabilidad de un auditor externo de una sociedad, que no advirtió un fraude perpetrado por el P-DG de la sociedad, en razón de “las modalidades” que éste había revestido, que lo hacían inescrutable incluso para un experto: Cour d’Appel de Lyon, nº 2002/01467.

³⁹⁹ REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 236 p.

en los que éstos efectivamente, no tenían absolutamente ningún indicio respecto a la irregularidad de la situación. En efecto, sostenemos que el argumento de defensa tantas veces invocados por parte de los administradores, de la total ignorancia de la perpetración de conductas ilícitas de sus delegatarios, sólo resulta aceptable en esta única hipótesis en que las conductas ilícitas revestirían un tal nivel de sofisticación, que hayan sido totalmente indetectables. Como lo veremos en la parte chilena de esta sección, en nuestro país este es un tema central en el que ha habido poca reflexión.

2.1.2.1.2. Respecto a la generación de responsabilidad personal: la *faute détachable des fonctions*

Este no es un límite que opere a nivel de la calificación del hecho ilícito a propiamente tal, sino que en las consecuencias que la comisión de este ilícito tendrá para el dirigente cuestionado.

En términos generales, en derecho francés, desde al menos mediados del siglo XIX⁴⁰⁰, la comisión de un hecho ilícito por parte de un dirigente societario comprometía su responsabilidad personal respecto a eventuales daños que le haya causado a terceros. Este principio no conoció ninguna limitación, hasta la década de los 60, periodo en el que la *Cour de Cassation* dictó una serie de sentencias en las que, en caso de ser éstos condenados personalmente, indicó expresamente el carácter “personal” de la culpa. Asimismo, otra serie de fallos dictados por el Tribunal supremo en esa misma época, rechazó la responsabilidad personal de los dirigentes, atendido que la conducta reprochable se ceñía en el marco normal de sus funciones, sin intentar abusar de la persona jurídica para disimular una actividad personal, o simplemente indicando que no había aquí una falta o culpa personal⁴⁰¹. Esta mutación jurisprudencial toma directa inspiración del concepto administrativo de *faute détachable*, destinada en su origen a darle protección a los diferentes cuerpos de funcionarios con el manto del Estado o de las colectividades públicas. La finalidad de esta jurisprudencia administrativa no era tanto crear una responsabilidad del Estado a propiamente tal sino que proteger a los abnegados funcionarios públicos

⁴⁰⁰ REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 91.

⁴⁰¹ GHESTIN, J., JOURDAIN, P. y VINEY, G. 2013. Les conditions ..., cit. n° 857.

que cumplen funciones ingratas, de demandas intempestivas y oportunistas⁴⁰².

Pero sin duda el giro jurisprudencial decisivo fue dado por la conocida sentencia *Lepoivre*⁴⁰³, en la que había sido interpuesta una demanda en responsabilidad civil en contra de un P-DG por parte de un tercero a la sociedad, en el marco de una operación contractual en la que este dirigente habría realizado en nombre de la sociedad, actos ilícitos. La Corte de Apelaciones acogió la demanda en indemnización de perjuicios, reteniendo la culpa personal del dirigente en cuestión. La *Cour de Cassation* censuró el fallo de segunda instancia, indicando que ésta carecía de base legal, pues el hecho ilícito –que se había acreditado– no había sido cometido por el P-DG fuera del ejercicio de sus funciones. Este nuevo razonamiento se sostiene en la idea de representación legal, en virtud de la cual el dirigente que comete un acto ilícito, en principio lo hace por cuenta y en nombre de la sociedad que representa. De modo que si actúa culposamente en el ejercicio de sus funciones, lo hace –salvo excepción–

⁴⁰² BARBIERI, J.-F. 2003. Responsabilité civile des personnes morales et de leurs dirigeants: précisions sur les contours de la “faute separable”. *Revue des Sociétés*, 2003, 479 p.

⁴⁰³ Cass. Com. 4 de octubre de 1988, *Revue des sociétés*, 1989. P. 213, nota Viandier.

por cuenta de la persona jurídica que representa. Asimismo, se sostuvo en su momento, que esta nueva solución jurídica tenía también una motivación económica, puesto que en caso en que la sociedad esté en buen estado financiero *–in bonis–*, era mucho mejor para efectos de resarcimiento de la víctima, demandar a la persona jurídica que demandar a sus representantes⁴⁰⁴.

La *Cour* ratificó su posición más explícitamente en una sentencia de la *Chambre Commerciale* del año 1998, en la que, para exculpar a un dirigente, indicó que la responsabilidad de éstos respecto a terceros, sólo puede ser acogida si ha cometido una conducta ilícita separable de sus funciones que le pueda ser imputable personalmente⁴⁰⁵. Finalmente, en el año 2003, terminó por hacer caso a las acérrimas y reiteradas críticas de la doctrina en contra de esta nueva noción⁴⁰⁶, y precisó su definición indicando que son hechos ilícitos (*fautes*) separables de las funciones, todas

⁴⁰⁴ BARBIERI, J.-F. 2003. Responsabilité civile ..., cit. 479 p.

⁴⁰⁵ Cass. Com., 28 de abril de 1998, Rev. Soc. 1998, p. 767, nota Saintourens.

⁴⁰⁶ REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 94 y 95 pp.

las conductas que revisten un carácter de particular gravedad, incompatible con el ejercicio normal de las funciones societarias⁴⁰⁷.

Conforme a esta definición entonces, la *faute de gestion* es un hecho ilícito cuya aptitud a generar responsabilidad civil varía. Respecto a la sociedad y los accionistas, es generador de responsabilidad personal en todos los casos en que la conducta haya sido caracterizada conforme a los criterios establecidos por la *Cour de Cassation*. Respecto a terceros, la *faute de gestion* solamente es generadora de responsabilidad personal del administrador si reviste los caracteres de intencional y de particular gravedad, incompatible con el ejercicio de las funciones de administración.

Este es una importante limitación en la noción de hecho ilícito derivado de la infracción al deber de diligencia, que por cierto, ha sido ásperamente criticada por gran parte de la doctrina francesa, y con justificada razón. En efecto, resulta a nuestro juicio bastante evidente que esta clasificación es incoherente con respecto al artículo L. 225-251 del

⁴⁰⁷ Cass. Com. 20 de mayo de 2003, Bull. Joly Sociétés, 1 de julio de 2003, n° 7, p. 786.

C.Com.fr., que no establece ninguna distinción de ninguna especie⁴⁰⁸. Por ende, si como se dice en español, “donde la ley no distingue no le es dado al intérprete distinguir”, esta categorización podría ser considerada *contra legem*. Al respecto, algunos autores han señalado que la ley y la jurisprudencia estarían divorciadas sobre este punto⁴⁰⁹. Concordamos en este punto con la doctrina francesa, en cuanto la noción de *faute détachable* es perniciosa y no tiene ninguna justificación válida que la apoye. En efecto, el intento de separación entre las fuentes de responsabilidad –estos es, entre aquella que le incumbe a la sociedad y aquella que le incumbe al administrador personalmente-, se convirtió finalmente en un extraordinario canal de exoneración de responsabilidad personal de los directores, que ha llegado a diversos excesos⁴¹⁰.

No ahondaremos más en este tema, pues si bien es una construcción jurisprudencial interesante, no tiene a nuestro juicio ningún eco en el

⁴⁰⁸ WESTER-OUISSE, V. 1999. Critique d’une notion imprécise: la *faute* du dirigeant de société separable de ses fonctions, D. Aff. 1999, 782 p.

⁴⁰⁹ CHERCHOULY-SICARD, F. , 1982. La responsabilité civile des dirigeants..., cit. 95 p.

⁴¹⁰ BARBIERI, J.-F. 2003. Responsabilité civile ..., cit. 480 p.

ordenamiento jurídico chileno, por lo que no es una categoría que sea particularmente constructiva para esta investigación.

2.1.2.1.3. Respecto a las funciones relativas a la gestión de negocios: la *Business Judgment Rule*

Además de las limitaciones formuladas por la jurisprudencia, que indicamos en las secciones anteriores, cierto sector de la doctrina aboga por la recepción en derecho interno, al menos por vía jurisprudencial, de la noción anglosajona de *business judgment rule*⁴¹¹. Conforme a esta regla, en Estados Unidos por ejemplo, se le reconoce al dirigente societario un margen de apreciación discrecional en lo que concierne específicamente las decisiones empresariales, es decir, los actos de gestión en su sentido más estricto. De modo que, en lo que respecta este tipo de decisiones, los tribunales norteamericanos evitan evaluar la conducta de los dirigentes, en consideración a que en primer lugar, no tienen las competencias necesarias en materia empresarial como para sustituir su criterio al de los

⁴¹¹ REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 54 p.

profesionales. Asimismo, consideran que un cierto nivel de riesgo resultaría saludable para la sociedad, por lo que si los dirigentes societarios se vieran expuestos a sanciones por decisiones empresariales riesgosas u osadas, esto tendría un efecto económico contraproducente y crearía un incentivo a la pasividad⁴¹².

Así, algunos autores preconizan la adopción de un principio equivalente al *business judgment rule* en derecho francés, que denominan *la règle du bon sens commercial*, que podríamos traducir como la regla de la adecuación comercial⁴¹³. Sin embargo, los mismos partidarios de esta nueva regla advierten que existen dos problemas estructurales a la adopción de la misma en derecho galo.

En primer lugar, la *business judgment rule* se inserta en un sistema de responsabilidad civil de los dirigentes societarios, que, en su estructura presenta importantes diferencias. En Estados Unidos, los tribunales de

⁴¹² REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 55 p.

⁴¹³ REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 68 p.

justicia presumen que los dirigentes que toman una decisión respecto a los negocios de la sociedad, actúan de manera desinteresada, plenamente informada, de buena fe, y en la honesta creencia que esta decisión es la mejor para la sociedad. Esta presunción de licitud de las conductas de los dirigentes sociales solamente puede ser revertida por la prueba de una negligencia grave de su parte, lo que traslada la discusión entonces al terreno de la prudencia requerida⁴¹⁴. Sin embargo, por un lado, el derecho francés no reconoce ninguna presunción de licitud en favor de los dirigentes societarios, y por otro, en derecho francés de la responsabilidad civil, domina el principio que toda falta o culpa es generadora de responsabilidad. El artículo L. 225-251 del C.Com.fr. en particular, no indica ninguna graduación de la culpa, y no exige que ésta sea grave o dolosa, por lo que una culpa leve puede ser suficiente⁴¹⁵. De modo que, a nuestro juicio, la *business judgment rule* no es trasplantable al estatuto de responsabilidad civil en estudio francés, y probablemente tampoco al chileno, como lo veremos en las secciones siguientes⁴¹⁶.

⁴¹⁴ RIGGS, J. 2000. Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain. *Gazettes du Palais*, 5 de diciembre del 2000, N° 340, 62 p.

⁴¹⁵ REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. *La responsabilité ...*, cit. 70 p.

⁴¹⁶ No es trasplantable, pero sí podría ser eventualmente adaptable, pero en ese caso, dejaría de ser la original para convertirse en otra noción *sui generis*.

2.1.3. La *faute de gestion* en la sociedad en liquidación judicial, una noción autónoma

El artículo L. 651-2 del C.Com.fr., dispone que, en caso en que la sociedad carezca de suficiente activo para hacer frente a sus deudas, si se establece que una *faute de gestion* cometida por un dirigente societario ha contribuido a esta carencia, éste deberá compensarla, con su patrimonio personal.

Ahora bien, a pesar de lo que parecen entender algunos autores⁴¹⁷, no habría una categoría de *faute de gestion* para las empresas *in bonis*, y otra para las empresas en dificultad. El deber de diligencia en el ejercicio de las funciones de los dirigentes societarios es en principio el mismo, sea cual sea el estado financiero de la sociedad. Lo que establece la disposición citada, es un régimen de responsabilidad específica independiente del régimen general, en el que el hecho ilícito es una especie de infracción al deber de diligencia, que tiene algunas características comunes con la noción de *faute*

⁴¹⁷ SCHOLASTIQUE, E. 1998. Le devoir de diligence ..., cit. 47 p.

gestion que acabamos de examinar. Es por ello, que a nuestro juicio, resulta incorrecto describir este hecho ilícito como una subcategoría de la noción correspondiente al régimen general. Esta es una noción correspondiente a un hecho generador de responsabilidad de otro régimen.

Este régimen en cuestión es específico a los procedimientos de insolvencias y quiebras, y como tal, sólo puede recibir aplicación en caso en que la sociedad esté en estado de liquidación judicial declarada. Tiene como objeto compensar la falta de activos en el patrimonio de la sociedad a la que una deficiente gestión de uno o varios de los dirigentes ha contribuido. La relación de causalidad entre el daño –la falta de activos al momento de la liquidación-, y el hecho ilícito –infracción al deber de diligencia-, es más tenue que en el régimen general, pues solamente requiere que éste haya contribuido al daño, mas no que lo haya producido de manera exclusiva. De modo que la *Cour de Cassation* ha indicado que un dirigente puede ser

condenado aun si la falta de diligencia en su gestión es sólo una de las causas de la insuficiencia de activos⁴¹⁸.

Respecto al hecho ilícito en sí, éste efectivamente es señalado en el artículo 651-2 del *C.Com.fr.* como una *faute de gestion*, pero sus criterios de calificación son distintos a los de la noción general. De partida, no es cualquier falta de diligencia la que será ilícita aquí, sino solamente aquellas que hayan contribuido a la insuficiencia de activo. En el entendido en que éste es su criterio de reconocimiento, se ha sostenido que existirían tres categorías de este tipo de hecho ilícito. En primer término, caracteriza un hecho ilícito en este régimen especial de responsabilidad, el incumplimiento a las reglas legales que enmarcan la gestión de una empresa, que por su naturaleza contribuyen a la insuficiencia de activos⁴¹⁹. Esto resulta en nuestro sentido contradictorio con el carácter autónomo que le ha conferido el artículo L. 225-251 del *C.Com.fr.* a la noción de *faute de gestion*. No obstante, esto no debe sorprendernos pues como lo indicamos, se trata aquí

⁴¹⁸ Corte de Casación, Sala Comercial, nº 95-18510; Corte de Casación, Sala Comercial, nº 98-15129 y Corte de Casación, Sala Comercial, nº 04-12087

⁴¹⁹ DEMEYRE, D. 2013. Les fautes de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux. Gazette du Palais, 6 de abril de 2013, nº 96, 13 p.

de otro régimen de responsabilidad, por lo que resulta esperable que el hecho ilícito generador de responsabilidad sea de diferente. Habitualmente, la jurisprudencia consigna en esta categoría, conductas penalmente reprehensibles⁴²⁰, e incumplimientos a obligaciones legales relativas a la contabilidad⁴²¹.

Luego, la segunda categoría de este ilícito, refiere a los errores de apreciación de la gestión de la sociedad que pueden haber generado la insuficiencia de activos. Estas conductas reprochables no son necesariamente contemporáneas a la crisis de la sociedad –momento de la cesación de pago o de la declaración de liquidación-, pueden haberse perpetrado en cualquier momento de la existencia jurídica de la sociedad, desde su constitución en adelante. El criterio de calificación aquí, es claramente la contribución a la insuficiencia de activos, por lo que las conductas posibles son muy variables. Así, la *Cour de Cassation* ha indicado que resulta ilícito no haber convocado a la junta de accionistas

⁴²⁰ Ver, por ejemplo: Corte de Casación, Sala Comercial, N° 10-11492; Corte de Apelación de Paris, N° 10/25084; Corte de Apelación de Paris, N° 06/17930.

⁴²¹ Sea, ausencia total de contabilidad –lo que no es común en materia de sociedad anónima abierta-, o incumplimiento a normas específicas de contabilidad.

para aprobación de la reconstitución del capital, en circunstancias en que se había perdido más de la mitad del capital propio⁴²², o en que se haya constatado la insuficiencia recurrente de capitales propios⁴²³, dificultades estructurales de financiamiento de la empresa⁴²⁴ o un endeudamiento bancario manifiestamente desproporcionado con las capacidades financieras de la empresa⁴²⁵. El ilícito también puede constituirse por la imprevisión caracterizada del dirigente de no constituir las provisiones necesarias para el pago de deudas en cobranza judicial⁴²⁶, no haber implementado mecanismos de gestión adaptados a la actividad de la empresa⁴²⁷, o haber aumentado de manera desconsiderada los gastos en personal⁴²⁸, entre otros.

Finalmente, se ha indicado que la conductas pasivas del o los dirigentes, que pueden haber causado o agravado el pasivo de la sociedad, son también hechos ilícitos generadores de responsabilidad en este régimen especial. Puede ser un abandono deliberado de deberes, en cuyo caso los

⁴²² CA Paris, 17 de febrero de 2009: RJDA 2009, n°564.

⁴²³ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 00-14981.

⁴²⁴ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 97-12834.

⁴²⁵ CA Paris, 5 de diciembre de 1997: BJS 1998, p. 253, nota Jean Jacques Daigre.

⁴²⁶ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 10-16713.

⁴²⁷ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 91-20839.

⁴²⁸ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 96-22091.

órganos que debían ejercer control y vigilancia también podrán ser condenados en responsabilidad civil⁴²⁹, o la abstención o irregularidad de pago de cotizaciones previsionales o de obligaciones tributarias⁴³⁰.

2.2. En Chile

2.2.1. Los deberes genéricos codificados

Contrariamente a la legislación francesa que ha guardado silencio respecto al deber de diligencia -pues como lo vimos, se ha considerado que sería redundante ya que su existencia resulta evidente-, nuestra LSA sí lo ha explicitado. Específicamente, el artículo 41 de la ley N° 18.046 (LSA) indica que “los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables.”. A su vez, el Reglamento de sociedades anónimas (RSA) indica en su artículo

⁴²⁹ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 92-21548; Corte de Casación, Sala Comercial, N° 93-20509; Corte de Casación, Sala Comercial, Nros. 09-13975, 09-14026, 09-16522 y 09-67661, entre otras.

⁴³⁰ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 06-13212.

78 que “El deber de cuidado y diligencia de los directores incluye, pero no está limitado a, efectuar con el esfuerzo y atención que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, las gestiones necesarias y oportunas para seguir de forma regular y pronunciarse respecto de las cuestiones que plantea la administración de la sociedad, recabando la información suficiente para ello, con la colaboración o asistencia que consideren conveniente. Salvo que no fuere posible atendido que el directorio hubiere sesionado de urgencia, cada director deberá ser informado plena y documentadamente de la marcha de la sociedad por parte del gerente general o el que haga sus veces. Dicho derecho a ser informado puede ser ejercido en cualquier tiempo y, en especial, en forma previa a la sesión de directorio respecto de la información y antecedentes necesarios para deliberar y adoptar los acuerdos sometidos a su pronunciamiento en la sesión respectiva. El ejercicio del derecho de ser informado por parte del director es indelegable. El deber de cuidado y diligencia de los directores los obliga a participar activamente en el directorio y comités, en su caso, asistiendo a las sesiones, instando que el directorio se reúna cuando lo estime pertinente, exigiendo que se incluya en la orden del día aquellas materias que considere convenientes, de acuerdo con la ley y los estatutos

sociales, y a oponerse a los acuerdos ilegales o que no beneficien el interés de la sociedad de la cual es director.”.

Si nos atenemos al aspecto estrictamente normativa del deber de diligencia, resulta evidente que estas disposiciones no sólo indican expresamente su existencia, sino que además la formulación de su estándar de apreciación resulta particularmente precisa⁴³¹. Por un lado, es indiscutible que atendida la redacción de la disposición en comento, y en concordancia con lo establecido en el artículo 44 del C.Civ.ch., los directores responden de hasta la culpa leve⁴³². En este punto, el derecho chileno tiene una importante diferencia normativa con el francés, atendido que nuestro Código Civil estableció la gradación tripartita de la culpa que había sido desechada por el C.Civ.fr.⁴³³. Asimismo, tanto la LSA como el RSA parecen indicar que el paradigma sobre el que se debiera apreciar dicho estándar de comportamiento, no es el de un “buen padre de familia” o una persona cualquiera, sino que el de un hombre en la gestión de sus

⁴³¹ En ese sentido, PUGA VIAL, J.-E. 2011. La Sociedad Anónima ..., cit. 399 p.

⁴³² BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad..., cit. 829 p; PUGA VIAL, J.-E. 2011. La Sociedad Anónima ..., cit. 399 p.; ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2013. La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas : responsabilidad civil y penal administrativa. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 144 p; SANDOVAL LOPEZ, R. 2010. Derecho Comercial ..., cit. 157 p. Para una opinión divergente aunque no desarrollada, ver: PUELMA ACCORSI, A. 2011. Sociedades ... cit., 638 p.

⁴³³ BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad..., cit. 80 p.

negocios, por lo que visto el contexto de las disposiciones en comento podríamos legítimamente pensar que dicha persona –que en rigor podría ser también una mujer-, tiene cierto grado de profesionalización en la gestión de negocios.

Por otro lado, al igual que lo hace el derecho francés respecto a las sociedades que se han acogido a procedimientos concursales, nuestra legislación establece una disposición específica para las sociedades que hubiesen sido disueltas por sentencia judicial ejecutoriada o revocadas por una resolución fundada de la Superintendencia. En efecto, el artículo 106 de la LSA indica que en estos casos, se establece una presunción de culpabilidad de los directores y gerentes. El artículo en comento establece sin embargo la posibilidad de revertir esta presunción, si los administradores en cuestión no hubiesen participado o se hubiesen opuesto “al o los hechos que han servido de fundamento a la resolución judicial o administrativa”. Esta disposición nos parece un tanto contradictoria con la obligación tipificada que examinaremos *infra*, respecto de ejercer su derecho a decisión. Como lo veremos, nuestro ordenamiento jurídico

establece una norma intermedia que obliga los directores a pronunciarse sobre los asuntos sociales, siendo sancionados en caso de abstención, al mismo título que aquellos que tomaron las decisiones cuestionadas. De modo que, no se sanciona aquí la abstención de la misma manera que en la hipótesis general. A nuestro juicio, esta flexibilización de la regla intermedia en comento, resulta contraproducente para la imputación de responsabilidad. En efecto, las hipótesis que cubre este artículo suponen *per se*, un comportamiento deficiente de los administradores de una particular gravedad. Es la razón por la que se les establece una presunción de culpa. No obstante, pueden revertir esta presunción habiéndose simplemente abstenido en las decisiones cuestionadas, lo que es, una extraordinaria invitación a la negligencia.

2.2.2. Las reglas intermedias

A nuestro juicio, en la LSA, las reglas intermedias son las siguientes:

2.2.2.1. La obligación de asistencia y atención

El artículo 78 del RSA en su primera frase, es a nuestro juicio una regla de conducta, que tipifica un aspecto del contenido del deber de diligencia correspondiente al deber de informarse, pues indica que “las gestiones necesarias y oportunas para seguir de forma regular y pronunciarse respecto de las cuestiones que plantea la administración de la sociedad, recabando la información suficiente para ello, con la colaboración o asistencia que consideren conveniente.”

Al tenor entonces de la regla intermedia en comento, podemos sostener que la licitud del comportamiento de los directores se caracteriza por la existencia de tres elementos permanentes y uno optativo. En primer término, la diligencia supone un comportamiento activo de seguimiento de los asuntos societarios. Al respecto, la referida disposición del RSA señala que esto implica “participar activamente en el directorio y comités, en su caso, asistiendo a las sesiones, instando que el directorio se reúna cuando lo

estime pertinente, exigiendo que se incluya en la orden del día aquellas materias que considere convenientes, de acuerdo con la ley y los estatutos sociales”.

Como lo indican algunos autores, la asistencia a las sesiones de directorios es, la primera de las obligaciones de sus miembros, y es evidentemente el deber mínimo de todo director, pues de lo contrario podría potencialmente perjudicar el interés social⁴³⁴. En el caso de las sociedades anónimas abiertas, el artículo 38 inciso 2º del RSA indica la periodicidad mínima de estas reuniones, que es de al menos una vez al mes. A su vez, el artículo 47 de la LSA indica que “Las reuniones del directorio se constituirán con la mayoría absoluta del número de directores establecidos en los estatutos”. Por ello, para cumplir con el requisito reglamentario mínimo, al menos la mayoría absoluta de los directores deberá presentarse mensualmente a las sesiones convocadas.

⁴³⁴ ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2013. La responsabilidad de los directores ..., cit.146 p.

No obstante, la asistencia física a las sesiones citadas no es tampoco suficiente pues se requiere además una participación activa tanto en las reuniones en cuestión como fuera de éstas, en cuanto debe velar por que se incluyan en el orden del día todos los temas que le parezcan relevantes y necesarios al funcionamiento de la sociedad, además de “instar” a la celebración de reuniones si ello fuera necesario. De modo que, es dable sostener que el deber general de diligencia supone además de la asistencia efectiva a las sesiones citadas, un interés activo tanto en la necesidad de periodicidad de las mismas, como en la confección de la orden del día que se tratará en éstas. En efecto, tal como lo señala Puga, “el cargo de director es permanente. El director no tiene horario de trabajo, ni días feriados. Si bien la función de director se ejerce *en sala legalmente constituida*, esto es, en las sesiones de directorio, ello no lo excusa de estar siempre atento a lo que ocurre en la sociedad y en su mercado relevante.”⁴³⁵. *A contrario*, podría indicarse entonces, que al estricto tenor de la articulación normativa que regula el deber de diligencia, para un director, presentar una atención intermitente o esporádica a los asuntos societarios, debiera ser considerado una infracción.

⁴³⁵ PUGA VIAL, J.-E. 2011. La Sociedad Anónima ..., cit. 402 p.

2.2.2.2. La obligación de ejercer su derecho a decisión

En segundo lugar, el deber de diligencia y cuidado supone el efectivo pronunciamiento respecto a dichos asuntos societarios, que es en sí la esencia del poder decisorio que les es conferido. Este pronunciamiento se expresa naturalmente a través del derecho a voto que le asiste a cada director, después de la correspondiente deliberación que debiera producirse. Al respecto el artículo 48 de la LSA indica que “[L]as deliberaciones y acuerdos del directorio se escriturarán en un libro de actas por cualesquiera medios, siempre que éstos ofrezcan seguridad que no podrá haber intercalaciones, supresiones o cualquier otra adulteración que pueda afectar la fidelidad del acta, que será firmada por los directores que hubieren concurrido a la sesión.”. Esta misma disposición indica en su inciso 4º que “[E]l director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio, deberá hacer constar en el acta su oposición, debiendo darse cuenta de ello en la próxima junta ordinaria de accionistas por el que presida.”. Al tenor literal de lo indicado en el referido inciso, podemos sostener que la obligación de pronunciamiento, como comportamiento

mínimamente diligente, supone la efectiva toma de posición respecto a los temas discutidos. En efecto, en la medida en que la única eximición posible de responsabilidad consiste en la oposición declarada y transcrita en el acta, los comportamientos pusilánimes recibirán la misma sanción que aquellos que infringieron efectivamente las normas legales, reglamentarias o estatutarias vigentes. Confirma por ejemplo lo indicado, el mismo artículo 78 del RSA que señala que es obligación de los directores de “oponerse a los acuerdos ilegales o que no beneficien el interés de la sociedad de la cual es director”, por lo que es dable concluir que cuando dicha disposición refiere al “pronunciamiento”, esto supone un compromiso efectivo respecto al acuerdo en cuestión, a favor o en contra. Esto resulta del todo lógico, pues no se gobierna absteniéndose.

2.2.2.3. La obligación de informarse

Estos dos elementos suponen además realizar gestiones consistentes en recabar la información necesaria y suficiente en tiempo oportuno, que les

permita a la vez seguir y decidir acerca de los asuntos societarios, lo que le da cuerpo en definitiva, el deber de información que le incumbe a los directores. Éste es, a nuestro juicio, probablemente el problema más crítico que plantea el deber de diligencia. En primer término porque el acceso a la información por parte de los directores está planteada en la LSA principalmente como un derecho y no como un deber, ya que el artículo 39 de dicho cuerpo normativo indica que “[C]ada director tiene derecho a ser informado plena y documentadamente y en cualquier tiempo, por el gerente o el que haga sus veces, de todo lo relacionado con la marcha de la empresa. Este derecho debe ser ejercido de manera de no afectar la gestión social.”. A su vez, el mismo artículo 78 de la RSA señala que “cada director deberá ser informado plena y documentadamente de la marcha de la sociedad por parte del gerente general o el que haga sus veces. Dicho derecho a ser informado puede ser ejercido en cualquier tiempo y, en especial, en forma previa a la sesión de directorio respecto de la información y antecedentes necesarios para deliberar y adoptar los acuerdos sometidos a su pronunciamiento en la sesión respectiva.”. No obstante, como lo venimos diciendo en esta sección, esta misma disposición indica expresamente en su primera frase que la relación de los directores con la

información es también un deber y los directores tienen la obligación de realizar las gestiones necesarias y oportunas para recabar la información necesaria y suficiente para poder ejercer sus funciones⁴³⁶. Ahora bien, a nuestro juicio, estas disposiciones pueden parecer un tanto contradictorias. En efecto, el derecho concierne específicamente la información que le pueda proveer el gerente general -o el que haga sus veces-, en cambio el deber supone la realización de “gestiones”, sin indicación de con quien o por qué canal. En otras palabras, el deber es amplio y obliga al director a obtener la información suficiente y necesaria por cualquier vía. En cambio el derecho es exiguo y sólo concierne la información que le pueda proveer el gerente general. Por ello, si contrastamos las disposiciones que hacen referencia al deber con aquellas que conciernen el derecho, para que tengan coherencia entre sí, debieran leerse de la manera siguiente. En rigor, la relación de los directores con la información es un deber más que un derecho, y no solamente porque así lo disponga el reglamento citado sino que porque es una condición *sine qua non* para ejercer correctamente las funciones que se les han encomendado. Porque, la diligencia supone *per se* la información adecuada, de lo contrario no podrá ejercer diligentemente

⁴³⁶ PUELMA ACCORSI, A. 2011. Sociedades ... cit. 635 p.

ningún derecho. Así las cosas, y como bien lo dispone el RSA, la recopilación de información debe hacerse por todos los canales y de cualquier forma, pues no se indica allí ninguna vía o interlocutor particular. En un sentido similar, Puga indica enfáticamente que “la información que deben manejar los directores no es sólo la de la compañía; no es sólo la requerida para fiscalizar. Los directores son creadores de políticas empresariales y, desde esa perspectiva, deben informarse de todo cuando es necesario para una acertada política empresarial.”⁴³⁷. Pues bien, en este contexto, el derecho expresado en el artículo 39 de la LSA, debiera ser leído más bien como un deber pero de parte de los gerentes generales. Es decir, en circunstancias en que los directores están cumpliendo con su deber de informarse –por cualquier canal o interlocutor-, si éstos le solicitan información al gerente general, éste tiene la obligación de proveerla, en las condiciones indicadas en la referida disposición, es decir, en cualquier momento, plena y documentadamente. No obstante, la información provista por el gerente general o el que haga sus veces, es una de las gestiones posibles que pueden realizar los directores para cumplir con su deber de información, pero desde luego no puede ser la única. De modo que lo que

⁴³⁷ PUGA VIAL, J.-E. 2011. *La Sociedad Anónima ...*, cit. 404 p.

sostiene parte de nuestra doctrina, en cuanto no sería tarea de los directores crear la información sino que puede confiar en aquella que le proveen los ejecutivos de la empresa o profesionales expertos⁴³⁸, no es del todo exacto. En efecto, el deber de información debe satisfacerse por todos los medios - lo que por cierto excede el exiguo ámbito de información disponible proveída por los gerentes y otros ejecutivos-, entonces indubitadamente eso implica crear la información si ello fuese necesario.

Finalmente, si el directorio lo estimare necesario, puede recurrir a la asesoría de terceros. El reglamento no indica qué tipo de asesoría o colaboración pero lógicamente debiera tratarse de asesoría profesional en temas específicos atinentes a la marcha de la sociedad. Al respecto evidentemente, aunque esto no esté especificado en ninguna normativa, la contratación de asesoría o colaboración externa por parte del directorio implica naturalmente un deber de diligencia en la misma contratación. Es decir, estos colaboradores externos debieran ser elegidos con cuidado, según criterios racionales y verificables que puedan garantizar una mínima

⁴³⁸ BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad..., cit. 834 p.

calidad de los servicios requeridos. Existiría en definitiva aquí, una responsabilidad *in eligendo* de parte de los directores.

2.2.2.4. El deber de reserva y la obligación de informar al mercado

Para terminar, los directores tienen a la vez un deber de reserva y obligaciones de informar al mercado. El artículo 43 de la LSA indica que “[L]os directores están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso en razón de su cargo y que no haya sido divulgada oficialmente por la compañía.”. Es decir, la reserva sobre los negocios e información societaria es la regla general. La excepción es la obligación de dar información⁴³⁹.

La reserva versa entonces sobre todo, excepto aquella información haya sido divulgada al mercado. En el caso de las sociedades anónimas abiertas, esta misma disposición indica que “se entenderá que se ha

⁴³⁹ PUELMA ACCORSI, A. 2011. Sociedades ... cit. 620 p.

producido dicha divulgación cuando la información se haya dado a conocer mediante los sistemas de información al mercado previstos por la Superintendencia, de acuerdo al artículo 10 de la ley No 18.045, o bajo otra modalidad compatible con lo dispuesto en el artículo 46. No regirá esta obligación cuando la reserva lesione el interés social o se refiera a hechos u omisiones constitutivas de infracción de los estatutos sociales, de las leyes o de la normativa dictada por la Superintendencia en el ejercicio de sus atribuciones.”. Tenemos aquí, tres excepciones.

En primer término aquella información que ha sido divulgada en virtud de una obligación expresa formulada por la ley. Como esta misma disposición lo indica, estas obligaciones son del ámbito de la Ley N° 18.045 sobre el Mercado de Valores (LMV), que no es objeto directo de esta investigación, por lo que no detallaremos este ítem⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ A su vez, el artículo 10 de este mismo cuerpo normativo precisa más aun el contenido normativo de esta obligación de conducta tipificada indicando que “[L]as entidades inscritas en el Registro de Valores quedarán sujetas a esta ley y a sus normas complementarias y deberán proporcionar la información que establece la ley a la Superintendencia y al público en general con la periodicidad, publicidad y en la forma que la Superintendencia determine por norma de carácter general. Asimismo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, las entidades comprendidas en él deberán divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna, todo hecho o información esencial respecto de ellas mismas y de sus negocios al momento que él ocurra o llegue a su conocimiento. Será responsabilidad del directorio de cada entidad adoptar una norma interna que contemple los procedimientos, mecanismos de control y responsabilidades que aseguren dicha divulgación. La norma respectiva, deberá ajustarse a la norma de carácter general que dicte la Superintendencia. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, con la aprobación de las tres cuartas partes de los directores en ejercicio podrá darse el carácter de reservado a ciertos hechos o antecedentes que se refieran a negociaciones aún pendientes que al conocerse puedan perjudicar el interés social. Tratándose de emisores no administrados por un directorio u otro órgano colegiado, la

La segunda excepción corresponde a la lesión del interés social, es decir, si el deber de reserva estuviera lesionando de alguna manera el interés social, pues habrá relevo de la obligación en cuestión.

La tercera excepción dice relación con la comisión de infracciones a los “estatutos sociales, de las leyes o de la normativa dictada por la Superintendencia en el ejercicio de sus atribuciones”. Al tenor de la disposición en comento, esto está lejos de ser una obligación de denuncia, pues en realidad el director solamente se ve restado al deber de reserva en cuestión, sin imposición de ninguna otra obligación en su remplazo.

decisión de reserva debe ser tomada por todos los administradores. Las decisiones y acuerdos a que se refiere el inciso anterior deberán ser comunicados a la Superintendencia al día siguiente a su adopción por los medios tecnológicos que habilite la Superintendencia. Los que dolosa o culpablemente califiquen o concurran con su voto favorable a declarar como reservado un hecho o antecedente, de aquellos a que se refiere el inciso tercero de este artículo, responderán en la forma y términos establecidos en el artículo 55 de esta ley.” Esta disposición tipifica muy precisamente como lo indicamos la obligación de proporcionar información al mercado, obligando específicamente al directorio a tomar medidas y adoptar procedimientos concretos para cumplir con este deber. No obstante, esta regla intermedia establece también una salvedad, que podría eventualmente ser interpretada como un motivo exculpativo. Es decir, los directores pueden, en sala legalmente constituida y con aprobación de las tres cuartas partes del directorio, otorgar el carácter reservado a determinada información. No obstante, esta facultad no es discrecional, y es de hecho bastante estrecha. En primer término debe concernir específicamente “negociaciones aún pendientes”, por lo que corresponde a una franja muy estrecha de la información que debe el directorio divulgar al mercado. Asimismo, la disposición en comento indica que se justifica esta excepción exclusivamente en el caso en que la divulgación de estas negociaciones pueda “perjudicar el interés social”. Asimismo, esta misma disposición indica expresamente que la calificación culpable o dolosa de este tipo de información como reservada importa responsabilidad civil, administrativa y eventualmente penal de los directores que hayan concurrido a la decisión en cuestión. De modo que, esta es una regla intermedia, pero que establece una excepción, aunque muy estrictamente enmarcada.

Al respecto artículo 42 N°2 de la LSA indica que los directores no podrán –lo que es una obligación de no hacer, cuestión que como veremos en los párrafos siguientes tiene gran importancia-, “[I]mpedir u obstaculizar las investigaciones destinadas a establecer su propia responsabilidad o la de los gerentes, administradores o ejecutivos principales en la gestión de la empresa”. Esta regla intermedia permite establecer sin obstáculos las responsabilidades de los distintos intervinientes en la administración de la sociedad en la comisión de hechos ilícitos. Se vincula a nuestro juicio al deber general de diligencia, y específicamente a las obligación de información al mercado pues permite el conocimiento tanto por los órganos reguladores como del mercado en general de malas *praxis* que se hayan dado curso en la gestión interna de la sociedad.

A su vez, el tercer numeral de este mismo artículo le prohíbe a los directores “[I]nducir a los gerentes, administradores, ejecutivos principales y dependientes, o a los inspectores de cuentas o auditores externos y a las clasificadoras de riesgo, a rendir cuentas irregulares, presentar

informaciones falsas y ocultar información”. Esta norma no contiene ambigüedad alguna, y su objeto es medianamente clara y de sentido común. Los directores no pueden bajo ningún caso pedir a aquellos que confeccionan las informaciones financieras de la sociedad, que las adulteren de cualquier forma. Es también una obligación de no hacer.

A esta disposición en particular, que pautea con gran precisión el tipo, la calidad y la oportunidad de la información, es necesario agregar aquella contenida en el artículo 45 N° 3 de la LSA, que prohíbe específicamente a los directores ocultar sus bienes, reconocer deudas supuestas o simular enajenaciones. Evidentemente, todas estas maniobras tenderán a alterar los resultados financieros de la sociedad, que en el caso de las sociedades anónimas deben ser informados al mercado, por lo que es en sí una obligación tipificada relativa al deber general de diligencia.

2.2.2.5. La obligación de informar a los accionistas

Además de todas estas obligaciones tipificadas de información al mercado, los directores están sujetos también al cumplimiento de reglas intermedias relativas a la información que le deben proveer a los accionistas. No olvidemos que los miembros del directorio, como lo indicamos en el capítulo primero de esta investigación, reciben funciones, derechos y facultades que deben ejercer en orientación al fin que ha dispuesto la ley, correspondiente al interés social. Por ello, los principales interesados en la información de la sociedad son evidentemente los accionistas, que son *in fine* los dueños del capital.

En primer término, los directores tienen, como es natural ya que son titulares de derechos-funciones, la obligación de rendir cuentas a los accionistas. Así lo dispone expresamente el 74 de la LSA, que indica que “[E]l directorio deberá presentar a la consideración de la junta ordinaria de accionistas una memoria razonada acerca de la situación de la sociedad en el último ejercicio, acompañada del balance general, del estado de ganancias y pérdidas y del informe que al respecto presenten los auditores externos o inspectores de cuentas, en su caso. Todos estos documentos

deberán reflejar con claridad la situación patrimonial de la sociedad al cierre del ejercicio y los beneficios obtenidos o las pérdidas sufridas durante el mismo. En las sociedades abiertas, la memoria incluirá como anexo una síntesis fiel de los comentarios y proposiciones que formulen el comité de directores, en su caso, y accionistas que posean o representen el 10% o más de las acciones emitidas con derecho a voto, relativas a la marcha de los negocios sociales, siempre que dichos comité o accionistas así lo soliciten. Asimismo, en toda información que envíe el directorio de las sociedades abiertas a los accionistas en general, con motivo de citación a junta, solicitudes de poder, fundamentación de sus decisiones u otras materias similares, deberán incluirse los comentarios y proposiciones pertinentes que hubieren formulado el comité y los accionistas mencionados en el inciso anterior.”

El RSA agrega en su artículo 82 inciso 2º, que el directorio deberá “incluir en el anexo a la memoria del ejercicio la síntesis fiel de los comentarios y proposiciones pertinentes que hubieren elaborado los interesados, siempre que se presentaren durante el ejercicio o dentro de los

treinta días siguientes al término de éste debiendo en todo caso recibirse en la sociedad con 30 días de anticipación, a lo menos, a la fecha de la junta que deba pronunciarse sobre ese ejercicio.”. Esta obligación asiste el derecho de los accionistas a formular observaciones y proposiciones relativas a la marcha de los negocios sociales en el ejercicio correspondiente⁴⁴¹. Es evidentemente el derecho de los accionistas a expresar una opinión más detallada respecto a los resultados anuales que obtiene la sociedad. El directorio está entonces sujeto a una obligación tipificada de recopilar e informar a los mismos accionistas de las opiniones de todos ellos.

No obstante, el artículo 84 del mismo cuerpo normativo, extiende esta obligación del directorio a toda la información que le provea a los accionistas. Esta disposición indica en efecto que “[E]n toda información del directorio a los accionistas de las sociedades anónimas abiertas, deberá incluirse una síntesis fiel de los comentarios y proposiciones que sobre las respectivas materias hubieren formulado por escrito los accionistas a

⁴⁴¹ Artículo 82 inciso 1° del RSA.

quienes les asiste este derecho. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, la posición de los accionistas deberá encontrarse en las oficinas de la sociedad con a lo menos 10 días de anticipación a la fecha del despacho de la información del directorio [...]”.

Por su lado, el artículo 54 de la LSA indica que “[L]a memoria, balance, inventario, actas, libros y los informes de los auditores externos y, en su caso, de los inspectores de cuentas, quedarán a disposición de los accionistas para su examen en la oficina de la administración de la sociedad, durante los quince días anteriores a la fecha señalada para la junta de accionistas. Los accionistas sólo podrán examinar dichos documentos en el término señalado. Durante el período indicado en el inciso anterior, estos accionistas tendrán el derecho de examinar iguales antecedentes de las sociedades filiales, en la forma, plazo y condiciones que señale el Reglamento. No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, con la aprobación de las tres cuartas partes de los directores en ejercicio, podrá darse el carácter de reservado a ciertos documentos que se refieran a negociaciones aún pendientes que al conocerse pudieran perjudicar el

interés social. Los directores que dolosa o culpablemente concurren con su voto favorable a la declaración de reserva, responderán solidariamente de los perjuicios que ocasionaren. En el caso de las sociedades anónimas abiertas, la memoria, el informe de los auditores externos y los estados financieros auditados de la sociedad, deberán ponerse a disposición de los accionistas en el sitio en Internet de las sociedades que dispongan de tales medios.”. Esta disposición evidentemente refiere a la oportunidad en que el directorio debe poner a disponibilidad la información antes referida para con los accionistas, y el modo en que esto debe ser realizado.

Finalmente, el artículo 42 N° 4 de la LSA, dispone que los directores no podrán “Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales”. Esta prohibición de hacer podría parecer evidente y redundante, pues es de sentido común que la información que se provea a los dueños del capital no puede ser adulterada, falsa o incluso ocultada. No obstante, presenta gran utilidad respecto a la configuración del hecho ilícito, como lo veremos en los párrafos siguientes.

2.2.2.6. La responsabilidad de los libros de la sociedad

A su vez, la LSA dispone varias reglas intermedias relativas a los libros y documentos cuya responsabilidad le compete directamente al directorio.

En primer término, el artículo 45 numeral 1º de este cuerpo normativo indica que se presume la responsabilidad de los directores “[S]i la sociedad no llevare sus libros o registros”. La formulación de esta disposición es engañosa⁴⁴². Esta no es una regla sobre carga de la prueba, pues en realidad ni admite prueba contraria. En efecto, la descripción de la conducta aquí es en realidad el resultado que debe producir, es decir, los libros y registros deben estar. Si no están, ¿qué prueba podría revertir esta supuesta presunción? Evidentemente ninguna, por lo que no es realmente una presunción sino que una regla intermedia que indica con precisión un resultado a obtener.

⁴⁴² ATRIA, F. Los deberes de los directores ..., cit. 29 p.

Por su lado, el artículo 48 del referido cuerpo normativo refiere al libro de actas del directorio, que debe ser tenido según las reglas siguientes: “Las deliberaciones y acuerdos del directorio se escriturarán en un libro de actas por cualesquiera medios, siempre que éstos ofrezcan seguridad que no podrá haber intercalaciones, supresiones o cualquier otra adulteración que pueda afectar la fidelidad del acta, que será firmada por los directores que hubieren concurrido a la sesión. Si alguno de ellos falleciere o se imposibilitare por cualquier causa para firmar el acta correspondiente, se dejará constancia en la misma de la respectiva circunstancia o impedimento. Se entenderá aprobada el acta desde el momento de su firma, conforme a lo expresado en los incisos precedentes y desde esa fecha se podrán llevar a efecto los acuerdos a que ella se refiere. Con todo, la unanimidad de los directores que concurrieron a una sesión podrá disponer que los acuerdos adoptados en ella se lleven a efecto sin esperar la aprobación del acta, de lo cual se dejará constancia en un documento firmado por todos ellos que contenga el acuerdo adoptado.”

A su vez, el artículo 73 de la LSA establece normas precisas acerca de los documentos contables de la compañía, al señalar que “[L]os asientos contables de la sociedad se efectuarán en registros permanentes, de acuerdo con las leyes aplicables, debiendo llevarse éstos de conformidad con principios de contabilidad de aceptación general.”. Si bien esta disposición no establece directamente responsabilidad del directorio, esto se infiere del título en que está inserto. En efecto, éste es el primer artículo del título VII, relativo entre otros temas a los balances y otros Estados y Registros Financieros, que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 74, son presentados por el directorio a los accionistas. Por ende, se entiende que éste es responsable de la satisfactoria confección de todos estos documentos.

Finalmente, el artículo 135 de la LSA establece una clara responsabilidad de los directores respecto a la existencia y veracidad del registro público que debe tener cada compañía de las designaciones y nombramientos de los administradores de la sociedad. Así, esta disposición señala que “Cada sociedad deberá llevar un registro público indicativo de

sus presidentes, directores, gerentes, ejecutivos principales o liquidadores, con especificación de las fechas de iniciación y término de sus funciones. Las designaciones y anotaciones que consten en dicho registro harán plena fe en contra de la sociedad, sea en favor de accionistas o de terceros.”.

2.2.2.7. Obligaciones relativas al reparto de dividendos

Nuestra ley de sociedades anónimas dispone reglas de conductas muy precisa para los directores, en lo que concierne la repartición de dividendos. Como resulta evidente, la determinación de la política de repartición es un ejercicio delicado. En efecto, si bien por un lado es necesario en lo posible cumplir con la promesa societaria y repartir la plusvalía que genera la sociedad, por otro es necesario también velar por la capitalización de las actividades de la compañía y desarrollar su giro. Todos los accionistas pueden no estar de acuerdo respecto a la política a adoptar, lo que evidentemente, creará presiones antagónicas para el directorio. Es por ello que resulta plenamente justificado que hayan obligaciones de hacer y no

hacer muy específicas. Así las cosas, el artículo 79 indica que “[S]alvo acuerdo diferente adoptado en la junta respectiva, por la unanimidad de las acciones emitidas, las sociedades anónimas abiertas deberán distribuir anualmente como dividendo en dinero a sus accionistas, a prorrata de sus acciones o en la proporción que establezcan los estatutos si hubieren acciones preferidas, a lo menos el 30% de las utilidades líquidas de cada ejercicio. [...]. En todo caso, el directorio podrá, bajo la responsabilidad personal de los directores que concurran al acuerdo respectivo, distribuir dividendos provisorios durante el ejercicio con cargo a las utilidades del mismo, siempre que no hubieren pérdidas acumuladas.”. A su vez, el numeral 2º del artículo 45 de la LSA dispone que se presume la culpabilidad de los directores “[S]i se repartieren dividendos provisorios habiendo pérdidas acumuladas, respecto de los directores que concurrieron al acuerdo respectivo”⁴⁴³.

La situación aquí es clara para los directores. Si hay utilidades, salvo acuerdo de la junta por unanimidad de las acciones emitidas, se deben

⁴⁴³ Reiteramos aquí los mismos comentarios que en el apartado anterior, respecto a la engañosa calificación legal de presunción de culpa, para esta obligación.

distribuir dividendos según las proporciones que indica esta disposición. Se pueden repartir dividendos provisorios bajo la responsabilidad personal de los directores. Pero queda totalmente prohibido distribuir si existen pérdidas acumuladas.

2.2.3. La naturaleza de las obligaciones que conforman el deber de diligencia

Ahora bien, después de haber examinado el contenido que nuestro ordenamiento jurídico le atribuye al deber general de diligencia y las normas intermedias que le están aparejadas, para completar la matriz de análisis que hemos propuesto, corresponde determinar la naturaleza específica de las obligaciones que lo conforman.

Al respecto, es innegable que existe absoluto consenso en nuestra doctrina, en cuanto la apreciación del cumplimiento del deber de diligencia se debe articular con el principio de libre apreciación de los negocios, pues

se considera que la naturaleza de la actividad empresarial implica fatalmente la toma de riesgos y decisiones cuyo resultado depende de numerosos factores externos al funcionamiento interno de la sociedad. Por ende, se indica habitualmente que el deber de diligencia y cuidado de los directores de sociedades anónimas, es una obligación de medios y no de resultados⁴⁴⁴. Sin embargo, si distinguimos entre las categoría de tipos normativos que acabamos de enunciar, la situación no resulta ser tan homogénea.

2.2.3.1. Las reglas intermedias

Sostenemos entonces que es necesario aquí discernir. En primer término, tal como ya lo adelantamos, la calificación normativa de las disposiciones que conforman nuestro ordenamiento jurídico tiene una directa repercusión sobre el tipo de obligación de la que se deberá responder. Así, en principio, las reglas intermedias, por su precisión y

⁴⁴⁴ BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad..., cit. 832 p; CAREY, G. 1992. De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores. 2da Edición, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 143 p.; PUGA VIAL, J.-E. 2011. La Sociedad Anónima ..., cit. 399 p.

naturaleza –puesto que varias de ellas son obligaciones de no hacer-, imponen obligaciones de resultado. De modo que, podemos razonablemente sostener, que las disposiciones relativas al las obligaciones de atención⁴⁴⁵, de ejercer su derecho a decisión⁴⁴⁶, de informarse⁴⁴⁷, de informar al mercado⁴⁴⁸, de informar a los accionistas⁴⁴⁹ y de llevar los libros de la sociedad⁴⁵⁰, son obligaciones de resultado en las que no habrá discusión posible aquí respecto al carácter culposo o no de los directores cuestionados. Bastará con la constatación del incumplimiento.

Ahora bien, fuera de estas obligaciones tipificada, respecto al deber general de diligencia contenido el artículo 41 de la LSA, correspondiente a la hipótesis general, no se puede categorizar tan terminantemente y hay que distinguir respecto al tipo de función que está ejerciendo, por lo que retomaremos aquí la taxonomía que expusimos en el primer capítulo de esta investigación.

⁴⁴⁵ Ver supra, sección 2.2.2.1.

⁴⁴⁶ Ver supra, sección 2.2.2.2.

⁴⁴⁷ Ver supra, sección 2.2.2.3.

⁴⁴⁸ Ver supra, sección 2.2.2.4.

⁴⁴⁹ Ver supra, sección 2.2.2.5.

⁴⁵⁰ Ver supra, sección 2.2.2.6.

2.2.3.2. Las obligaciones correspondientes a las funciones de primera categoría

Respecto a la primera categoría de funciones –esto es, la administración estratégica-, sin duda aquí resulta pertinente abordarlo como una obligación de medios. En efecto, tal como lo indica la doctrina nacional –pero respecto a la totalidad del deber de diligencia-, la naturaleza de la actividad empresarial implica fatalmente la toma de riesgos y decisiones cuyo resultado depende de numerosos factores externos al funcionamiento interno de la sociedad. Es lo que justifica también, que nuestra dogmática recurra con cierta sistematicidad a la noción anglosajona de *Business Judgement Rule* (BJR). Al respecto, Puga señala que “[L]as obligaciones de los directores no son obligaciones de resultado, sino de medios, esto es, son de aquellas “en que el deudor se compromete a una conducta prudente y diligente para tratar de obtener el resultado que persigue el acreedor; pero no asume la responsabilidad de que tal resultado se logre efectivamente”. Esta noción del derecho continental se traduce en el principio del *Business*

Judgement Rule del Derecho norteamericano”⁴⁵¹. Para este autor entonces, la justificación de la definición de las obligaciones que conforman el deber de diligencia como obligaciones de medios simples, es precisamente la existencia de la *Business Judgement Rule* (en adelante BJR). Respecto a la noción norteamericana, este autor indica que supone que “un director no puede ser sancionado civilmente por las decisiones adoptadas sobre información razonable y con cierta racionalidad, aunque dichas decisiones resulten en grave o desastroso perjuicio para la compañía, salvo que se acredite que el director obró con conflicto de intereses. Esto implica de suyo que un director no puede ser sancionado por los malos resultados objetivos de la compañía. En segundo lugar, no puede ser sancionado por errores o descriterios en su juicio a la hora de administrar. Como señala Hamilton, “se les concede a los directores discreción en relación con la gestión (*management*) de la corporación y el ejercicio racional de dicha discreción generalmente no está sujeto al control judicial. Tal vez es también relevante la creencia de que la mayoría de los jueces no son hombres de negocios capaces de juzgar apropiadamente (*second-guessing*) el

⁴⁵¹ PUGA VIAL, J.-E. 2011. La Sociedad Anónima ..., cit. 399 p.

ejercicio de dicha discreción”.⁴⁵² Por su lado, Barros, siguiendo una lógica anglosajona, sostiene que la naturaleza misma de la actividad empresarial, requiere que “los directores [*tengan*] un amplio espacio de discreción para apreciar los negocios de la sociedad y para decidir acerca de los riesgos que conviene asumir. Ello se traduce en una especie de presunción de que los directores actuaron sobre una base informada, en la honesta creencia que la decisión, aunque sea errónea desde el punto de vista de los negocios, fue adoptada en el mejor interés de la compañía”⁴⁵³. Por su lado, Barros considera que respecto a “las decisiones de negocios”⁴⁵⁴ –se esta refiriendo aquí entonces a las funciones de primera categoría-, “la doctrina dominante es que los directores tienen un amplio espacio de discreción para apreciar los negocios de la sociedad y para decidir acerca de los riesgos que conviene asumir. Ello se traduce en una especie de presunción de que los directores actuaron sobre una base informada, en honesta creencia que la decisión, aunque sea errónea desde el punto de vista de los negocios, fue

⁴⁵² PUGA VIAL, J.-E. 2011. La Sociedad Anónima ..., cit. 403 p.

⁴⁵³ BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad..., cit. 832 p.

⁴⁵⁴ BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad..., cit. 830 p.

adoptada en el mejor interés de la compañía”⁴⁵⁵. Este autor alude aquí indirectamente al mecanismo establecido por la BJR.

Ahora, bien, antes de abordar directamente este tema, quisiéramos hacer una prevención. A nuestro juicio, la asimilación de la noción anglosajona de la BJR a nuestro derecho interno, no es funcional. En efecto, como ya se señaló *supra*, ésta se inserta en un sistema de responsabilidad civil de los dirigentes societarios, que, en su estructura presenta importantes diferencias con los sistemas continentales. En Estados Unidos, los tribunales de justicia presumen que los dirigentes que toman una decisión respecto a los negocios de la sociedad, actúan de manera desinteresada, plenamente informada, de buena fe, y en la honesta creencia que esta decisión es la mejor para la sociedad. Esta presunción de licitud de las conductas de los dirigentes societarios solamente puede ser revertida por la prueba de una negligencia grave de su parte, lo que traslada la discusión entonces al terreno de la prudencia requerida⁴⁵⁶. Sin embargo, al igual que en derecho francés, nuestro ordenamiento interno no dispone ninguna

⁴⁵⁵ BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad..., cit. 831 y 832 pp.

⁴⁵⁶ RIGGS, J. 2000. Le devoir de loyauté des dirigeants ..., 62 p.

presunción de legalidad respecto al actuar de los directores, y tampoco hay ninguna razón normativa que pueda llevar a pensar haya sido la intención del legislador que así sea. Como quiera que sea, aunque admitamos que existe una “especie” de presunción de legalidad de la conducta de los directores, como lo indica Atria, la BJR en su definición norteamericana es contradictoria con el artículo 41 de la LSA, pues en dicha disposición se establece un estándar de cuidado medio, correspondiente a la culpa leve⁴⁵⁷. No obstante, atendida la estructura del todo distinta de estatuto de responsabilidad de los directores norteamericanos, resulta que el estándar de cuidado allí consagrado es la culpa grave, por lo que el trasplante de la noción anglosajona a nuestro ordenamiento jurídico es un despropósito, que lejos de aportar categorías valiosas a la comprensión y funcionamiento de nuestro derecho interno, dificultan su construcción y complican su aplicación. Por ello, no haremos mayor desarrollo de la noción anglosajona de la BJR, y nos atendremos al Principio de Libre Apreciación de los Negocios (PLAN), como noción *ad hoc* propia del derecho chileno, que debemos construir.

⁴⁵⁷ ATRIA, F. Los deberes de los directores ..., cit. 30 p.

Ahora bien, volviendo a nuestro derecho, si queremos buscar un contenido sustantivo al PLAN, sostenemos que éste indica que en materia de negocios, no puede haber una obligación de resultados, pues el resultado de las decisiones que se tomen al respecto, no dependen únicamente de la voluntad de los administradores. No obstante, esta afirmación no cercena en nada el deber de diligencia que le incumbe a los directores, ni impide una evaluación de éste por parte de los jueces. En efecto, en nuestra legislación, el deber de diligencia está como lo vimos, muy precisamente tipificado, por el artículo 41 de la LSA, y por todas las reglas intermedias que ya describimos, por lo que es incorrecto afirmar que no “existen reglas de conducta que permitan determinar *ex ante* cuáles decisiones son prudentes, negligentes o temerarias”⁴⁵⁸. Sí las hay, están escritas en nuestra legislación y son de orden público, por lo que la naturaleza de un tipo de decisión de administración no tiene la aptitud de eximir a los directores de las mismas. Por ende, el “amplio espacio de discreción” al que alude el profesor Barros, sólo puede referir al contenido económico o estratégico de la decisión de negocios, mas no a las condiciones en que se toma⁴⁵⁹. En otras palabras, el Principio de la Libre Apreciación de los Negocios es un elemento autónomo

⁴⁵⁸ BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad..., cit. 831 p.

⁴⁵⁹ En contra, ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2013. La responsabilidad de los directores ..., cit. 146 p.

al deber de diligencia en sí. No lo limita ni lo modifica. Es más, el principio en cuestión sólo puede desplegarse, y eventualmente surtir los efectos exoneratorios que se le quisiera atribuir, en el supuesto que se ha cumplido con todas las condiciones que impone el deber de diligencia a la decisión de negocios cuestionada. En definitiva, nuestro Principio de Libre Apreciación de los Negocios es la justificación a la naturaleza de las obligaciones de diligencia correspondientes al ejercicio de las funciones de primera categoría –estas son entonces obligaciones de medios simple-, y crean un espacio de discrecionalidad respecto a la apreciación de estas decisiones, pero únicamente en su aspecto económico.

2.2.2.3. Las obligaciones correspondientes a las funciones de segunda categoría

En lo que respecta las funciones de dirección ejecutiva, la cuestión de la naturaleza del deber de diligencia en su ejercicio no tienen mucho interés práctico, pues como lo vimos *supra*, las facultades asociadas a la dirección

suelen ser delegadas por el directorio al gerente general y otros ejecutivos de la sociedad. Puesto que en regla general, éstas no son ejercidas directamente por el directorio, la diligencia en el ejercicio de estas funciones debiera ser problematizado en el marco de la tercera categoría de funciones, a saber, el control y fiscalización de la administración, específicamente en el control de la dirección delegada.

2.2.2.4. Las obligaciones correspondientes a las funciones de tercera categoría

En cuanto a éstas, sostenemos que son de naturaleza completamente distintas a la primera, y parece incierto que el deber de diligencia y cuidado pueda ejercerse y apreciarse de la misma forma, y sobre todo, es necesario examinar las subcategorías que enunciamos anteriormente.

En efecto, contrariamente a la conducción de los negocios, el resultado del control y vigilancia no es tan aleatorio, y depende

fundamentalmente de la diligencia que se emplea para cumplir la función en cuestión. A mayor y más estricto control y fiscalización, menor debiera ser el riesgo que delegados –como los gerentes- o dependientes, perpetren conductas ilícitas. Por consiguiente, para esta categoría de funciones, la diligencia y esmero con el que el directorio las realiza tiene una incidencia mucho más directa en el riesgo de incumplimiento de la obligación en cuestión, que en la conducción de los negocios a propiamente tal. En segundo lugar, porque a grandes rasgos, lo que debe controlar y vigilar aquí el directorio, es el actuar de personas que ejercen funciones de administración que éste mismo le ha delegado, lo que le da una estructura particular a la obligación de diligencia en cuestión.

Como quiera que sea, la dogmática civil no ofrece criterios particulares de apreciación para esta tercera categoría de funciones, puesto que se suele operar para todo el actuar del directorio con el doble criterio del principio de libertad de apreciación de los negocios y la culpa leve. Sin embargo, la doctrina penal en materia de imputación de responsabilidad de órganos directivos de empresas ha desarrollado interesantes proposiciones

respecto las obligaciones de garantes de vigilancia, que podrían guiarnos para la articulación de criterios de apreciación *ad hoc* al deber de diligencia en el ejercicio de las funciones de segunda categoría.

En primer lugar, como lo indica nuestra dogmática penal, en el marco de una organización empresarial en la que se ha realizado una división del trabajo de administración, es “ampliamente aceptado” que el criterio fundamental de apreciación de la función de garante de vigilancia de los órganos directivos que ejercen dicha función, sea el principio de confianza⁴⁶⁰. En términos generales, en derecho penal, éste es utilizado como un criterio de determinación de la previsibilidad, y corresponde a la legitimidad de asumir que la conducta de terceros es y va a ser correcta y lícita⁴⁶¹. Como lo indica Feijóo Sánchez, la comunidad jurídica surge del reconocimiento recíproco como iguales, de reconocer a los otros como otro yo. En las sociedades complejas como las nuestras, este autor indica que este reconocimiento de los demás se ve sustituido por el reconocimiento de

⁴⁶⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2008. Apuntas sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de la empresa. *Revista de Estudios de la Justicia* (10): 191.

⁴⁶¹ CURY, E. 2007. *Derecho Penal, parte general*. 7a edición. Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica, 337 p. y GARRIDO, M. 1992. *Derecho penal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T. II, 168 p.

las normas, es decir “[L]a dignidad o el ser reconocido como integrante del sistema social conlleva el reconocimiento recíproco de un ámbito de autodeterminación y autorresponsabilidad que va variando en función de la configuración y evolución de la realidad social.”⁴⁶². En base a ello, los ordenamientos jurídicos deben orden y garantizar un nivel mínimo de expectativas, con los que resulta lícito que los sujetos actúen en la sociedad, pues como lo indica Feijóo, sin expectativas, sólo existe el caos⁴⁶³. Por ello, la sociedad sólo se conforma “cuando el derecho garantiza al sujeto un cierto horizonte conforme al que orientarse (...). Esta garantía jurídica se concreta en lo que ciertos sociólogos y ciertos partidarios de la teoría de la prevención general positiva han venido denominando expectativas normativas, como expectativas garantizadas por el ordenamiento jurídico que hacen que se pueda operar en la vida social sin tener que contar con comportamientos que las contradigan”⁴⁶⁴.

⁴⁶² FEIJÓO SÁNCHEZ, B. 1999. Principio de Confianza como Criterio Normativo de Imputación en el Derecho Penal: Fundamento y Consecuencias Dogmáticas. *Derecho Penal y Criminología* (21): 40.

⁴⁶³ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. 1999. Principio de Confianza ..., cit. 41 p.

⁴⁶⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. 1999. Principio de Confianza ..., cit. 42 p.

Ahora bien, en el ámbito de la empresa, se ha sostenido que el principio de confianza implica que el encargado de ésta pueda confiar en que sus operarios se comportarán correctamente, cumpliendo con toda la normativas que regulan la actividad empresarial⁴⁶⁵. En efecto, la confianza que deben tener los agentes del tráfico jurídico entre sí, es una condición necesaria a una “división del trabajo eficaz”⁴⁶⁶. De lo contrario, “cada uno debiera dedicarse a controlar todo lo controlable, por lo que “el tener que dedicarse a controlar la actividad ajena excluiría la dedicación plena a la actividad propia”⁴⁶⁷, perjudicando así el ejercicio de las funciones administrativas dentro de la empresa.

En nuestra opinión, resulta totalmente razonable extender la aplicación de este principio al deber de diligencia y cuidado en materia civil, tal como lo hace implícitamente la jurisprudencia francesa. En efecto, no tendría sentido alguno que la ley prevea la posibilidad para el directorio de delegar algunas de sus funciones, pero que esta delegación no tenga ningún impacto en la extensión de la responsabilidad del delegante y le

⁴⁶⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2008. Apuntas sobre la responsabilidad ..., cit. 191 p.

⁴⁶⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2008. Apuntas sobre la responsabilidad ..., cit. 191 p.

⁴⁶⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2008. Apuntas sobre la responsabilidad ..., cit. 191 p.

obligue por consiguiente a ejercer un control acerbo del actuar de los delegatarios. Sostenemos entonces, que al igual que en materia penal, el principio de confianza tiene un efecto limitador del deber de cuidado y diligencia y por ende de eximente de responsabilidad para el directorio. De modo que, podemos razonablemente afirmar, que respecto a las funciones de administración delegadas por el directorio a gerentes y ejecutivos, en principio, éste dejaría de ser responsable de una eventual conducta ilícita de éstos. No obstante, la doctrina penal indica que este principio de desresponsabilización del directorio es aplicable, solamente en los casos en los que se cumplirían dos condiciones cumulativas.

En primer término, el directorio debe desarrollar, implementar y hacer funcionar mecanismos de control interno que sean susceptibles de impedir o al menos alertar en momento oportuno, eventuales conductas indebidas por parte de otros órganos o personas que ejercen cargos directivos en la sociedad. Al respecto, se debiera apreciar en particular la existencia de reales mecanismos de control de legalidad y cumplimiento

regulatorio, sean éstos encargados a empleados de la misma sociedad, o a terceros.

En segundo lugar, la doctrina penal considera que desaparecería el derecho a confiar, en circunstancias en que se hiciera evidente que “la conducta del otro defrauda las expectativas normales”⁴⁶⁸, es decir, cuando ya no resulta razonable confiar. En otros términos, si el directorio en el ejercicio de control y vigilancia se percatara de algún elemento o conducta, que legítimamente le hiciera dudar, o de la veracidad de la información que está recibiendo, o de la idoneidad de la conducta de alguno de los directivos o dependientes de la empresa, no podrá excusarse en el principio de confianza, y deberá responder por la falta de diligencia en su función de tercera categoría. Debemos aquí articular este razonamiento con el deber de informarse que le incumbe a los directores, tratado en las secciones precedentes. Si asumiéramos como lo hacen algunos, que el deber de informarse de los directores es perfectamente coincidente con el derecho a informarse dispuesto en el artículo 39 de la LSA, y que por lo tanto, el

⁴⁶⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2008. Apuntas sobre la responsabilidad ..., cit. pp. 191 y 192.

directorio es totalmente dependiente de la información que el gerente general o el que haga sus veces debe entregarle, pues el principio de confianza deviene perfectamente disfuncional. En efecto, no resulta lógico, que en el ejercicio de la vigilancia y fiscalización de sus delegatarios, el directorio sólo pueda contar con la información que les proporcionan esos delegatarios. Sería condenarlos a fiscalizar en la penumbra, con información potencialmente truncada o viciada, sin reales posibilidades de enterarse por sí mismo de los asuntos relevantes que incumben a la sociedad. Sería también una excelente manera de garantizar su desresponsabilización permanente y sistemática respecto al actuar de sus delegatarios indelicados, pues podrían entonces siempre excusarse en que la información que les proporcionaba estos mismos delegatarios era incompleta o incorrecta, y alegar legítimamente el desconocimiento de cualquier acto o conducta irregular cometida en la sociedad, y en especial por parte de los mismos gerentes.

En definitiva, como se puede observar, es un despropósito aplicar el criterio de la libertad de apreciación de los negocios para la evaluación de la

diligencia en las funciones de tercera categoría. El control y vigilancia de la administración de la sociedad ejercida por otros directivos no conlleva los riesgos propios a la toma de decisiones de negocios, pues son funciones que están expuestas a un sólo *aléa*: el comportamiento del delegatario o dependiente. De modo que, no se justifica que la diligencia sea apreciada con el barómetro de una obligación de medios simple. En efecto, las conductas ilícitas que podrían perpetrar los directivos delegatarios o dependientes son, en regla general, previsibles, y los incentivos que tienen para actuar incorrectamente también. Así las cosas, nos parece que en lo que respecta la segunda categoría de funciones, estas no son obligaciones de medio simple a propiamente tal. En efecto, si articulamos el riesgo reducido, propio de esta tercera categoría de funciones y el nivel de diligencia exigido por la ley –esto es, la culpa leve-, nos parece que el deber de diligencia en este caso, es una obligación de medios reforzada, en el sentido que hemos definido *supra*. Esto tiene sentido, puesto que, si se perpetraron conductas ilícitas por parte de directivos y dependientes de la empresa, esto significa que los mecanismos de control, en principio fueron insuficientes. De modo que la responsabilidad que correspondería a la infracción del deber general de diligencia en el ejercicio de la tercera

categoría de funciones, solamente podría evitarse aportando la prueba de haber estado en la imposibilidad objetiva de conocer los ilícitos en cuestión.

Esta solución nos parece razonable, por al menos una poderosa razón. Conservar la calificación de obligación de medios simple para la tercera categoría de funciones impondría una carga probatoria insoluble al demandante. En efecto, si conservamos los requisitos necesarios a la desresponsabilización del directorio por efecto del principio de confianza – como lo vimos *supra*-, la prueba de que un mecanismo de control no era idónea o previsiblemente falible es factible acreditar por parte de un demandante, mas no la prueba del conocimiento o desconocimiento por parte de directorio de comportamientos anómalos que tienen la aptitud de defraudar las expectativas normales.

2.2.4. El tratamiento jurisprudencial de la noción hecho ilícito derivada de la infracción al deber general de diligencia

Después de haber analizado la articulación normativa del deber general de diligencia conforme a la matriz de análisis que hemos desarrollado, nos queda examinar la posición de la jurisprudencia al respecto. En cuanto a este punto, hacemos aquí las mismas prevenciones que realizamos respecto a la jurisprudencia chilena sobre la noción de interés social, y sobre el deber de lealtad. Es decir, no contamos con una masa crítica de fallos judiciales comparable a la francesa, que permita extraer lineamientos claros y sistemáticos en este tema. De hecho, la jurisprudencia comentable en este tema se concentra principalmente en la infracción al deber de diligencia en el ejercicio de las funciones de tercera categoría. Esto tiene cierta lógica, pues las funciones de primera categoría son difícilmente objetables, pues como lo vimos, son obligaciones de medios simples en las que el demandante deberá probar el actuar culposo del director, teniendo en cuenta además la aplicación del Principio de Libre Apreciación de los Negocios, escenario que sin duda no hace muy atractiva la interposición de una demanda en responsabilidad civil, o imposición de una sanción administrativa. A su vez, las funciones de segunda categoría como ya lo dijimos son ejercidas en general por el gerente general y personal externo al directorio, lo que las descarta de plano. En razón de ello,

presentaremos aquí sentencias que dicen relación únicamente con el ilícito derivado de la infracción al deber de diligencia en el ejercicio de las funciones de tercera categoría.

Sin duda una de las sentencias que marcó un hito importante en la determinación jurisprudencial de la infracción al deber de diligencia es una de las que recayó en el conocido caso Inverlink. En el fallo en comento⁴⁶⁹, quedó establecido que la sociedad Inverlink Corredoras de Bolsa, en la que el reclamante de autos era miembro del directorio, había cometido graves irregularidades en el marco de diversos contratos que mantenía con la sociedad “Le Mans Desarrollo Compañía de Seguros de Vida S.A.”⁴⁷⁰. La Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) sancionó al reclamante en esta causa, por haber infringido su deber de diligencia, pues en el periodo en que ocurrieron las referidas irregularidades, se celebraron al menos dos

⁴⁶⁹ Corte Suprema, Rol N° 785-2010.

⁴⁷⁰ Considerando 10° de la referida sentencia: “Inverlink Corredores de Bolsa no colocó a disposición de su cliente “Le Mans Desarrollo Compañía de Seguros de Vida S.A.” los fondos invertidos por ésta en las operaciones efectuadas el día 17 de febrero de 2003, relativas a pactos de venta con retrocompra de instrumentos de renta fija, una vez llegada la fecha de vencimiento, esto es, el 24 de febrero de ese mismo año, no obstante haber la manifestado la afectada su intención de no renovar dichos pactos; así como tampoco entregó los instrumentos financieros a que ellos se referían, por las sumas de \$6.148.331.844 y \$3.904.863.456; 2. Infringir la letra d) del artículo 26 y artículo 29 de la Ley N° 18.045, relativos a mantener límites mínimos de patrimonio, al presentar el 26 de febrero de 2003 un patrimonio negativo de \$5.657.130.695, no habiéndose subsanado tal déficit cuando fue requerido por la Superintendencia; 3. No haber efectuado los pagos respecto de las adquisiciones de bonos de reconocimiento realizados por “Le Mans Seguros de Vida”, actuando como operador directo el día 27 de febrero de 2003, por un monto de \$2.378.188.988, pese a haber recibido los fondos al efecto; 4. Haber entregado a compañía “Le Mans S.A.” un cheque para dar pago a la suma relacionada con la operación antes aludida, el que no fuera pagado por falta de fondos; 5. No haber informado sobre la situación de liquidez y solvencia de la empresa, lo que debió haberse hecho en forma diaria al haber sido requerido así por la Superintendencia.”

sesiones de directorio a las que el demandante asistió y no requirió información alguna respecto de la marcha de los negocios de la sociedad, pese a estar en conocimiento de dichas irregularidades, tal como el mismo ex - director lo indicó⁴⁷¹. La Corte Suprema, confirmando el fallo de segunda instancia, rechazó el recurso interpuesto por éste, y mantuvo la sanción que le había impuesto la SVS, por “abandono de deberes de administración y prescindencia de los principios que deben orientar el desempeño de un gobierno corporativo”⁴⁷², pues omitió realizar las “actuaciones necesarias que con la debida diligencia o cuidado hubieran podido evitar o descubrir las conductas dolosas o culposas de quienes estaban a sus ordenes”⁴⁷³. Esta sentencia resulta particularmente significativa a nuestro juicio, y acuña la categoría de hecho ilícito correspondiente al abandono de deberes de administración que nos parece determinante. Al tenor de los hechos que motivaron la sanción ratificada en definitiva por la Corte Suprema, este hecho ilícito concierne el incumplimiento del deber de diligencia en el ejercicio de las funciones de tercera categoría, que corresponden como lo hemos dicho, al control y

⁴⁷¹ Considerando 11°.

⁴⁷² Considerando 14°.

⁴⁷³ Considerando 13°.

vigilancia, tanto del cumplimiento legal efectivo, como de la conducta de los delegatarios del directorio. Más específicamente, podemos sostener que esta categoría de hecho ilícito se caracteriza por la existencia de dos elementos fundamentales, el conocimiento por parte del director, de irregularidades cometidas en el marco del funcionamiento de la empresa, y en segundo lugar la omisión de recabar o exigir mayor información respecto a estas irregularidades conocidas. El abandono de deberes entonces es un ilícito correspondiente al ejercicio de las funciones de tercera categoría, relativo especialmente a la vigilancia de los delegatarios nombrados por el directorio, y para ser precisos, concierne la obligación específica de informarse, que les incumbe a los directores.

En el año 2015, con ocasión del caso conocido como “Farmacias”, la Corte Suprema volvió a tratar el tema del hecho ilícito derivado del deber de diligencia. En este asunto, la Fiscalía Nacional Económica había interpuesto un requerimiento⁴⁷⁴ en contra de la empresa Farmacias Ahumadas S.A., Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A., por haber

⁴⁷⁴ Causa rol N° C-184-08

presumiblemente ejecutado y celebrado “hechos, actos y convenciones que tuvieron por objeto y efecto fijar al alza, concertadamente, el precio de venta al público de productos farmacéuticos, impidiendo, restringiendo o entorpeciendo la libre competencia y, por ende, infringiendo el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en particular su letra a)”⁴⁷⁵.

Al respecto, mediante oficios ordinarios Nros. 13858, 13859, 13860, 13861, 13862, 13863, 13864 y 13865 del 2 de julio de 2009, la SVS formuló cargos en contra de los directores de la sociedad Farmacias Ahumada S.A. (FASA) por no haber recabado información acerca del requerimiento interpuesto por la FNE, y las consecuencias que éste podría traer para la sociedad, infringiendo así el deber de diligencia que les incumbía en virtud del artículo 41 de la LSA. Tal como lo estableció posteriormente la Superintendencia de Valores y Seguros, y como fue confirmado por la Corte Suprema, en FASA, dicho requerimiento habría sido examinado en sesión de directorio el día 18 del mismo mes, con la asistencia de una abogada especialista en materia de libre competencia.

⁴⁷⁵ Requerimiento FNE de fecha 10 de diciembre del 2008.

Durante los meses siguientes, se llevó a cabo una investigación interna en la empresa, en la que se estableció que ejecutivos de la misma habrían incurrido en conductas atentatorias al DL 211, habiendo gestado acuerdos de precios con competidores del mercado. Del 18 de diciembre 2008 hasta el 23 de marzo de 2009, fecha que se presentó el acuerdo conciliatorio con la FNE ante el TDLC, el tema del requerimiento prácticamente no fue tratado por el directorio, pues durante el mes de enero del 2009, se citó dos veces a sesión para ello, y las dos veces no celebró, una vez por falta de quórum y otra por suspensión.

En sus descargos, los directores concernidos indicaron en substancia que, era un principio aceptado en el ámbito de las sociedades anónimas que sus directores no están encargados de la administración ordinaria y continua de la compañía, sino de su dirección superior. Para tal administración ordinaria y continua, el directorio debería contar con un grupo ejecutivo profesional, competente y confiable, que realizara la función ejecutiva. Además, por el tamaño de FASA, su directorio necesitaba contar con un equipo consecuente con las necesidades de la compañía, que se hiciera

cargo de los innumerables requerimientos y procesos de la autoridad y particulares respecto de FASA. Respecto de la investigación de la FNE, estos directores sólo contaron con la información que les proporcionaron los ejecutivos principales de FASA, haciendo fe de ellos y de contar con una abogada especialista en el tema, como para sentirse tranquilos. Asimismo, la responsabilidad de los directores se asimilaba a la responsabilidad derivada de culpa o descuido leve, atendiendo al cuidado de un hombre normal y prudente a cargo de sus negocios propios, lo que está vinculado a la previsibilidad o posibilidad de prever un cierto resultado dadas determinadas circunstancias. Por lo demás, la conducta de estos directores fue razonable y prudente, al tenor de los hechos e información que se les proporcionó. Estimaban que los cargos de la Superintendencia estarían exigiendo una diligencia imposible de cumplir, sobre la base de hechos posteriores a la sesión de directorio de 23 de marzo de 2009, en que el directorio de FASA tomó conocimiento del acuerdo conciliatorio con la FNE. Como quiera que sea, no habría habido negligencia de parte de los directores al hacer fe de la información proporcionada por los ejecutivos de FASA, puesto que en función del principio de confianza y lealtad con aquéllos, estos directores no estaban obligados a pesquisar, investigar o

intuir lo que realmente ocurría, ni suponer que se les ocultaba información. Sólo una vez rota dicha base de confianza y lealtad, procedería otra actitud. Lo contrario, desnaturalizaría la función propia del director, en cuanto lo obligaría a invadir la esfera de la administración ordinaria y corriente de la administración social, volviéndole en verdaderos "investigadores" que deben pesquisar si lo que se les informa se ajusta a la realidad. En definitiva, los cargos de la Superintendencia no ponderaban la actuación de los ejecutivos principales de FASA, en cuanto a que no sólo no habrían proporcionado información a los directores sobre la investigación de la FNE sino que, además, se les dieron antecedentes no ajustados a la realidad acerca de los avances de dicha investigación, hallazgos y negociaciones con la FNE⁴⁷⁶.

Finalmente, con fecha 31 de diciembre de 2009, la SVS dictó cinco resoluciones exentas⁴⁷⁷ en las que sancionó a los integrantes del directorio de la sociedad FASA por incumplimiento a su deber de diligencia. En

⁴⁷⁶ GASPAR, J. A. 2011. Extensión de la obligación de diligencia y cuidado de los directores de sociedades anónimas. Superintendencia de Valores y Seguros, resoluciones exentas N° 854, 855, 859, 860, 861, todas de 31 de diciembre de 2009. Revista Chilena de Derecho Privado, (16):367-389, [en línea] <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722011000100013>

⁴⁷⁷ Nros. 854, 855, 859, 860, 861.

dichos dictámenes, el órgano administrativo sancionador retuvo en particular el hecho que la colusión perpetrada por algunas cadenas farmacéuticas, fue un hecho discutido, y de público conocimiento incluso antes de la interposición del requerimiento por parte de la FNE. Así, se indica en dichas resoluciones que desde enero del año 2008, diversos medios de comunicación nacionales aludieron en reiteradas oportunidades a un aumento constante en los precios de los medicamentos, advirtiendo que ésto sería un indicio de potencial colusión entre los agentes de dicho mercado. Luego, en abril de ese mismo año, la FNE notificó a FASA que estaba recabando antecedentes respecto de comunicaciones de ejecutivos de la empresa e incluso se constituyó en las oficinas de ésta, siendo llamado a declarar el que era entonces gerente general, y en los meses posteriores se les tomó declaración también a los ejecutivos y empleados. Todo este proceso culminó finalmente con la presentación del requerimiento por parte de la FNE, lo que fue informado a los directores de FASA el 10 de diciembre de 2008. Quedo establecido por la SVS que luego de haber sido formalmente informados de dicho requerimiento, el directorio se reunió el día 18 del mismo mes para dar cuenta detallada de la situación con la asesoría de un abogado especialista en la materia contratado para

asesorarles en esta cuestión. En enero del 2009, en circunstancias en que se había iniciado la negociación del Acuerdo de Conciliación con la FNE, quedó establecido que los ejecutivos y gerentes sólo le informaron de la situación al presidente del directorio más no a los otros miembros de éste. En ese mismo mes, el presidente convocó a una primera sesión que no pudo celebrarse por falta de quórum, y una segunda unos días después que tampoco se celebró pues fue suspendida por el mismo presidente del directorio. Sin perjuicio de ello, la Superintendencia tuvo por acreditado el hecho que a los pocos días de la fecha de la sesión suspendida, el presidente se habría reunido con un miembro del directorio para comentarle el requerimiento y pedirle consejos al respecto, atendida su experiencia en esos temas. Durante los meses de febrero y marzo del 2009, en circunstancias en que se estaba firmando el pre-acuerdo de conciliación, el directorio se reunió dos veces, sin que quede constancia en las actas de que se haya tratado o comentado las conductas anticompetitivas que se habían desarrollado en la empresa, ni el inminente acuerdo con la FNE. El acuerdo final fue informado al directorio el mismo día en que fue firmado, en una sesión extraordinaria⁴⁷⁸, en el mes de marzo del 2009.

⁴⁷⁸ Considerando N° 33 de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 3 de diciembre de 2015, rol N° 3389-2015.

Estas resoluciones fueron reclamadas por los interesados, no obstante fueron confirmadas en primera instancia⁴⁷⁹, en segunda instancia⁴⁸⁰, y finalmente en casación⁴⁸¹.

En primera instancia, el 24° Juzgado Civil de Santiago indicó en substancia que se infiere de los artículos 39 y 41 inciso 1° de la LSA, que “de los directores a ser informados por el gerente de todo lo relacionado con la marcha de la empresa debe necesariamente entenderse en función del deber correlativo de los gerentes de la sociedad de proporcionar dicha información, constituyendo ésta la única forma de hacer posible el cumplimiento del deber fiduciario o de lealtad que los directores tienen con la compañía y sus accionistas, y ello, sin perjuicio del derecho-obligación de los Directores, de solicitar información oportuna y veraz de toda situación que llegue a su conocimiento por cualquier vía, y cerciorarse de la efectividad, a fin de tomar las decisiones adecuadas a cada caso, cuando en ello exista el interés de la compañía, por nimio que éste sea.”⁴⁸². No

⁴⁷⁹ Sentencia del 6 de septiembre de 2013, del 24° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 1453-2010.

⁴⁸⁰ Sentencia del 5 de noviembre de 2014, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4379-2013.

⁴⁸¹ Sentencia del 3 de diciembre de 2015, Corte Suprema, Rol N° 3389-2015.

⁴⁸² Considerando 12° de la sentencia en comento.

obstante agrega en el considerando 16° que “el satisfactorio cumplimiento del deber de cuidado de todo Director, supone que aún en caso de delegación de facultades, no resulta admisible la poca o nula supervisión de lo obrado por un gerente general, sino por el contrario, supone justamente una supervisión de manera razonable y prudente.”, con lo que concluye finalmente, que atendido los hechos establecidos en la causa, “los directores demandantes en autos, vulneraron su deber de cuidado y diligencia, desde que su omisión culpable de requerir información veraz y oportuna, descansando en la poca información que les fue proporcionada (no requerida por ellos) respecto de la investigación reservada que llevó a cabo la Fiscalía Nacional Económica, y por la cual buscaba determinar conductas anticompetitivas, resultaba suficiente para que ellos actuaran conforme lo dispone el art.39 de la ley 18,046, lo que en caso alguno significaba afectar la gestión social, siendo en todo caso su conducta omisiva la que en definitiva causó daño a la sociedad, que se vio obligada a la suscripción de un acuerdo, lo que quebrante su labor fiduciaria o de confianza, configurándose además una infracción normativa, de falta de cuidado que

se enmarca en el artículo 41 de la ley 18.046, por omisión de su derecho-obligación previsto en el artículo 39 de la misma ley.”⁴⁸³.

Esta sentencia aclara un punto normativo importante. El artículo 39 de la LSA, si bien como lo indicamos *supra*, establece sin duda un derecho de los directores a ser informados, que está a cargo del gerente general o el que haga sus veces, les impone también a éstos la obligación de informarse y requerir de sus delegatarios toda la información necesaria para el correcto ejercicio de sus funciones administrativas. Es por ello que el juzgado en cuestión indica claramente que dicho artículo 39 establece un derecho-obligación. Ahora bien, para articular lo indicado por esta sentencia con el comentario normativo que realizamos *supra*, es menester precisar que al momento de ocurrido los hechos, la nueva versión del RSA no estaba aún vigente, razón por la cual no se alude a éste. No obstante, a nuestro juicio, el fallo en análisis y el referido cuerpo normativo están plenamente alineados, y se puede observar cómo en definitiva, el artículo 78 del RSA vino a entregar la necesaria precisión que le faltaba al artículo 39 de la

⁴⁸³ Considerando 17°.

LSA, conformando así, el deber de diligencia mínimo esperable por parte de un director.

A su vez, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago recaída en el recurso interpuesto por los directores en cuestión no aporta mayor antecedentes jurídicos respecto a la delimitación del deber de diligencia y definición del hecho ilícito que deriva de éste. Sin embargo, el fallo de la Corte Suprema sin lugar a dudas marcó un hito importante en nuestro ordenamiento jurídico, pues termina de definir y acotar varios conceptos que son de una importancia fundamental en la materia tratada. En dicha sentencia, la Corte se emplea en construir la noción de derecho-deber, a partir de la interpretación de los artículos 39 y 41 de la LSA. Junto con citar las distintas posiciones –congruentes entre ellas- recogidas en nuestra doctrina nacional⁴⁸⁴, que señalan que el derecho a la información dispuesto en las disposiciones citadas es además una obligación a exigir y recabar toda la información necesaria al correcto cumplimiento de sus funciones, nuestro tribunal supremo indica que, se desprende de la historia de la LSA

⁴⁸⁴ Considerando 30º de la sentencia en comento.

que “la intención de nuestro legislador fue procurar que las decisiones afecten la marcha social sean tomadas por el directorio con la mayor cantidad de antecedentes posibles⁴⁸⁵. Asimismo, cita los artículos 2053 del C.Civ.ch. y el artículo 1º de la misma LSA, de los que indica que se colige que la principal labor de un director es el resguardo del interés social. En base a estos criterios y antecedentes, la Corte indica en el considerando 31º de dicha sentencia que los artículos 39 y 41 de la LSA establecen un “derecho-deber, por cuanto no se trata de una prerrogativa que mira en exclusivo interés de su titular, sino que involucra también el interés social”. Esta consideración es de suma importancia, pues si se entienden las disposiciones indicadas como un derecho de los directores mas no un deber, daría lugar al tipo de defensas esgrimidas por los directores de FASA cuestionados que quedó consignado en el considerando 19º del fallo, en cuanto si esto es un derecho, “no correspondería sancionar con multa ni de ninguna otra forma el supuesto no ejercicio de un derecho, toda vez que cuando la ley ha querido establecer ciertas actuaciones como obligatorias así lo ha dicho claramente”. Evidentemente este argumento no tiene ningún

⁴⁸⁵ Cita la Historia de la Ley N° 18.046: “Otro principio que también se ha tenido en consideración, es el de máxima información y de buena fe. De esta forma en vez de prohibir determinados a priori, a través de controles costosos e inefectivos se consagra más bien un principio de libertad con máxima información, estableciendo disposiciones que castigan drásticamente actitudes reñidas con estos principios, de tal modo que más que prohibir determinados actos o acciones se está castigando determinadas actitudes o acciones”.

sentido, pues como bien lo recuerda la Corte, el derecho a ser informado del que son titulares los directores no es un derecho egoísta, según la tipología que explicamos en el primer capítulo de esta investigación, sino que es un derecho-función, que le es conferido a su titular con el único objeto de garantizar derechos de terceros. Este derecho-función, está enteramente estructurado en función de la misión que le es confiada, por lo que no puede bajo ningún concepto ser usado al libre arbitrio del titular. Por ello, en rigor, todos los derechos que les son atribuidos por la LSA a los directores, son derechos-deberes.

En consideración al razonamiento antes expuesto, la Corte confirmo la sentencia recurrida, estimando que “el ejercicio del derecho-deber de informarse tampoco ha sido acreditado a través de ningún otro medio probatorio, siendo evidente que se trataba de información esencial relativa a hechos que podrían –y así ocurrió efectivamente con posterioridad – afectar gravemente la marcha social. Entonces, la importancia del asunto exigía pedir dicha información y, de hacerlo, solicitar constancia expresa de ello

en las actas respectivas, siendo un hecho no controvertido que nada de aquello se hizo”⁴⁸⁶.

Asimismo, dicha sentencia cita el fallo recaído en el caso Inverlink que analizamos *supra*, en el que se consagra el ilícito de abandono de deberes de administración, lo que en ninguna caso significaría infringir el artículo 1547 del C.Civ.ch. como lo indican los recurrentes. En efecto, la Corte señala que “fluye de la naturaleza misma del objeto de la reclamación, impugnar un acto administrativo, por cuanto corresponde al sancionando destruir la presunción de legalidad de que éste goza de acuerdo al artículo 3° de la Ley N° 19.880.”⁴⁸⁷. Este considerando en particular, si bien establece la categoría de hecho ilícito que ya hemos caracterizado, descarta toda inversión de la carga de la prueba, por los mecanismos propios de las obligaciones de medios reforzada que expusimos *supra*, siendo en definitiva la presunción de legalidad del acto administrativo que produce dicho efecto.

⁴⁸⁶ Considerando N° 33°.

⁴⁸⁷ Considerando N° 41.

Para terminar, resulta interesante analizar el voto disidente del ministro Prado Puga. En efecto, éste estuvo por acoger los recursos de casación interpuestos en dichos autos, pues, alineándose a la opinión del profesor Barros que cita – y que nosotros también citamos *supra*- estima que no es tarea de los directores crear la información que requieren para ejercer sus funciones, sino que pueden confiar en la proporcionada por los ejecutivos de la compañía, salvo que haya incurrido en culpa en la designación de ejecutivos manifiestamente incompetentes⁴⁸⁸. Prosigue el razonamiento dicho ministro, indicando que “el estándar legal aplicable del buen padre de familia no les podía imponer a los directores una obligación de dudar o sospechar acerca del contenido de lo informado por los ejecutivos en quienes habían depositado su confianza, de manera de investigar su verdadero alcance y efectividad, teniendo en cuenta que dicha cuidado y diligencia se satisface con la presunción de buena fe y convicción de que se haya revestida su actuación en la cual se apoyan visiblemente, en este caso, los propios reclamantes.”⁴⁸⁹. De lo contrario, el ministro sostiene que “en el ejercicio de sus funciones, el director de una sociedad anónima debería siempre consultar diversos canales de información incluso

⁴⁸⁸ Considerando 3° del voto disidente.

⁴⁸⁹ Considerando 3° del voto disidente.

trasponer e ir más allá, descendiendo y recabando información “aguas abajo” en la organización, respecto de los antecedentes proporcionados principalmente por el gerente general, ejecutivos o apoderados llamados a resolver dudas para casos específicos y que actúan regularmente en legítima defensa de sus intereses. Ello implica obviar el deber legal y ético que pesa sobre dichos funcionarios, de asistir a los directores en sus funciones e informarles, plena, documentada y sobre todo lealmente, en virtud del cual los directores deben poder confiar y creer de buena fe que esta misma información es “suficiente, fidedigna y oportuna” (artículo 46 de la Ley N°18.046) susceptible de ser proporcionada también a los accionistas, al público, y, en su caso, a los organismos fiscalizadores respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad. Todo lo anterior a menos que se descubran señales verosímiles, relevantes, indicios graves y razonables o pruebas de inferencia precisas de conductas omisivas, que el director pudiera advertir, conocer, investigar y verificar empleando un grado de diligencia normal o también salvo, claro está, que se hayan designado o elegido ejecutivos manifiestamente incompetentes.”⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ Considerando 5° del voto disidente.

Evidentemente, este voto de minoría da cuenta de una opinión que nos atrevemos a decir que hoy es minoritaria, en la que podemos reconocer tres elementos a los que hemos aludido en los desarrollos precedentes. En primer término podemos leer en filigrana, el mecanismo de presunción de legalidad del actuar de los directores, propio del *common law* y que no existe en nuestro ordenamiento jurídico continental, que se rige por un estatuto de responsabilidad civil subjetiva. Por ello, como ya lo hemos indicado, forzar nuestro estatuto a aceptar un elemento que no es propio, y que perturbaría el funcionamiento del mecanismo original no tiene ningún interés jurídico. En segundo lugar, la negación del reconocimiento de la existencia de una obligación de informarse, que exceda el derecho establecido en el artículo 39 de la LSA. Es decir, existiría una perfecta coincidencia material, en cuanto a los canales de información, entre el derecho consagrado y el deber eventual. En otras palabras, el deber de los directores sólo se concreta materialmente y se agota en la información proporcionada por gerente general o el que haga sus veces. Este argumento según el voto minoritario examinado, se fundamenta en una suerte de principio de confianza respecto a los delegatarios del directorio, que sólo cedería si existieran indicios graves que pudieran justificar la desconfianza.

Finalmente en el concepto –a nuestro juicio errado- que el acceso a la información de los directores, siendo únicamente un derecho, podría ejercerse o no, al libre arbitrio de sus titulares. Evidentemente, como ya lo hemos dicho, la naturaleza misma de los derechos otorgados a los directores, invalida este argumento.

Como ya lo hemos indicado largamente *supra*, de todos los elementos que articulan el razonamiento de este voto disidente, solo concordamos en uno, el principio de confianza. Como quiera que sea, incluso si nos guiáramos por esta opinión minoritaria, lo cierto es que también se justificaba plenamente el rechazo a los recursos interpuestos, ya que como lo estableció la SVS, confirmó el Juzgado Civil y la Corte de Apelaciones que conocieron de las reclamaciones, no existían sólo indicios graves que pudieran haber alertado el directorio que delegatarios y funcionarios de la empresa habían incurrido en conductas anticompetitivas, pues no sólo estuvo en la prensa durante buena parte del año 2008, sino que además fueron objeto de un requerimiento por parte de la FNE. Huelga decir que

este único antecedente era ampliamente suficiente para invalidar el principio de confianza.

Paralelamente a la imputación de responsabilidad administrativa de los miembros del directorio de FASA por infracción al deber de diligencia en el ejercicio de sus funciones de tercera categoría, la SVS sancionó también al que era entonces gerente general de la empresa, por no haber informado adecuadamente el directorio acerca de la situación⁴⁹¹. Esta sanción fue confirmada en primera⁴⁹² y segunda instancia⁴⁹³, y no fue objeto de recurso de casación. Evidentemente, el gerente general cuestionado en este caso, respondía por la diligencia en el ejercicio de las facultades de dirección ejecutiva –segunda categoría según la nomenclatura que hemos establecido-, que le fueron delegadas por el directorio, y en particular, por la obligación de informar que le incumbe, dispuesta en el artículo 39 de la LSA.

⁴⁹¹ Resolución Exenta N° 857 (SVS).

⁴⁹² Sentencia del 22 de octubre del 2010, 26° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 1724-2010.

⁴⁹³ Sentencia del 10 de mayo del 2012, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7374-2010.

Esta sentencia es algo contradictoria con la anterior comentada de la Corte Suprema, pues, respecto al derecho-deber de informar, ésta indica que “el derecho de los directores a ser informados por el gerente de todo lo relacionado con la marcha de la empresa debe necesariamente entenderse en función del deber correlativo de los gerentes de la sociedad de proporcionar dicha información, constituyendo ésta la única forma de hacer posible el cumplimiento del deber fiduciario o de lealtad que los directores tienen con la compañía y sus accionistas.”. En otras palabras, el tribunal a quo adhiere al argumento que atribuimos a la opinión hoy minoritaria, en cuanto considera que existiría coincidencia material perfecta entre el derecho de los directores y la obligación del gerente general. No obstante, este no es el tema central respecto de la responsabilidad que le incumbía a este gerente general, por lo que no tiene una importancia gravitante.

En otro tema, esta sentencia nos aporta un pronunciamiento importante respecto a la aplicación de la regla del juicio de negocio en el ejercicio en el caso del gerente general . Al respecto, el referido fallo señala: “Cabe agregar a este respecto que no tiene relación lo antes señalado

con la denominada “regla del juicio de negocios” invocada, y en virtud de la cual habría actuado el reclamante, atendido que ésta se refiere al mérito o conveniencia de la decisión de negocios en sí misma, que es parte de la libertad de apreciación que tiene el Directorio, y en nuestro sistema legal el deber de cuidado infringido no dice relación con una decisión de negocios, lo que en la especie se referiría a la conveniencia o no de negociar un acuerdo conciliatorio con la FNE, sino con el procedimiento a que debe ajustarse el Directorio de una compañía, precisamente para adoptar ese tipo de resoluciones. De este modo, el reclamante, al no poner en conocimiento la investigación de la FNE y no haber sometido a la aprobación del Directorio la disposición a negociar con dicho organismo, ni los términos específicos del acuerdo conciliatorio al que finalmente se llegó, precisamente excluyó dichos hechos de la regla del juicio de negocios, habiendo excluido al órgano colegiado que la ley ha establecido, a objeto que aquellas decisiones de negocios fueran consensuadas y deliberadas, circunstancia ésta que requiere como condición sine qua non informar al Directorio de los asuntos de su competencia y someterlos a su resolución y aprobación, que es precisamente la omisión en que incurrió el reclamante,

infringiendo así lo dispuesto en las normas ya citadas.”⁴⁹⁴. Este considerando plantea una cuestión interesante, respecto a la regla de juicio de negocio – o Principio de libre apreciación de los negocios como lo hemos denominado- que examinamos *supra*. En efecto, el sentenciador formula aquí expresamente la autonomía de este principio, respecto al cumplimiento de las obligaciones que conforman el deber de diligencia. Es decir, está por un lado “el mérito de la convención o no de negociar el acuerdo en cuestión, y por otro, las obligaciones del deber de diligencia. El juez sí puede apreciar el segundo elemento, pues emanan de disposiciones de orden público.

Otro caso interesante para la determinación del hecho ilícito, es sin duda el de La Polar S.A.. Para el año 2010, ésta es una sociedad anónima abierta cuya estructura de capital era inusual en nuestra economía, pues tenía una estructura de propiedad del capital difusa, en el que el grupo de accionista más importante eran las AFPs con un 34% de participación. La SVS estableció en este proceso, que en la empresa en cuestión se había

⁴⁹⁴ Considerando 11°.

desarrollado “una práctica que tenía por objeto poner al día a clientes que se encontraban en mora, la que se materializaba mediante la renegociación sin consentimiento de los clientes, o renegociación unilateral de los créditos a ellos otorgados. Los clientes que a la fecha de la renegociación se encontraban en mora, luego de ésta eran consideradas como clientes al día para todos los efectos. En el caso que la renegociación fuera efectuada a un cliente moroso menor de 90 días, éste no era considerado como un cliente renegociado categorizándose como una parte de la cartera de clientes normales.”⁴⁹⁵ Esta práctica de renegociaciones se había iniciado en el año 2001, de forma acotada, para incrementarse con los años, hasta convertirse en un procedimiento masivo e institucionalizado del área de cobranzas de la compañía, contando incluso con un *software ad hoc*. Ya para el año 2009, la cartera de clientes renegociados –o “normalizados”- alcanzaba aproximadamente 511.000 personas, volumen que ya empezaba a presentar problemas para el funcionamiento de la empresa. En particular, quedó acreditado que tanto el directorio como algunos miembros de la planta gerencial de la empresa estaban al tanto de esta práctica institucionalizada y de la real situación financiera de la misma. Algunos de éstos intentaron

⁴⁹⁵ Resolución exente N° 083, p. 12.

evitar que genere efectos negativos en la gestión de la compañía, y expresaron preocupación acerca su adecuada presentación en los informes de gestión que circulaban en la compañía, de su congruencia con las provisiones a constituir, y del creciente volumen de quejas en el SERNAC. Quedo establecido entonces en el proceso administrativo que dio lugar a las diversas sanciones que se cursaron en este caso, que miembros del directorios y algunos gerentes estaban al tanto, o al menos no podían ignorar que se estaba desarrollando una práctica ilícita en la compañía y que los estados financieros no reflejaban la realidad. De modo que fueron sancionados entre otros los miembros del directorio, su presidente que había sido previamente gerente general de la compañía, varios gerentes e integrantes del comité de directores. En esta sección examinaremos las sentencias judiciales recaídas sobre las reclamaciones de un director y un integrante del comité de directores. Dejaremos de lado las sentencias relativas a la sanción impuestas al presidente del directorio de La Polar⁴⁹⁶ - que es la que ha tenido más divulgación- y aquellas recaídas en los casos de los gerentes, pues no aportan mayores elementos de análisis respecto a la

⁴⁹⁶ Sentencia del 4 de diciembre de 2014, 18° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 6498-2012; Sentencia del 17 de abril de 2017, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1398-2015.

determinación del hecho ilícito derivado de la infracción al deber general de diligencia.

Empezaremos entonces por el análisis de la sentencia de la Corte de Suprema del 3 de julio de 2017⁴⁹⁷, que resolvió la reclamación interpuesta por una de las directoras de La Polar. Al tenor de la relación realizada por el 7º Juzgado Civil de Santiago, “por Resolución Exenta N°80 de 9 de marzo de 2012, la referida Superintendencia, impuso sanción de multa ascendente a U.F. 400 a doña María Gracia Cariola Cubillos por infracción al artículo 41, en relación al 39 de la Ley de Sociedades Anónimas, al no ejercer el derecho a ser informada de la marcha de la empresa La Polar S.A. con el grado de diligencia que le era exigible, tanto respecto de los indicios y señales que alertaban de la situación financiera de la compañía, como con respecto a las deficiencias que presentaban los sistemas de control interno de ésta, que afectaban el flujo de la información a la cual accedía el directorio. Se desestima el relativo al no establecimiento de mecanismos de control destinados a prevenir problemas derivados de conflictos de interés

⁴⁹⁷ Corte Suprema Rol N° 79071-2016.

por parte de los ejecutivos de la compañías, en su calidad de beneficiarios de planes de incentivos asociados a los resultados de la Compañía, considerando la oportunidad en que tales planes fueron implementados, la época en que la Sra. Cariola ejerció como directora y el tiempo en que se desempeñó en el mismo.”⁴⁹⁸. La sentencia del Juzgado Civil confirma la multa indicando en substancia que: “es su actitud pasiva o de omisión, frente a la información que recibió, la que por las inconsistencias y contradicción que presentaba, de mediar un grado de diligencia, acorde con el exigido por la ley, le habría permitido tomar conocimiento de la situación financiera de la compañía, en lo que respecta a la condición de deterioro que mostraba la cartera de clientes. En efecto, atendida la naturaleza de su cargo y de la posición que el mismo le otorga de vigilancia o garante de la administración de la sociedad, debía y podía solicitar mayor información, recabar antecedentes, aclaraciones y/o rectificaciones, ante las inexactitudes que se manifestaban en la información presentada, lo que habría determinado el esclarecimiento de los hechos y el descubrimiento del ocultamiento de la morosidad y situaciones de renegociaciones de parte importante de la cartea de La Polar. Por otra parte y en la misma línea de

⁴⁹⁸ Considerando 10º de la sentencia del 7º Juzgado Civil de Santiago citada.

conducta de omisión se le reprocha o atribuye responsabilidad a la reclamante, por su falta de preocupación o de interés en establecer mecanismos de control interno de la sociedad, su dirección, independencia y los procedimientos que reportaba.”⁴⁹⁹. Este considerando es de una extraordinaria claridad, pues en primer término indica que el cargo mismo de director pone a su titular en una posición de garante –o de vigilancia- de la administración, lo que en sí, implica el deber de solicitar y recabar mayor información. Este razonamiento evidentemente adhiere a la opinión mayoritaria que hemos expuesto *supra*, en cuanto en el ejercicio de sus funciones de control y vigilancia –de tercera categoría-, no puede el director conformarse con la simple información que recibe de parte del gerente general, en virtud del artículo 39 de la LSA, sino que tiene, tal como lo establece el artículo 78 de la RSA, que agotar todas las gestiones e instancias para hacerse de la información necesaria. Este considerando establece en definitiva, que de no haberse ejercido las funciones de tercera categoría con dicha falta de diligencia, la verdad pudiera haber sido establecida.

⁴⁹⁹ Considerando 21°.

Cabe agregar, que la actora había argüido tener el legítimo derecho de confiar en la información que le proporcionaban los ejecutivos de la compañía y especialistas que le brindaban servicios, fundamentándose en la interpretación hoy minoritaria y marginal del artículo 39 de la LSA. Pues bien, al respecto, la sentencia en comento indica que: “En cuanto al derecho de confiar la reclamante en la información proporcionada por ejecutivos de la compañía o por profesionales expertos, cabe señalar que este en ningún caso puede implicar la anulación del deber de vigilancia que la ley asigna a los directores de sociedades anónimas, debiendo conciliarse prudentemente con la conducta positiva que a estos les asiste de recabar la información necesaria y pertinente para el debido desempeño, lo que en este caso no se cumplió por la actora, siendo insuficiente para desvirtuar tal conclusión, las actuaciones a que la misma habría instado, durante el desempeño de su cargo, por carecer de mayor relevancia en la estructura interna y cumplimiento de las políticas financieras debidas.”⁵⁰⁰. En otras palabras, la actora pretendía prevalecerse del principio de confianza que analizamos *supra*, a lo que el sentenciador a quo le contestó que dicho legítimo derecho a confiar no exonera de cumplir la función que le es

⁵⁰⁰ Considerando 23° de la sentencia referida.

encomendada. No obstante, la sentencia no completa el razonamiento relativo al principio de confianza. En efecto, reconoce que existe el derecho a confiar, sin embargo, no lo tematiza por lo que no se sabe cuál es el contenido de dicho principio, ni cómo opera y cuáles son sus límites. Había materia por lo demás para, en virtud de su aplicación, llegar a la misma conclusión. Es decir, existe como lo sostiene la actora, un derecho a la legítima confianza en la información proporcionada por los ejecutivos y gerentes de la compañía, pero este deja de operar si existen indicios acreditados que puedan dejar suponer que existen comportamientos o hechos anómalos en el desarrollo del giro de la sociedad. En el caso de autos, quedó ampliamente acreditado que la información entregada por la gerencia general y otros ejecutivos de la sociedad era parcial y contradictoria, y sobre todo, que el tema de las “normalizaciones” había sido tratado en sesión de directorio, no pudiendo ignorar la directora en cuestión –especialmente atendida su profesión- que esta estrategia comercial era perfectamente ilegal, ya que la expresión misma de “repactación unilateral” es un oximoron. Todos estos elementos eran ampliamente suficiente como para interrogarse acerca de la veracidad de la información proporcionada por la plana gerencial, a lo que habría que

agregar el evidente conflicto de interés que aquejaba varios integrante de ésta planta, y el mismo presidente del directorio, que también quedó acreditado en el expediente en cuestión.

Asimismo, y este punto fue importante en casación, la reclamante justificó la pasividad que le fue reprochada entre otras cosas por su condición de “abogado medio”, a lo que el Juzgado en cuestión contestó en primer término que esto evidentemente no la relevaba de las funciones y deberes propias de su cargo, y en segundo lugar, precisó que en realidad la actora había sido invitada a participar del directorio de La Polar en “su calidad de connotada abogada, profesión que por lo demás, le ha debido proporcionar elementos para la comprensión de materias y procesos globales como los suscitados, que debieron llevarla a ejercer debidamente el derecho deber de ser informada adecuadamente, conforme lo prescribe el inciso 2° del artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas, en razón de los intereses que su labor comprende. [...]”.

Ahora bien, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó este fallo, sin aportar mayor antecedentes jurídicos a la discusión, llegando finalmente estos autos a la Corte Suprema. Esta sentencia del tribunal supremo está en total continuidad con la jurisprudencia FASA antes presentada en esta sección. En efecto, la discusión relativa al hecho ilícito derivado de la infracción al deber de diligencia está formulada en los mismos términos pues el sentenciador parte su razonamiento indicando que “los artículos 39 y 41 de la Ley N° 18.046 [...] consagran el “derecho-deber” de los directores de una sociedad anónima de informarse diligentemente acerca de la marcha de la empresa.”. Luego, confirmando cada uno de los argumentos expuestos en la sentencia de la Corte de Apelaciones, la Corte aclara que la calidad de abogado de la recurrente fue aludida por el sentenciador de alzada solamente “para efectos de demostrar que no es posible que alegue ignorancia de los hechos sin involucrar el elemento de negligencia en relación al ejercicio de su cargo de Directora de una sociedad anónima”⁵⁰¹. Una vez más entonces, la Corte Suprema reafirma que los artículos 39 y 41 de la LSA consagra un derecho-deber, y no solamente un derecho como lo sostiene nuestra doctrina minoritaria. Asimismo, la sentencia de la Corte

⁵⁰¹ Considerando 9° de la Sentencia de la Corte Suprema.

Suprema aclara el punto que hizo la Corte de Apelaciones respecto al estándar de conducta aplicado a la reclamante. Recordemos en efecto que el tribunal de alzada había indicado en uno de sus considerandos, que la recurrente no podría alegar desconocimiento de los hechos ocurridos en su compañía, teniendo en particular consideración su calidad de connotado abogado que contaba con una vasta experiencia en materia corporativa. Este argumento había sido rechazado por la exdirectora de La Polar en cuanto indicaría la aplicación de un estándar de conducta más estricto que aquel establecido por la LSA. La Corte Suprema aclaró este punto, indicando que la referencia a las competencias profesionales de la actora fue realizada “sólo para los efectos de demostrar que no es posible que alegue ignorancia de los hechos sin involucrar el elemento de negligencia en relación al ejercicio de su cargo de Directora de una sociedad anónima”⁵⁰².

En cuanto ahora a la jurisprudencia relativa a la situación de los directores que integraban también el comité de directores de La Polar S.A.,

⁵⁰² Considerando 9°.

hemos elegido examinar una de las reclamaciones interpuestas⁵⁰³. A nuestro juicio, la redacción de esta sentencia no es particularmente feliz. En efecto, no discierne específicamente las funciones de miembro del directorio con las facultades específicas del comité de directores. Si bien, como ya lo hemos indicado, sólo el directorio tiene funciones de administración a propiamente tal -y además las tiene todas-, cabe precisar que el comité de directores tiene facultades específicas de administración que dicen relación con las funciones de tercera categoría. Como quiera que sea, el Juzgado civil que conoció la reclamación interpuesta por este exdirector a la sanción que le había inflingido la SVS, artículo su razonamiento en tres tiempos.

En primer término, definió cuáles eran las funciones del directorio, y las obligaciones que éstas implican. Así, indica en el considerando 13° de la sentencia en comento que “el artículo 41 inciso primero de la Ley sobre Sociedades anónimas, el cual implica, entre otras cosas: supervisar que la sociedad actúe dentro del marco legal, estatutario y administrativo que se refieren a su gestión; conocer sus libros y registros y los movimientos

⁵⁰³ Sentencia del tres de junio de 2014, del 18° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 6291-2012, recaída en la reclamación interpuesta por el sancionado Sr. Franke, en contra de la Resolución Exenta de la SVS N° 074 del 9 de marzo de 2012.

financieros y económicos que realice a partir de su objeto social; ejecutar y disponer de medidas de control y resguardo para proteger a los accionistas y a la sociedad en general, así como la supervisión permanente de la correcta ejecución de las políticas fijadas por la sociedad a través del establecimiento de mecanismos y procedimientos que permitan que la información relevante de ésta pueda ser conocida, recibida y procesada por el Directorio, controlando las condiciones para su correcto y eficiente funcionamiento.”. Podemos reconocer aquí las funciones de tercera categoría que hemos descrito *supra*, relativas al control y vigilancia, tanto en cuanto al cumplimiento legal, como la implementación de mecanismos de control adecuados.

En segundo lugar, en el considerando 16º, aclara el punto siguiente: “Que si bien es cierto que el reclamante puede confiar en la información proporcionada por ejecutivos de la compañía o por profesionales expertos, no es menos cierto que quien actúa como Director de una sociedad debe también asumir una actitud positiva para buscar la información que estime necesaria para en este caso, atendida cualquier duda razonable, conocer el

estado de la sociedad y fiscalizar los movimientos e informes de la misma, más aún cuando su formación profesional le permite conocer qué, dónde y cómo buscar.”. El sentenciador reconoce aquí la existencia del principio de confianza, y establece explícitamente su mecanismo –tal cual lo describimos *supra-*, en cuanto los directores dejan de poder prevalecerse de dicho principio si existe cualquier “duda razonable” –entendemos de irregularidad-. El juzgado podría aquí haber sido más preciso, y explicitado un elemento adicional previo a este argumento, que habría ciertamente completado esta construcción. En efecto, entre la definición de las funciones de tercera categoría el principio de confianza, en este caso en particular se podría haber hecho referencia explícitamente al “derecho-deber” de información. En efecto, de lo que se prevalecieron los directores de La Polar, es que la información que les proporcionaba la planta gerencial de la compañía era deliberadamente falsa, por lo que habrían sido engañados. Es en efecto un elemento a considerar, no obstante, como ya se había establecido en las sentencias FASA que analizamos en esta sección, el derecho a ser informado establecido por el artículo 39 de la LSA no puede ser usado al arbitrio del titular –el director-, pues es un derecho-función, y por su naturaleza, implica fatalmente la imposición de deberes. De modo

que, esta sentencia habría ganado en claridad si hubiese descrito las funciones en cuestión en este caso en particular –tercera categoría-, la existencia de un derecho-deber de información en el ejercicio de estas funciones, y finalmente, articular este razonamiento con el deber de confianza y sus límites.

Como quiera que sea, esta sentencia termina su razonamiento indicando los hechos sobre los que está operando, y establece que “el Sr. Franke es de profesión Ingeniero Comercial, que no actuó diligentemente, toda vez que sus intervenciones denotan cierta suspicacia en el requerimiento de la información, especialmente en dos oportunidades, a saber: a) Sesión de Directorio de fecha 29 de septiembre de 2010, donde se solicitó que “analizara e informara la forma en que la categorización comercial efectuada por la Gerencia Corporativa de Productos Financieros, podía interactuar o comunicarse con la información permanentemente proporcionada al Directorio...” luego de lo cual el Directorio no vuelve a tocar la materia ni realiza acciones tendientes a requerir más información, y b) Sesión del Comité de Directores de fecha 26 de enero de 2011, al

requerir que se “explicitara que las provisiones existentes a esa fecha era suficientes atendido el análisis y riesgo de la cartera”.⁵⁰⁴. Asimismo, esta misma sentencia agrega en el considerando siguiente “[Q]ue sumado a lo anterior, aparece que durante cerca de 2 años, habiéndose creado una Contraloría Interna, ésta se encontraba acéfala, sin que se haya nombrado Gerente de dicha división, lo que debió haber sido exigido por el Directorio o en su defecto, por el Comité de Directores, del cual era integrante el reclamante, constituyendo su omisión una acción típica de negligencia.”.

En resumidas cuentas, en el caso de este exdirector e integrante del comité de directores, este sentenciador consideró que sin perjuicio del principio de confianza que habilita a los directores a prevalecerse de la información que les proporciona la planta gerencial, existían indicios que daban cuenta de la ocurrencia de hechos anómalos en la conducción de la compañía, de los que el actor había manifiestamente sido informado, y había reparado en ellos, sin tomar ninguna medida al respecto, ni buscar

⁵⁰⁴ Considerando 14°.

mayor información, quebrantando así su deber de diligencia en el ejercicio de sus funciones de tercera categoría.

Terminaremos esta revisión por un caso que no se ha judicializado, pero que ha sacudido la opinión pública nacional este último año. En el marco de una investigación abierta por la FNE en el año 2014, el 27 de marzo del 2015, la CMPC solicitó a este órgano sancionador acogerse al beneficio del programa de delación compensada, reconociendo haber participado en un acuerdo con la empresa SCA para determinar los precios y participaciones en el mercado de papeles *tissue*, que se extendió durante al menos 10 años⁵⁰⁵. En noviembre del año 2015, el presidente del directorio de la papelería, en una entrevista en *El Mercurio*⁵⁰⁶, indicó que había, junto a los otros directores, sido engañado por los ejecutivos que tomaron participación activa en esta colusión, y que no habían tenido ningún indicio que diera cuenta que se estaban cometiendo ilícitos anticompetitivos en su compañía.

⁵⁰⁵ Causa caratulada Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra, Rol N° C-299-2015.

⁵⁰⁶ [en línea] <http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2015-11-01&dtB=01-11-2015%20:00:00&PaginaId=9&bodyid=2>

Si bien no ha habido a la fecha ninguna sentencia condenatoria en materia de responsabilidad civil, ni para los directores de esta empresa, ni para los ejecutivos que habrían perpetrado los hechos en cuestión, la defensa esgrimida por el ex - presidente del directorio de la papelera nos puede dejar dubitativos. Lo que estaría en cuestión aquí, es el satisfactorio cumplimiento del deber de diligencia respecto a la tercera categoría de funciones de administración, esto es vigilancia y control. Como lo vimos, en la medida en que se trataría de una obligación de medios reforzada, la carga de la prueba debiera estar invertida, debiendo en este caso los miembros del directorio, probar que han implementado y monitoreado satisfactoriamente mecanismos de control idóneos, pero además que el comportamiento ilícito de sus delegatarios era indetectable. Si bien el primer elemento podría seguramente haber sido probado sin ningún problema, el segundo es mucho más incierto. Principalmente, porque como lo consignó la propia FNE en su requerimiento, alrededor del año 2000, se había producido en el mercado del papel *tissue* una guerra de precios entre

las requeridas⁵⁰⁷ que fue inmediatamente sucedida por un largo periodo de sorprendente estabilidad de las participaciones de mercado de los distintos agentes. Así, se puede observar que entre los años 2008 y 2013, la participación de estos agentes había conocido variaciones mínimas de 1 o 2%⁵⁰⁸, lo que en sí es un indicio inequívoco de funcionamiento anormal del mercado. La sucesión de un periodo de guerra precios con un periodo de congelamiento de las participaciones de mercado, es de hecho un caso de escuela en materia de libre competencia, que indica inequívocamente la existencia de comportamientos anticompetitivos, que podrían haber sido advertido por cualquier abogado especialista en la materia –que sin duda asesoraron los directorios de estas empresas-, o por cualquier economista, o profesional experimentado en mercados industriales competitivos. En este caso, podemos sostener que es dable considerar que los directores de la sociedad CMPC infringieron su deber de diligencia en el ejercicio de sus funciones de tercera categoría, pues no podían razonablemente contar sólo con la información que le entrega el gerente general o la plana ejecutiva de la empresa, atendido los indicios inequívocos de anomalías que presentaba el mercado. Estaba comprendido dentro de su deber de informarse al que

⁵⁰⁷ Página 8 del Requerimiento.

⁵⁰⁸ Página 13 del requerimiento.

aludimos largamente en la sección anterior, realizar todas las gestiones necesarias para aclarar las razones por las que las participaciones de mercado tanto de la CMPC como de los otros competidores presentaban estas llamativas características. En este caso, podemos observar también cómo no resulta funcional restringir el deber de informarse de los directores a la sola información proveída por el gerente general y otros ejecutivos, pues son probablemente éstos mismos que tienen el mayor incentivo para entregar información truncada con el fin de no dar a conocer al directorio sus conductas ilícitas.

3. Infracción al deber de lealtad

3.2. El deber de lealtad en Francia, una construcción pretoriana de un deber funcional

En Francia el deber general de lealtad de los administradores de sociedad –incluyendo las sociedades anónimas–, no es de origen legal. En efecto, fuera de las disposiciones especiales relativas a las convenciones

reglamentadas aplicables a todas las sociedades, y la regulación del uso de información privilegiada en la transacción de valores aplicable a las sociedades anónimas abiertas, no existe en ningún cuerpo normativo un principio general de deber de lealtad del dirigente de sociedad. De modo que su emergencia es el fruto de una construcción jurisprudencial relativamente reciente⁵⁰⁹, que terminó de trazar sus contornos esenciales hace pocos años.

Su reconocimiento era necesario y natural. En efecto, por un lado, la exigencia de la lealtad de los dirigentes sociales está estrechamente ligada a los principios de derecho societarios, pues tiene relación con la esencia misma de la empresa societaria que exige el respeto de la comunidad de interés de los socios⁵¹⁰. Por otro, el deber de lealtad es un instrumento irremplazable para garantizar el desarrollo y perennidad de la célula económica que conforma la sociedad, que como lo vimos en el capítulo anterior, es identificado por la jurisprudencia gala como el contenido de la

⁵⁰⁹ Se ha señalado que la emergencia jurisprudencial del deber de lealtad sería una directa influencia del derecho anglosajón, tanto norteamericano (ver: CAUSSAIN, J.-J. 2002. A propos du devoir de loyauté des dirigeants de sociétés. En: Mélanges B. Mercadal, (s.l.), Ed. Francis Lefebvre, 303 p.; LE NABASQUE, H. 1999. Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, RTD com. 1999, 273 p.) como británico (Ver: DAIGRE, J.-J. 2002. Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants. En: Mélanges P. Bézard, (s.l.), Petites affiches-Montchrestien, p. 79).

⁵¹⁰ SCHMIDT, D. 2004. Les conflits d'intérêts..., cit. 108 p.

noción misma de interés social. Así las cosas, y en congruencia con lo que acabamos de enunciar, los *poderes* otorgados a los administradores societarios tienen como fin principal, la protección del interés de la unidad societaria, lo que excluye *per se* la utilización de éstos *poderes* con un fin extrasocietario.

Así pues, a la raíz del ilícito correspondiente a la infracción del deber de lealtad, encontramos siempre un conflicto de interés. En términos generales, el conflicto de interés se configura en hipótesis en las que aquella persona investida de *poderes* con el fin de proteger el interés de un tercero, debe tomar decisiones en las que tiene o podría tener un interés personal – directo o indirecto-⁵¹¹. De modo que para decidir, o debe sacrificar uno de los dos intereses, o debe hacerlos converger –acomodando entonces ambos intereses, lo que en sí significa la utilización de los poderes conferidos con fines ajenos, al menos en parte, a aquellos que cimientan su cargo-.

⁵¹¹ El profesor Barros indica que, desde un punto de vista económico, existiría un conflicto de interés “cuando quienes participan en las decisiones de una sociedad tienen un interés mayor en la contraparte de los contratos que celebra esa sociedad”. Ver, BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad ..., cit. 837 p.

Ahora bien, la existencia de un conflicto de interés no configura en sí el hecho ilícito. Dentro del espectro de conductas que se inscriben en situaciones de conflictos de interés, la jurisprudencia judicial francesa ha determinado con bastante precisión cuales constituyen infracción al deber de lealtad, repartidas en dos categorías fundamentales: el deber de lealtad para con los accionistas por un lado, y para con la sociedad por otro.

3.2.1. El deber de lealtad para con los accionistas

En primer término –y es el primer tipo de deber de lealtad que reconoció la jurisprudencia francesa-, los administradores de sociedad anónima tienen un deber de lealtad respecto a los accionistas. Esta obligación fue consagrada en el ya célebre fallo de la *Chambre Commerciale de la Cour de Cassation* del 27 de febrero de 1996 -llamado fallo *Vilgrain*⁵¹². En este caso, una accionista minoritaria de una sociedad, le había encargado la venta de sus acciones al presidente del directorio de la sociedad con quien tenía cierta amistad. Finalmente, dicha accionista los

⁵¹² Corte de Casación, Sala Comercial, N° 94-11241.

vendió a este dirigente, el que, unos días después, las revendió a un precio sensiblemente superior al que él mismo había pagado, a un comprador con quien -quedó acreditado- mantenía negociaciones desde antes de haber adquirido él mismo el paquete de acciones. La *Cour* sancionó al administrador, indicando que la operación de venta de la que se benefició vulneraba “la obligación de lealtad impuesta a un dirigente de sociedad, con respecto a todos los accionistas”, atendido que se abstuvo de informar a la accionista de las negociaciones que había iniciado con un potencial comprador, y que, en particular había recibido un encargo por parte de la accionista⁵¹³.

A pesar de la especificidad del caso planteado por la sentencia *Vilgrain* –se trata aquí de un encargo de cesión de acciones a un dirigente societario-, ésta establece un primer marco conceptual respecto al deber en comento.

En primer término, atendida la formulación general utilizada por la *Cour*, se ha considerado que este deber no es sólo exigible a los dirigentes de

⁵¹³ Traducción libre de la suscrita.

sociedades anónimas en casos de encargo de cesión de acciones por parte de un accionista, sino que es extensible a todos los dirigentes de todo tipo de sociedad, en toda circunstancia⁵¹⁴.

En segundo lugar, en lo que concierne esta vez la hipótesis planteada en la sentencia, el hecho ilícito se configura específicamente por el enriquecimiento del administrador en perjuicio de un accionista, utilizando informaciones a las que ha tenido acceso en el marco del desempeño de sus funciones. De modo que, el ilícito relacionado al deber de lealtad consiste en la utilización del *poder* del que es titular o las informaciones que posee el dirigente societario, con fines estrictamente personales y en contravención al interés de los accionistas⁵¹⁵.

Finalmente, en esta sentencia, la *Cour* se abstiene en sus *visas*, de hacer referencia a una disposición legal determinada para asentar este deber fiduciario. Sólo indica que el demandado faltó al deber de lealtad que se

⁵¹⁴ El alcance normativo de este fallo es confirmado por su publicación en el *Bulletin* de la *Cour de Cassation*, y su mención en el informe anual de la *Cour de Cassation* del año 1996 (ver: Rapport annuel de la Cour de cassation. 1996. (s.l.) La Documentation Française, p. 313), refiere al dispositivo de esta sentencia en términos generales.

⁵¹⁵ LE NABASQUE, H. 1999. Le développement du devoir ..., cit. 273 p.

impone a todos los dirigentes sociales, en los términos generales que ya comentamos. Refiere a los artículos 1382 y 1116 del *C.Civ.fr*, pero en relación a la misión especial que le había conferido la accionista al administrador sancionado, que al tenor de la formulación del considerando en cuestión, es un hecho accesorio que agrava la falta del administrador, mas no una condición de su responsabilidad⁵¹⁶. Esta falta de referencia a una norma positiva en los *visas* de la sentencia causó algo de estupor en la doctrina, que rápidamente especuló al respecto, indicando algunos que el deber de lealtad tenía su origen en el contrato de mandato⁵¹⁷, o al contrario, en el *poder* del dirigente con prescindencia de todo elemento contractual⁵¹⁸. Como quiera que sea, la tesis del fundamento contractual queda siendo bastante minoritaria en la doctrina gala y tampoco tiene demasiado asidero en la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* posterior, ya que incluso en su informe anual de 1996 –vale decir del mismo año en que dictó la sentencia en comento–, ésta indica que, en ausencia de toda base textual, el concepto de lealtad deriva de la obligación de los administradores de actuar en

⁵¹⁶ LE NABASQUE, H. 1999. Le développement du devoir ..., cit. 273 p.

⁵¹⁷ SCHMIDT, D. 2006. Les associés et les dirigeants sociaux. En: Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?. Paris, PUF, 11 p.; COZIAN, M. VIANDIER, A. y DEBOISSY, F. 2003. Droit des sociétés ..., cit. 155 p.

⁵¹⁸ LE NABASQUE, H. 1999. Le développement du devoir ..., cit. 273 p.

conformidad al interés social, y respetando la igualdad de tratamiento entre los accionistas⁵¹⁹.

La definitiva consagración del deber de lealtad de los administradores de sociedad respecto a sus accionistas ocurrió en el año 2004, con la sentencia *Beley*⁵²⁰. En este caso, el presidente del *Conseil d'Administration* de una sociedad, convenció algunos de los accionistas de ésta, de vender sus acciones a una sociedad financiera que había él mismo creado junto a otros accionistas. La venta fue concluida, y tres meses después, la financiera vendió dichas acciones a un tercero, a un precio muy superior al precio de cesión inicial. En esta sentencia, la *Cour* indicó que, atendido que el administrador disimuló a los accionistas vendedores, información que por su naturaleza tenía la aptitud de influir en su consentimiento a la operación, éste había incumplido el deber de lealtad al que los dirigentes societarios están obligados respecto a todos los accionistas.

⁵¹⁹ Rapport Annuel de la Cour de Cassation ..., cit. 312 p.

⁵²⁰ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 00-15.618.

Se ha sostenido que esta sentencia es una consagración, pues contrariamente a lo ocurrido en el fallo *Vilgrain*, no había aquí ningún tema contractual anexo –el administrador cuestionado no había recibido ningún encargo de los accionistas demandantes para gestionar la venta-, lo que despeja cualquier duda respecto a la ubicación del deber de lealtad, al situarlo indubitablemente en la función del administrador. Aboga en este sentido la precisión que realiza la *Cour*, en cuanto el comprador de acciones no tiene en sí la obligación de informar al vendedor acerca de las negociaciones relativas a la compra de éstas por un tercero. De modo que el ilícito cometido por el administrador en este caso, está netamente radicado en la esfera de sus funciones, independiente de toda otra circunstancia⁵²¹.

Asimismo, reafirma lo ya indicado por la *Cour* en su informe anual del año 1996, respecto a la base legal de la obligación de lealtad de los dirigentes. En efecto, ésta indica en los mismos términos generales la existencia de dicho deber, sin mencionar una disposición legal específica.

⁵²¹ TRÉBULLE, F.-G. 2004. Devoir de loyauté du dirigeant à l'égard des associés. JCP E 2004, p. 1393

Así las cosas, el deber de lealtad es un deber funcional y es la contraparte de los *poderes* que le han sido conferidos por la ley⁵²².

Ahora bien, si la existencia y fundamento del deber de lealtad de los administradores para con los accionistas quedó establecida por la jurisprudencia antes comentada, nos queda cernir su alcance y contenido.

En lo que atañe a su contenido, la jurisprudencia francesa es pragmática y reconoce –como lo veremos en los fallos que analizaremos en los siguientes párrafos- que la existencia de un conflicto de interés no implica *per se* la comisión de un hecho ilícito. Por ello, la obligación concreta en la que se materializa el deber de lealtad para con los accionistas es fundamentalmente el deber de información previa del conflicto que se presenta.

⁵²² GODON, L. 2005. Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés. Rev. sociétés 2005, p. 140

En lo que dice relación con la obligación de informar, la jurisprudencia francesa parece indicar que el deber de lealtad abarca al menos una obligación de explicitar la situación con los accionistas, y eventualmente una obligación de consejo.

En cuanto a la primera, ésta fue enunciada explícitamente en una sentencia de la *Cour de Cassation* del año 2006⁵²³. En este caso, un administrador había cedido su participación en la sociedad que dirigía, a un tercero. Al poco tiempo, otros accionistas cedieron su participación a ese mismo tercero, a un precio notoriamente más bajo, por lo que éstos estimaron que el administrador que había concretado su venta antes, había faltado a su deber de lealtad. La *Cour* indicó aquí, que el mero hecho de haber obtenido un mejor precio no es en sí prueba de un ilícito, atendido que las condiciones de venta de la participación del administrador habían sido informadas a los accionistas conforme a lo dispuesto por la ley. La formulación del tribunal supremo francés es ambigua, pero puede ser interpretada *a contrario sensu*. En efecto, a la alegación de las recurrentes

⁵²³ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 04-19.802.

que sostenían que el conflicto de interés en este caso estaba acreditado y que la ventaja obtenida por el administrador era la prueba de su incumplimiento al deber de lealtad que le compete, la *Cour* respondió que las ventajas obtenidas por el dirigente cuestionado fueron convenidas en el marco de contratos que fueron sometidos al conocimiento y votación de los accionistas, por lo que no constituyen prueba de la deslealtad alegada⁵²⁴. De modo que, si el administrador no hubiese informado los accionistas, se habría configurado el hecho ilícito. Al respecto, Godon⁵²⁵ indica que la obligación de información y transparencia derivada del deber de lealtad es una obligación de resultado atenuada, pues la importancia de este deber no admitiría una obligación de medios, en la que los dirigentes hicieran “todo lo posible para cumplirla”. Por ello, frente a un eventual conflicto de interés que aqueje a los administradores, les es exigible una obligación de información que revestiría algunas características de una obligación de resultado.

⁵²⁴ “Mais attendu que l'arrêt retient que les avantages consentis à M. X..., convenus dans le cadre des conventions portées à la connaissance et soumises à l'avis des actionnaires par la volonté de la loi et ainsi connues des consorts Z... ne peuvent constituer la preuve de la déloyauté reprochée à M. X... ; que, par ce seul motif, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ces branches.”

⁵²⁵ GODON, L. 2005. Précisions quant... cit.

En cuanto a la eventual mutación de esta obligación de información que impone el deber de lealtad, a una obligación de consejo a los accionistas, esta cuestión no ha sido del todo despejada. Existen sentencias de la *Cour de Cassation* en las que efectivamente, se le exige al administrador brindar consejos financieros a los accionistas, respecto a sus operaciones o proyectos que atañen la sociedad. Así, en una sentencia del año 2005⁵²⁶, con ocasión de una operación de venta de la participación de un accionista a otra sociedad en la que un administrador de la primera tenía intereses, la *Cour* indicó que éste tenía la obligación de informar el vendedor acerca del valor real de las acciones. En otra sentencia del año 2008, también en el marco de una operación de venta de acciones, la *Cour* sancionó a un dirigente por no haber indicado al accionista vendedor sobre un elemento de contabilidad de la sociedad que tenía incidencia en la valoración de las acciones⁵²⁷. El alcance de estas sentencias es incierto puesto que por un lado, son aisladas y por otro, no motivan su decisión en una formulación general que exprese claramente que la obligación de consejo que se retuvo en ambos casos es parte del deber de lealtad. De modo que, por el momento sólo tenemos certeza respecto a la efectiva

⁵²⁶ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 03-12 339.

⁵²⁷ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 07-13 198.

existencia de la obligación de información que le incumbe al administrador respecto de los accionistas.

En lo concerniente al alcance del deber de lealtad, al tenor de la jurisprudencia citada queda claro que el administrador tiene una obligación de transparencia e información en caso de existir un conflicto de interés que pudiera perjudicar el interés de los accionistas, pero siempre en el marco de operaciones propiamente societarias. No obstante, en una sentencia muy comentada del año 2012⁵²⁸, en una sociedad constituida por médicos, uno de ellos -que era además administrador de la misma- estaba al tanto del proyecto de sus otros socios de comprar para sí -y no con la sociedad-, el inmueble en el que desarrollaban sus actividades. El dirigente en cuestión cedió su participación a un tercero, y posteriormente a su partida, sus antiguos asociados se percataron que éste había adquirido el inmueble que pensaban comprar para ellos. Esta operación evidentemente, excede totalmente el ámbito societario, atendido que la compra cuestionada del inmueble no era un proyecto de la sociedad a propiamente tal, sino que de

⁵²⁸ Corte de Casación, Sala Comercial, N°11-24.305.

sus socios a título personal. En este caso de especie, los jueces del fondo habían rechazado la demanda interpuesta por los antiguos socios del administrador cuestionado, considerando que puesto que la operación excedía el ámbito estrictamente societario, la conducta del dirigente era una *indelicadeza*, mas no un ilícito. La *Cour de Cassation* revirtió el fallo de segunda instancia en este punto, indicando que la compra del inmueble, a pesar de exceder la esfera societaria, era una infracción al deber de lealtad, y por ende, un hecho ilícito⁵²⁹.

En definitiva, el hecho ilícito derivado del deber de lealtad de los administradores respecto a los accionistas se configura en términos generales, cuando éstos tienen un interés personal –directo o indirecto- en las operaciones realizadas o proyectadas por los accionistas, y no lo informan. Dichas operaciones pueden ser propias del desarrollo de la actividad societaria –como lo son las ventas de acciones-, o pueden ser externas a la esfera societaria. Al tenor de la sentencia del año 2006⁵³⁰ que

⁵²⁹ Esta extensión del deber de lealtad a las operaciones no societarias, si bien fue dictada en una sentencia relativa a una SpA, es aplicable a todos los tipos societarios pues, como ya lo hemos señalado, la construcción jurisprudencial relativa al este deber fiduciario fue desde un principio formulada en términos generales y refiere a todos los dirigentes societarios. Ver: Corte de Casación, Sala Comercial, N°11-24.305.

⁵³⁰ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 04-19.802

comentamos *supra*, siendo la obligación de información que les incumbe, de resultado atenuada, no habría en principio posibilidad alguna de eximirse de su cumplimiento. De modo que el ámbito del hecho ilícito aquí, abarcaría todas las hipótesis en las que el administrador guarda silencio respecto al conflicto de interés.

3.1.2. El deber de lealtad para con la sociedad

Pocos años después de haber creado el deber de lealtad de los dirigentes societarios para con los accionistas, la *Cour de Cassation* lo extendió a la sociedad en sí, en un muy comentado fallo *Kopcio* del 24 de febrero del año 1998⁵³¹. Esta sentencia dirimió un caso muy banal, en el que un dirigente de una sociedad anónima renunció a su cargo, y formó una sociedad competidora directa. Al poco tiempo, la primera sociedad tuvo que hacer frente a una masiva ola de renuncias de sus empleados, que se fueron a prestar servicios a la nueva sociedad dirigida por el ex-administrador. En este caso, los jueces del fondo habían rechazado la demanda interpuesta por

⁵³¹ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 96-12638.

la sociedad a la que había renunciado el administrador cuestionado, indicando que si bien su contrato estipulaba una cláusula de no – competencia, éste había renunciado antes de formar la empresa competidora. La *Cour* revirtió el fallo en cuestión, indicando que el demandado había ocupado el cargo de director general de la compañía, por lo que estaba, por ese sólo hecho, sujeto a una obligación de lealtad para con la empresa. Por ello, los jueces del fondo erraron en no haber verificado que las renunciaciones masivas y posterior reclutamiento en la nueva sociedad, no hubiesen sido gestados y negociados durante la vigencia del cargo del administrador sancionado.

Esta decisión es plenamente congruente con la jurisprudencia relativa al deber de lealtad para con los accionistas, en lo relativo a su base legal, pues indica claramente que éste deriva del cargo de dirigente. En lo que concierne el contenido mismo de la obligación –y por ende a la configuración del hecho ilícito-, esta sentencia establece una prohibición general de perpetrar conductas de competencia desleal en contra de la sociedad dirigida. La doctrina ha señalado que esta obligación derivada del

deber de lealtad es de orden general, y prohíbe toda “inteligencia con el enemigo”⁵³².

Para terminar, respecto a este deber de lealtad, que como lo vimos en la jurisprudencia francesa concierne fundamentalmente los dirigentes que ejercen funciones de administración a propiamente tal, podemos preguntarnos si se aplica con la misma intensidad a los miembros del *Conseil de Surveillance*, que no desempeñan funciones de administración sino de control de ésta. Al respecto, algunos autores han señalado que, atendido que los miembros este órgano de administración, son susceptibles de estar en conocimiento de información relevante para las operaciones de la sociedad o de los accionistas, es razonable pensar que el deber de lealtad se les aplica de la misma manera que a los otros administradores de la sociedad⁵³³. De modo que, en principio, el hecho ilícito derivado del deber de lealtad, tanto para con los accionistas como para con la sociedad, se configura de igual manera para todos los miembros de los órganos de administración de la sociedad.

⁵³² REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité ..., cit. 38 p.

⁵³³ Corte de Casación, Sala Comercial, N° 01-13.642.

A mayor abundamiento, se considera que entra en la esfera del deber de lealtad, la obligación de reserva que la ley impone a los dirigentes de sociedades. En Francia, los artículos L. 225-37 y L. 225-92 del *C.Com.fr*, disponen que los miembros del *Conseil d'Administration*, del *Directoire* y del *Conseil de Surveillance* están sujetos al deber de discreción respecto a la información societaria que, por decisión del órgano competente, es declarada confidencial. No obstante, atendido que existe aquí una norma expresa que establece una prohibición específica, analizaremos este tema en la segunda parte de este capítulo.

3.3. El deber de lealtad en Chile, una noción incompleta

El deber de lealtad en Chile, desde un punto de vista normativo, presenta una desventaja en comparación con el deber de diligencia que analizamos *supra*. En efecto, no tenemos aquí un artículo 41 que lo codifique prístinamente y con título. Tenemos al contrario un grupo

indistinto de disposiciones, que parecen abordar distintos aspectos de referido deber. Con todo, a nivel doctrinario, existe cierto consenso entre nuestros autores nacionales en cuanto se trataría de un deber de orden fiduciario, inherente al cargo mismo de administrador de la sociedad y que está “expresa[do] legalmente”⁵³⁴ en distintas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, y en particular, en los artículos 39 inciso 3°, 44, 89 y 42 incisos 6° y 7° de la LSA⁵³⁵. Asimismo, se señala invariablemente que el contenido de dicho deber fiduciario consiste en “preferir el interés social al propio, cuando enfrentan un conflicto de interés”⁵³⁶. Visto entonces la carencia de sistematización tanto de nuestras normas positivas como de nuestra doctrina al respecto, procederemos a aplicar la misma matriz de análisis que explicamos en la primera sección de este capítulo.

3.3.1. El deber genérico codificado

⁵³⁴ La expresión es del profesor Barros. BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad ..., cit. 838 p.

⁵³⁵ Ver: BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad ..., cit. 838 p; VASQUEZ, M.-F. 2012. Gobiernos corporativos y deberes de los administradores de las sociedades anónimas: cuestiones actuales (desde la Ley N° 20.382) y reformas pendientes. Cuadernos de extensión jurídica / Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, (22): 201; PFEFFER, F. 2015. Deber de lealtad de directores y gerentes ..., cit. 211 p., y PFEFFER, F. 2005. El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la superintendencia de valores y seguros en el contexto del denominado “caso Chispas”. Revista Chilena de Derecho, p. 524.

⁵³⁶ BARROS, op. cit. p. 839; PFEFFER, F. 2005. El concepto de control societario..., cit. 524 p.

Algunos autores han sostenido que la esencia del deber de lealtad estaría contenida en el artículo 42 N° 7 de la LSA que dispone que “los directores no podrán en general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social”⁵³⁷, y establecería el deber de fidelidad como una prohibición de privilegiar el interés propio en desmedro del interés social. No compartimos esta opinión. En efecto, conforma a la taxonomía que hemos enunciado en la primera sección de este capítulo, resulta medianamente claro de la formulación de esta norma que es una regla intermedia y no una codificación del deber en cuestión. Esta disposición le indica precisamente a los directores la conducta que deben adoptar, estableciendo cuatro terminantes prohibiciones: practicar actos ilegales –se entiende en contravención al ordenamiento jurídico-; practicar actos contrarios a los estatutos –que es el marco legal más inmediato de la sociedad-; practicar actos contrarios al interés social –sin indicación alguna respecto al contenido de dicha noción-; y finalmente, usar su cargo para obtener

⁵³⁷ ZEGERS RUIZ-TAGLE, M. y ARTEAGA ECHEVERRÍA, I. 2004. Interés social, deber de lealtad y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31 (2): 250.

ventajas indebidas en perjuicio del interés social. Ninguna de estas prohibiciones es suficiente en sí para caracterizar el deber genérico de lealtad, pues son todas demasiado estrechas, e incluso todas juntas no alcanzan realmente a cercarlo. Sostenemos que esta disposición es entonces una regla intermedia y la examinaremos en los párrafos siguientes.

A nuestro juicio, la disposición más susceptible de ser considerada como una codificación del deber de lealtad, es el artículo 39 inciso 3° de la LSA. Éste indica en efecto que “[L]os directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes, no pudiendo faltar a éstos y a aquélla a pretexto de defender los intereses de quienes los eligieron”.

La formulación es alambicada, hay que convenirlo. La cuestión relevante aquí, es que este artículo tematiza la defensa de intereses ajenos a aquellos personales de los directores, lo que es, como lo vimos en el primer capítulo de esta investigación, el elemento central que justifica el deber de

lealtad. Es decir, puesto que los derechos y facultades de los directores son derechos-funciones, destinados a garantizar y cautelar intereses de terceros a su titular, el sentido mismo de estos derechos supone la lealtad a estos intereses.

De la formulación de esta regla, es necesario reparar en dos aspectos fundamentales. En primer término, su dualidad. En efecto, como resulta evidente, esta disposición alude a dos categorías de intereses distintos, el de la sociedad, y el de los accionistas como conjunto. Nótese que esta disposición no refiere al interés social, sino que al interés de la sociedad. El aspecto binario de los intereses que debe defender el director es como lo expusimos latamente en el primer capítulo de esta investigación perfectamente lógico, atendidos los contornos propios de la noción de interés común –que es el núcleo central de la noción amplia de interés social-. Como ya lo dijimos, al tenor de nuestra legislación vigente, el interés común se realiza en dos tiempos, pues hay en realidad dos categorías de intereses distintos: por un lado el interés estrictamente patrimonial de la sociedad como persona jurídica, pues éste es el vehículo para cumplir la

promesa societaria, y por otro el interés de los accionistas -considerados como clase- de sacar la parte que le corresponde del enriquecimiento de la sociedad, siendo esto, la promesa societaria a propiamente tal. Sin embargo, la relación entre estas dos categorías de intereses está jerarquizada y es funcional. Es decir, el interés patrimonial de la sociedad está supeditado a la realización del interés de los accionistas como clase, y es considerado en el interés común únicamente en su aspecto funcional. Como quiera que sea, el carácter binario de los intereses existentes en la sociedad es por lo tanto inherente a su esencia misma, y está reconocida a todo nivel. No resulta extraño entonces que la disposición que codifica el deber de lealtad imponga expresamente la lealtad a ambas categorías de intereses.

Esto tiene también sentido, ya que la noción de interés social no es necesariamente coincidente con la noción de interés de los accionistas a propiamente tal, y especialmente en nuestra jurisprudencia. Como lo vimos en el capítulo anterior, nuestros tribunales parecen considerar el interés social como un interés estrictamente patrimonial de la sociedad. En la hipótesis en que se perjudique el patrimonio societario, se entiende que los

accionistas automáticamente también sufrirán un perjuicio, pues su interés es evidentemente que su aporte e inversión en la sociedad genere plusvalía. Sin embargo, lo contrario no es cierto. Una conducta determinada puede perfectamente no causar ningún daño al patrimonio de la sociedad, pero sí a algunos accionistas, y en especial en configuraciones de propiedad del capital concentrado, en el que existe uno o un grupo de accionistas mayoritario, y accionistas minoritarios que no podrán hacer valer sus derechos en el directorio o en la junta de accionistas, pues no tienen mayoría. Esta hipótesis es frecuente, como lo veremos en las secciones siguientes. De modo que, como lo sostendremos en el desarrollo de este capítulo, el deber de lealtad de los administradores de sociedades anónimas, es al igual que en Francia, bicéfalo, y comprende la doble obligación de anteponer los intereses de la sociedad y los de los accionistas a los suyos propios, directos o indirectos.

En segundo lugar, cabe notar que curiosamente, esta disposición insiste particularmente en el aspecto relativo a los intereses de los accionistas. En efecto, su formulación refiere a la hipótesis –frecuente como

lo veremos *infra*- en que un director elegido por un grupo de determinado de accionistas, defienda los intereses de éste y no de todos los accionistas. Esto debiera indicarnos que la defensa del interés de los accionistas como clase, es al menos igual de relevante que la defensa del interés de la sociedad, lo que resulta por lo demás congruente con la definición de interés social que hemos dado.

Como lo vimos en la parte francesa, esta dualidad fue tematizada y sistematizada por la jurisprudencia gala hace varios años ya. Como lo veremos en esta sección, en nuestro país, a pesar de la disposición expresa de la ley, la doctrina no ha presentado mayor interés en esta dualidad, y la jurisprudencia para abordarla de manera muy implícita –tal vez porque la doctrina precisamente no lo ha sistematizado-.

3.3.2. Las reglas intermedias

Paralelamente a esta codificación del deber genérico de lealtad, nuestra LSA dispone de un gran número de reglas intermedias, que como ya lo dijimos, son operativamente autónomas pero racionalmente dependientes del deber general de lealtad. Las clasificaremos por temas.

3.2.2.1. Prohibición de decisiones que persigan un fin distinto al interés social

Esta prohibición está formulada dos veces de forma distinta en nuestra LSA. En el artículo 42 del referido cuerpo normativo, se indica en su primer numeral, que le queda prohibido a los directores “Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social”. *A contrario*, todas las decisiones de todos los ámbitos societarios deben tener como único fin, el interés social. Entendemos aquí que la noción de interés social a la que se hace referencia es evidentemente aquella señalada en el artículo 39 inciso 3° de la LSA, por lo que comprende tanto el interés

patrimonial de la sociedad, como el interés de los accionistas como clase. Esta disposición le recuerda a los directores que los derechos y facultades que les han sido asignados son derechos-funciones, y como tal, están enteramente orientados a la realización del interés social, sin ninguna excepción. Resulta interesante que la orientación del ejercicio de las funciones haya sido positivada expresamente por nuestro legislador, y más en una regla intermedia. Es decir, existe la prohibición expresa y concreta de no ejercer los derechos que les son asignados en un interés diverso. A nuestro juicio, esto no sólo ratifica lo que sostuvimos en el primer capítulo de esta investigación acerca de la naturaleza de los derechos de los directores, sino que confirma que es un elemento central de la construcción normativa en estudio.

Por su lado, el último numeral del artículo en comento señala que los directores no pueden “[E]n general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social [...]”. Esta disposición puede parecer redundante con el primer numeral de la norma referida, pues concierne una hipótesis parecida –esto es, practicar actos, entre otros, en contra del interés

social-, pero en realidad no lo es. Es la versión *a contrario* del primero, es decir, todas las decisiones deber perseguir la realización del interés social, *a contrario*, los actos contrarios al interés social están prohibidos. Son dos disposiciones invertidas.

Finalmente, el RSA dispone en su artículo 79 que “[E]l director debe también, entre otras conductas, abstenerse de proponer, acordar o realizar actos o contratos, o tomar decisiones que no tengan por fin el interés social.”. Este artículo sí es redundante con los dos anteriores.

3.2.2.2. Sacar ventajas indebidas de su cargo o posición

El aprovechamiento personal ilegítimo por parte de los directores es una hipótesis más específica de infracción al deber de lealtad, que puede configurarse según la LSA, de varias maneras. En primer lugar, en términos generales, se le prohíbe al director “[...] usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del

interés social.⁵³⁸ Esta regla intermedia es el supuesto general, y podemos ver la disgregación de estas obligaciones hasta este punto. Partimos del deber genérico que indica que un director debe defender los intereses de la sociedad y de todos los accionistas –lo que implica su lealtad-, pasamos a la regla intermedia que prohíbe los actos en contra del interés social que es un aspecto concreto del deber en cuestión, para terminar en la prohibición de usar las funciones que les son asignadas en su propio beneficio, que es otro aspecto concreto del deber de lealtad. No obstante, esta disposición resulta sorprendente, ya que la existencia de perjuicios es un elemento de configuración de la responsabilidad civil en sí, no del hecho ilícito que concurren a su formación. Es decir, como bien sabemos, las condiciones de la responsabilidad son la existencia de un hecho ilícito, la existencia de un daño, y la causalidad entre los dos primeros. Por ello, inocular la segunda condición en la formación de la primera, tiene como resultado directo estrechar la noción de hecho ilícito de este supuesto de responsabilidad. Es decir, no bastará aquí con haber sacado un provecho ilegítimo de la sociedad, sino que debe haber además causado daño a la misma. Esto se explica atendido precisamente la naturaleza normativa de estas

⁵³⁸ Artículo 42 N° 7 LSA.

disposiciones. En la medida en que son reglas intermedias, pueden indicar criterios adicionales a aquellos establecidos por el deber genérico, para la infracción del ilícito en particular.

Más específicamente, queda prohibido “[T]omar en préstamo dinero o bienes de la sociedad o usar en provecho propio, de sus parientes, representados o sociedades a que se refiere el inciso segundo del artículo 44, los bienes, servicios o créditos de la sociedad, sin previa autorización del directorio otorgada en conformidad a la ley.⁵³⁹”. Es decir, en principio no puede usar los recursos financieros de la sociedad sin antes haber sido expresamente autorizado por el directorio.

Por su lado, el artículo 45 de la LSA, señala que “[S]e presume igualmente la culpabilidad del o de los directores que se beneficien en forma indebida, directamente o a través de otra persona natural o jurídica de un negocio social que, a su vez, irroque perjuicio a la sociedad.”. La configuración de este ilícito dispuesto por esta regla intermedia supone la

⁵³⁹ Artículo 42 N° 5 LSA.

existencia de dos elementos: el aprovechamiento personal e ilegítimo de un director, y la existencia de perjuicios al interés social.

En el mismo orden de idea, el sexto numeral del artículo 42 de la LSA, indica que los directores no pueden “[U]sar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo”. Este es un claro supuesto de competencia desleal por parte de los directores o de personas relacionadas con ellos, pero está articulado también con la condición del daño que vimos en los párrafos anteriores. Esta es claramente una obligación de no hacer, pero también con la condición que cause daño.

Para terminar, dentro de esta categoría de reglas intermedias, la LSA dispone normas que regulan los supuestos de autocontratación⁵⁴⁰. Los artículos 44 y 89 refieren a las sociedades anónimas cerradas –que no son directamente el tema de esta investigación-, e indica las condiciones en las que se tienen que realizar las operaciones en las que uno o más directores

⁵⁴⁰ BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad ..., cit. 841 p.

tengan interés directo o indirecto a través de otra persona, o en entre partes relacionadas. Sin embargo, el artículo 44 tiene su equivalente para las sociedades anónimas abiertas en el artículo 147 de la LSA, en el que se instruye un procedimiento específico para las operaciones entre partes relacionadas (en adelante OPR), que tiene por objeto brindar transparencia y garantizar la equidad de la operación.

En lo que respecta el artículo 147 de la LSA que dispone un procedimiento para realizar OPR, éste revista sin duda las características de una regla intermedia, puesto que establece un estándar concreto de comportamiento que consiste fundamentalmente en dos obligaciones: informar previamente del conflicto de interés que los aqueja, al directorio o a quien éste designe para ese efecto, y cumplir con reglas de aprobación más estrictas para el eventual acuerdo que concierne la operación, con el fin de garantizar la transparencia de la misma, y proteger el interés social, y el de todos los accionistas. Estas obligaciones específicas son racionalmente dependientes del deber general de lealtad, en la medida en que permiten su efectivo cumplimiento. Ahora bien, la obligación de informar podría ser

como en Francia, inherente al deber de lealtad –caso en el cual los artículos 147 y 44 sólo serían su expresión normativa-, o podría ser una regla intermedia, caso en el cual su cumplimiento o no sería irrelevante en la configuración del hecho ilícito. A nuestro juicio la integración de esta regla intermedia a la noción de deber de lealtad –y por consiguiente a la configuración de su hecho ilícito- es necesaria, puesto que ello permite extender el control de licitud de las conductas de los administradores al periodo previo a la eventual realización de éstas. Es, en otras palabras, una herramienta de control preventivo que viene a complementar el control represivo formulado esencialmente en el artículo 133 de la LSA.

Como quiera que sea, cabe precisar que esta discusión fue irrelevante hasta la promulgación de la Ley N° 20.382 del año 2009, puesto que la versión original del artículo 44 indicaba que: “[U]na sociedad anónima sólo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el

mercado. Los acuerdos que al respecto adopte el directorio serán dados a conocer en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación.”⁵⁴¹. De modo que, hasta el año 2009 la expresión positiva de la obligación de informar era a todo evento. La reforma escindió esta obligación en dos, una específica a las sociedades anónimas abiertas (artículo 147 de la nueva versión de la LSA), en la que obligación sigue siendo a todo evento, y otra para las sociedades anónimas cerradas (artículo 44) en la que se indica que solamente concierne las operaciones de montos relevantes. De modo que, hasta el año 2009, que la obligación en cuestión sea o no sea inherente al deber de lealtad no tiene importancia, ya que está positivada sin discriminar tipos de operaciones. Del año 2009 en adelante, esta discusión es pertinente únicamente para las sociedades anónimas cerradas, para las operaciones que no son de “montos relevantes”.

3.2.2.3. La obligación de información previa de la existencia de conflictos de interés

⁵⁴¹ [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29473&tipoVersion=0>>

Respecto a lo que nos preguntábamos en los párrafos anteriores, de si el deber de información previa de la existencia de conflictos de interés solamente atañe el procedimiento de OPRs o al contrario, como en Francia, es una obligación inherente al deber general de lealtad, lo cierto es que como quiera que sea, nuestro ordenamiento jurídico dispone expresamente que sí se debe informar en una regla intermedia. En efecto, el artículo 79 del RSA indica que el director “debe evitar que eventuales conflictos de intereses perjudiquen a la sociedad, comunicando oportunamente la existencia de tales para su debido tratamiento conforme a la ley y, en caso de tener un conflicto, debe abstenerse de votar en los casos que señala la ley, sin perjuicio de poder ejercer su derecho a voz.”. Es una obligación positiva y sin ambigüedad. Tampoco indica ninguna condición o requisito particular. Todos los directores que estén aquejados por un conflicto de interés deben obligatoriamente comunicarlo al directorio oportunamente para que éste colegiadamente se entienda, decida qué procedimiento adoptar.

3.2.3. El tipo de obligación en cuestión

Ahora bien, al igual que lo hicimos para el deber de diligencia, debemos examinar ahora el tipo de obligación al que corresponde cada una de estas reglas, de decisión o intermedias, conforme a la taxonomía de obligación de resultado o de medios.

3.2.3.1. Las obligaciones intermedias

Como ya lo indicamos en la primera sección de este capítulo, en principio las reglas intermedias, por su precisión y naturaleza –puesto que varias de ellas son obligaciones de no hacer-, son obligaciones de resultado. Más aún cuando la conducta está descrita a través de la formulación misma del resultado –como es el caso del artículo 45 N° 1-. De modo que, podemos razonablemente sostener, que las disposiciones antes referidas son obligaciones de resultado en las que no habrá discusión posible aquí respecto al carácter culposo o no de los directores cuestionados. El

denominador común aquí, que importa infracción, es el perjuicio a la sociedad. Este puede estar formulado de esta forma, con directa alusión a la existencia de un daño, o puede ser simplemente señalado como una decisión que va “en contra” del interés social. Pero el resultado es el mismo, a partir del momento en que hay daño o vulneración al interés social, existe infracción a estas disposiciones.

3.2.3.2. La obligación general de lealtad

Contrariamente a lo que expusimos respecto al deber de diligencia, que está compuesto como lo vimos de distintos tipos de obligaciones que deben ser analizadas separadamente, el deber de lealtad se presenta de forma unitaria y permanece inmutable en el ejercicio de todas las funciones del director. Sin embargo, como lo vimos, parte de la doctrina francesa considera que el deber general de lealtad en sí es una obligación de resultado. Se ha sostenido en efecto que el deber de lealtad es una obligación de no hacer, en cuanto lo que prohíbe al director es perseguir

intereses alternativos al interés social. De modo que, cualquier comportamiento que tenga como objeto la realización o la defensa de otro interés sería ilícito. Compartimos esta opinión. Si como bien lo indica nuestra doctrina mayoritaria, el deber de lealtad es hacer prevalecer siempre el interés social, pues entonces queda prohibido hacer prevalecer un interés alternativo, y puesto que el resultado de esta conducta no está expuesto a ningún *aléa* más que la voluntad del director, es por ende, es una obligación de resultado y no de medios.

3.2.4. El tratamiento jurisprudencial del deber de lealtad para con la sociedad y el hecho ilícito que le está asociado

Como lo indicamos previamente, nuestra jurisprudencia judicial no tiene por el momento una masa crítica de sentencias que pueda presentar suficiente sistematización del tema analizado. Hemos por lo tanto elegido analizar en esta sección una pequeña cantidad de sentencias, que nos

proveyeron de indicaciones esenciales de interpretación de la articulación normativa vigente. Por ello, dividiremos esta subsección por temas.

3.2.4.1. Reconocimiento del carácter bicéfalo del interés social

Como indicamos *supra*, desde un punto de vista estrictamente normativo, consideramos que el deber de lealtad de los administradores es bicéfalo, y comprende tanto la lealtad a los intereses de la sociedad, como a los intereses de los accionistas, lo que crea dos categorías de hechos ilícitos distintas. Sostenemos que el reconocimiento del deber de lealtad para con los accionistas, además de estar codificado, es esencial para el buen funcionamiento de nuestros gobiernos corporativos, y ha recibido en ocasiones un reconocimiento implícito por parte de nuestros tribunales de justicia.

Respecto al reconocimiento jurisprudencial, al igual que para la primera parte de los ilícitos relacionados al deber de lealtad, no tenemos

una masa crítica suficiente de sentencias que pueda dar sistematicidad a la noción en comento. Rescatamos sin embargo las sentencias del caso Chispas y las del caso Campos Chilenos, que a nuestro parecer, disciernen ambas obligaciones de lealtad comprendidas en el artículo 39 inciso 3° de la LSA.

Sin duda el primero y más emblemático pronunciamiento judicial es fue aquel recaído en el conocido caso Chispas. Éste ocurrió a fines de la década de los 90, en el marco de la sociedad Enersis S.A.. Para 1997, esta compañía tenía repartido su capital entre varios grupos de accionistas, uno de los cuales estaba conformado por las denominadas sociedades Chispas, que habían sido creadas por un conjunto de ex empleados de Enersis, que habían capitalizado la indemnización recibida al momento de la privatización de la compañía. Cada una de éstas tenía dos series de acciones: A y B. Las acciones de la serie A otorgaban a sus titulares derechos económicos privilegiados, pero derechos políticos limitados. Al contrario, las acciones de la serie B, que representaban una fracción muy inferior del capital de éstas (0.06%), le otorgaban a sus titulares el control y

administración de las Sociedades Chispas. Estas acciones serie B estaban en manos de un grupo de 7 ejecutivos de Enersis, que fueron llamados los “Gestores Claves”⁵⁴². A mediados del año 1997, Enersis preparaba una alianza estratégica con la empresa española Endesa España S.A. (en adelante, EE), con el fin de realizar una serie de inversiones en América Latina. A grandes rasgos, la operación contemplaba la creación de una tercera sociedad Endesis S.A., en la que EE tendría una participación de 55% y Enersis de 45%. Por tratarse la operación de negociaciones entre partes relacionadas, se consideró necesario conformar una comisión especial integrada por dos directores independientes. Sin embargo, paralelamente a esta operación de alianza estratégica, el señor Yuraszeck, entonces Gerente General de Enersis y Gestor Clave de las Chispas, celebró con EE una serie de contratos cuyo objetivo final era vender la participación y “esquema de control” de los Gestores Claves en las Chispas a EE y colaborar en la compraventa de las series A de mismas sociedades. El resultado final de esta operación, fue la toma de control de las Chispas por parte de EE, en la que los Gestores Claves vendieron su participación a un precio total de 256.8 millones de dólares, y recibieron adicionalmente 250

⁵⁴² Los señores Yuraszeck, Zylberberg, Mackenna, Brito, Molina y Gardella.

millones de dólares por sus gestiones en esta transacción. La Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) multó estos 7 administradores⁵⁴³, sanciones que fueron confirmadas por la Corte de Apelaciones de Santiago⁵⁴⁴ y la Corte Suprema⁵⁴⁵.

En este caso, una de las infracciones que retuvo la SVS en contra de los Gestores Claves, fue precisamente la violación del artículo 39 inciso 3° de la LSA, atendido que en el ejercicio de sus funciones de directores y ejecutivos en el grupo de empresas del conglomerado de Enersis, éstos perpetraron conductas en el interés de sólo uno de los accionistas de esta última - Endesa España-, y como contraprestación al pago de parte del precio de las acciones serie B de las sociedades Chispas, que vendieron a EE. Respecto a esta imputación en particular, tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema consideraron que, el conjunto de contratos conformado por el Acuerdo de Alianza Estratégica entre Enersis S.A. y Endesa España, y los contratos celebrados entre ésta última, los sancionados

⁵⁴³ Resoluciones Exentas Nros. 351 a 353 y 371 a 373, todas de 1997. Las multas fueron posteriormente anuladas por una sentencia del 5° Juzgado Civil de Santiago, Rol N°4641-1997.

⁵⁴⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°7534-2002.

⁵⁴⁵ Corte Suprema, Rol N°4261-2004.

y los directores de las Chispas, son parte de una única e indivisible operación comercial destinada a materializar el ingreso de la sociedad española como nueva accionista mayoritaria y controlador de Enersis y sus filiales⁵⁴⁶. De modo que, como lo indicó la Corte Suprema, no se puede sostener que los reclamantes hayan actuado en éstos como simples accionistas de la sociedades Chispas, puesto que “por tales contratos se pretendía traspasar el esquema de control que detentaban y hacían efectivo en su calidad de directores”⁵⁴⁷, por lo que el tribunal de alzada no erró en aplicación del artículo 39 inciso 3° de la LSA.

La redacción de las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Corte Suprema deja un poco que desear en cuanto a la calificación del hecho ilícito derivado del artículo 39 inciso 3° , puesto que no indican cómo, específicamente, se transgredió la disposición referida⁵⁴⁸. A pesar de ello, podemos sacar algunas conclusiones edificantes de estas sentencias, sobre el tema que nos interesa. En primer término, cabe señalar

⁵⁴⁶ Considerando 26° de la Corte de Apelaciones, confirmado por el considerando 241° de la sentencia de la Corte Suprema.

⁵⁴⁷ Considerando 241° de la sentencia de la Corte de Apelaciones.

⁵⁴⁸ Esta falta de precisión también fue denunciada respecto a las resoluciones sancionatorias y a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, tanto por los recurrentes como por los ministros disidentes de la Suprema (Considerando 3° del voto de minoría de la sentencia de la Corte Suprema).

que desde la SVS hasta la Corte Suprema, las infracciones a los artículos 42 N° 7 y 39 inciso 3° de la LSA son tratadas distintamente, y se les atribuye un fundamento factual diferente. Por ello, es dable concluir que ambas infracciones son ilícitos diferentes y deben ser tratadas de manera autónoma. Ahora bien, a falta de mayor precisión, y al tenor literal del artículo 39 inciso 3°, debiéramos entender que la conducta sancionada es la prevalencia de los intereses de algunos accionistas por sobre los intereses de los demás, por parte de los administradores cuestionados en el marco del ejercicio de sus funciones –de directores de las Chispas y ejecutivo en Enersis S.A. Sin embargo, es necesario distinguir entre los cargos ocupados por los sancionados en las distintas sociedades mencionadas, puesto que contrariamente a lo que parecen indicar la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, dependiendo del marco societario en el que la conducta fue perpetrada, debiera recibir una calificación distinta. En el caso de las sociedades Chispas, los Gestores Claves se desempeñaban como directores de las mismas, siendo a la vez accionistas de éstas. Atendida esta doble función, los sancionados estaban en una situación de evidente conflicto de interés, ya que no sólo no informaron de las gestiones que estaban realizando a los demás accionistas, sino que privilegiaron sus intereses

propios como accionistas en desmedro de los intereses de los demás. En el marco de Enersis S.A., la situación es más incierta. En efecto, tal como lo indicaron las resoluciones citadas de la SVS, la conducta ilícita consistiría en la perpetración de conductas en el sólo interés de un accionista –Endesa España-, en el marco del ejercicio de sus funciones de directores y ejecutivos del conglomerado de Enersis, a cambio de una retribución pecuniaria. La calificación del ilícito aquí es más discutible puesto que EE, al momento de la realización de las conductas cuestionadas, en rigor no era accionista aún de la sociedad. Por ello, el fin que perseguían los sancionados por la SVS no era exactamente privilegiar los intereses de un accionista, sino que obtener ventajas y retribución por las gestiones que estaban realizando con el futuro accionista, lo que convalidamos no tiene directa relación con el hecho ilícito establecido en la norma en comento.

Como quiera que sea, podemos sostener que en esta sentencia, la Corte Suprema reconoció la existencia de un deber de lealtad de los directores para con los accionistas, que se habría configurado en el caso de autos por la negociación de contratos de venta y promesa de venta de las

acciones de los Gestores Claves con EE, del que habrían obtenido un provecho personal, sin informárselo a los demás accionistas.

A mayor abundamiento, debemos hacer una mención especial del voto de minoría consignado en la sentencia de la Corte Suprema que resolvió el caso Chispas. En efecto, respecto a la infracción del artículo 39 inciso 3° de la LSA, los ministros disidentes sostuvieron que no es procedente la aplicación de la disposición en comento, atendido que los acuerdos adoptados por los Gestores Claves no fueron celebrados por ellos en su calidad de directores de las sociedades Chispas, sino que en su calidad de accionistas de las mismas. Por lo que la “venta que un director de sociedad anónima pueda hacer de su participación en la sociedad no se encuentra comprendida dentro de los actos que contempla el artículo precitado”⁵⁴⁹, y que “no aparece que hayan comprometido el interés ni algún activo de Chispas”.

⁵⁴⁹ Considerando quinto del voto de minoría de la sentencia de la Corte Suprema citada: “El examen aún somero- de las resoluciones de la Superintendencia de Valores y Seguros permite establecer que las mismas no fundamentan de qué manera los gestores claves habrían infringido el deber de fidelidad como directores en relación con la sociedad y los demás accionistas. De igual modo tampoco especifica respecto de cuales sociedades y bajo qué circunstancias se habría producido la referida contravención. En otro aspecto, conviene resaltar que la norma del artículo 39 inciso 3° des citada en los vistos de las resoluciones pero existe carencia de una mínima fundamentación.”

A nuestro juicio, los argumentos esgrimidos por los ministros disidentes adolecen de dos errores. En primer lugar, la afirmación en cuanto los Gestores Claves no habrían podido infringir la norma antes citada, pues habrían celebrado los contratos de ventas de acciones con EE en su calidad de accionistas de las sociedades Chispas y no de directores de las mismas, no tiene sentido. En efecto, la noción misma de conflicto de interés supone la existencia de un interés personal del dirigente societario en la conducción de la administración de la sociedad, que no puede ser dissociado de su cargo, y es por esa imposibilidad de dissociar que éstos están sujetos a un deber de lealtad con la sociedad y con los accionistas. Por ende, en el caso Chispas, la calidad de accionista y de directores de los Gestores Claves era por definición, indisociable, por lo que la conducta esperable de su parte era, atendido los poderes que se les había conferido, velar por los intereses de todos los accionistas por igual y no sólo de los suyos propios en esa calidad.

En segundo lugar, que las operaciones cuestionadas no hayan causado ningún perjuicio a las sociedades Chispas, no tiene en sí ninguna

relevancia. En efecto, al tenor literal del artículo 39 inciso 3° de la LSA, el ilícito se configura con total prescindencia de la existencia de un daño, siendo éste un elemento necesario para la aplicación de la responsabilidad civil que pueda derivar de esta conducta, mas no para la calificación del hecho ilícito.

A su vez, en Campos Chilenos nuestra jurisprudencia judicial se pronuncia con aún más claridad respecto a la existencia de esta obligación autónoma. Este es un caso particularmente interesante, pues se interpusieron aquí varias demandas en indemnización de perjuicio por la responsabilidad civil que le incumbe a los directores de sociedad anónima en virtud del artículo 133 de la LSA, y reclamaciones a sanciones interpuestas por la SVS, todo en base a los mismos hechos. De modo que tenemos pronunciamientos estrictamente judiciales, y otros teñidos por el criterio regulatoria de la SVS, lo que permite comparar la configuración del hecho ilícito en ambas sedes.

Ahora bien, en cuanto a los hechos, la sociedad de Inversiones Campos Chilenos S.A. (en adelante Campos Chilenos o Campos) era accionista de Empresas Iansa S.A. (en adelante Iansa), con una participación de 42,63% . Para el año 1998, el Sr. Felix Bacigalupo – que era Presidente del Directorio, a la vez de Iansa y de Campos-, en representación de un grupo de accionistas de Campos compuesto principalmente por las sociedades que conformaban el grupo Pathfinder, inició una negociación con la Azucarera Ebro S.A. (en adelante Ebro), con el fin de cederle el 100% de sus acciones correspondiente al 38,23% del capital de Campos. En el marco de esta negociación, ya comenzando el año 1999, el Sr. Bacigalupo entregó a la compradora Ebro información relevante tanto de Iansa como de Campos, que no había sido divulgada aún en el mercado, y en desconocimiento de los directorios de estas dos compañías. Con fecha 3 de febrero del año 1999, el grupo de accionistas representado por el Sr. Bacigalupo celebró el contrato de compraventa de la totalidad de sus respectivas participaciones en Campos, con la sociedad Ebro. En especial, la SVS sancionó al Sr. Bacigalupo⁵⁵⁰ en su calidad de administrador de Iansa y Campos, por “infracción a lo dispuesto en el inciso

⁵⁵⁰ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 316 de 1999.

primero del artículo 43 y en el inciso tercero del artículo 39, ambos de la ley 18.046, toda vez que no guardó la debida reserva de aquella información social a que tuvo acceso en razón de su cargo y que no había sido divulgada oficialmente por las Compañías, al entregársela al comprador”. Además, el sancionado requirió de las compañías en las que ejercía un cargo directivo, un conjunto de antecedentes -que constituyen los anexos al contrato de compraventa de acciones-, “sin informar ni contar para ello con autorización previa de los directorios de esas personas jurídicas, lo que unido a que entre esos antecedentes había información que a la fecha de su entrega no había sido divulgada oficialmente por las compañías, no era pública y no estaba a disposición del mercado”. Esta resolución fue reclamada por el administrador afectado, y fue confirmada ante el juzgado civil como la Corte de Apelaciones de Santiago⁵⁵¹. Ambos sentenciadores radicaron la discusión principalmente en el carácter público -o no- de la información que entregó el sancionado al comprador Ebro. De modo que, la configuración del hecho ilícito derivado de la infracción al deber general de lealtad para con los accionistas no es directamente discutida. Así, en el considerando decimosexto, la Corte cita los artículos 43 y 39 inciso 3° de la

⁵⁵¹ 27° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 5234-1999 y Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1709-2004. Se recurrió de casación esta última sentencia, pero el recurso fue desistido durante el proceso.

Ley de Sociedades Anónimas, y en el considerando siguiente, indica que, puesto que el reclamante admitió que gran parte de la información que entregó a los compradores era pública, ello significa que parte de esa información no había sido divulgada, por lo que “el señor Bacigalupo vulneró el deber de reserva a que hacen referencia las disposiciones mencionadas en el considerando anterior”⁵⁵². En el considerando siguiente, agrega que, “el análisis de las disposiciones citadas, fluye que los directores tienen el deber de abstenerse de comunicar a terceros cualquier antecedente relativo a los negocios de la sociedad o la información social que hayan adquirido con motivo del ejercicio de su cargo, salvo que tales antecedentes ya hayan sido divulgados oficialmente por la compañía”⁵⁵³. Claramente, la preocupación jurídica central del regulador en este caso reside en el deber de reserva que le incumbe a los directores, dejando entonces el problema de la lealtad a propiamente tal en segunda línea.

En las sentencias que se pronunciaron sobre las demandas civiles, podemos apreciar con mayor claridad el tratamiento de la infracción al

⁵⁵² Considerando 17°.

⁵⁵³ Considerando 18°

deber de lealtad para con los accionistas. En las tres causas en las que accionistas minoritarios de Campos Chilenos demandaron indemnización de perjuicio a los accionistas mayoritarios y algunos administradores, las pretensiones de los actores fueron rechazadas en segunda instancia y por la Corte Suprema, atendido que se estimó que no se configuraba en estos casos los requisitos necesarios a la responsabilidad civil, y en particular, la existencia de un daño y de la causalidad entre el hecho ilícito y éste último. Sin embargo, en lo que concierne el hecho ilícito derivado del artículo 39 N° 3 de la LSA, la Corte de Apelaciones indicó que: “el hecho de haber requerido y obtenido información reservada de Iansa y Campos Chilenos, utilizando su condición de Director y Presidente de ambas compañías, para luego entregarla a terceros sin el conocimiento ni autorización de los respectivos directorios –hechos asentados en la resolución que impuso la multa – en el contexto de un negocio que le reportaba un provecho personal, constituye una actuación que no se compadece con el deber de lealtad que le era exigible atendido los altos cargos que ocupaba dentro de las referidas empresas, por lo cual este tribunal comparte el criterio de la Superintendencia de Valores y Seguros al sancionar al demandado”

Bacigalupo también por la infracción al artículo 39 inciso 3° de la ley 18.046.⁵⁵⁴⁻⁵⁵⁵.

Estas sentencias de Campos Chilenos, son a nuestro juicio ambivalentes. Por un lado, tienen el mérito de discernir entre el hecho ilícito derivado del deber de lealtad para con los accionistas de aquel que concierne a la sociedad, sin embargo la construcción de la noción en cuestión resulta alambicada.

En efecto, de lo que se trata aquí, es de la venta de toda la participación de un grupo de accionistas de una sociedad, negociada por un administrador de ésta, sin informarles a los demás. De modo que, en el caso de especie, este administrador veló por los intereses de un grupo de accionistas, en desmedro del interés de los demás. Esta conducta es sancionada únicamente en base al artículo 39 N° 3 –sin mención alguna al artículo 42-, por lo que podemos razonablemente sostener que se trata de

⁵⁵⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7305-2007, Considerando N° 17; Rol N° 1588-2007, Considerando N° 28 y; Rol N° 1439-2009, Considerando N° 15. Estas tres sentencias fueron confirmadas por la Corte Suprema Roles Nros. 207-2012, 359-2012 y 205-2012, respectivamente.

⁵⁵⁵ El destacado es nuestro.

una infracción al deber de lealtad para con los accionistas específicamente, y no para con la sociedad en general.

Sin embargo, el considerando en comento articula el hecho ilícito en base a tres elementos: la infracción al deber de reserva, la intención de sacar un provecho personal de dicha infracción, y la no información al directorio de la entrega de esta información a un tercero. No obstante, el deber de reserva es una regla intermedia formulada en el artículo 43 de la LSA⁵⁵⁶, por lo que, la sola infracción a esta regla podría haber bastado para configurar el hecho ilícito. Con una lectura más rigurosa de los hechos y de las normas aplicables, se debió en este caso haber sancionado por un lado la infracción al artículo 43 por la entrega de información reservada a terceros, y por otro el incumplimiento al deber general de lealtad codificado en el artículo 39 inciso 3° por la operación en cuestión que desconoció –o no tomó en consideración- los intereses de los accionistas que eran parte del grupo Pathfinder. Son dos ilícitos distintos que son sancionados por

⁵⁵⁶ Este artículo ha sido modificado desde la época de los hechos, pero el deber de reserva está dispuesto en la Ley de sociedades anónimas desde su promulgación en el año 1981.

disposiciones diferentes. Uno corresponde al deber diligencia, y el otro es el deber de lealtad.

Como quiera que sea, las sentencias en comento tienen el mérito de formular una noción no del todo rigurosa pero al menos completa del ilícito derivado del incumplimiento al deber de lealtad para con los accionistas. Si prescindimos del elemento errático del deber de reserva, podemos observar que la noción retenida aquí es muy similar a aquella utilizada por la jurisprudencia francesa, en cuanto es conformada por una operación en la que el administrador saca un provecho personal desconociendo el interés de algunos accionistas –y quebrantando así el principio de igualdad entre éstos-, y la infracción al deber de información previa.

3.2.4.2. El reconocimiento de categorías normativas

En segundo lugar, sostenemos que nuestra jurisprudencia ha reconocido al menos una vez con claridad la existencia de categorías

normativas correspondientes a reglas de decisión y reglas de conducta. En el referido caso Chispas, la Corte señaló que, en lo que concierne la articulación normativa del deber fiduciario en estudio “El artículo 42 de la LSA, en su enunciación no taxativa, prohíbe al director la ejecución de las conductas que allí se indican, todas las cuales constituyen la negación misma del deber de lealtad y la expresión más clara de infidelidad para con la compañía. El comportamiento que se exige en estos casos se traducirá necesariamente en el acatamiento de la obligación de no hacer, de no proponer, de no impedir, de no inducir, de no usar o de no practicar actos ilegales, entre otras. La norma legal, fuente de la prohibición, deberá ser acatada como norma de conducta;”. Este párrafo puede parecer contradictorio, en cuanto por un lado se enuncia que el artículo 42 establece una lista de conductas no taxativas que “constituyen la negación misma del deber de lealtad”, y por otro, señala que la norma legal sería la fuente de la prohibición. No obstante, en nuestra opinión, cuando la Corte indica que el artículo 42 es la fuente legal de la prohibición, refiere a la prohibición de las conductas específicas contenidas en éste, lo que no tiene relación con la fuente normativa del deber de lealtad a propiamente tal. Por otro lado, sostenemos que al señalar que dicha disposición establece una lista de

conductas no taxativas, indica que este artículo es efectivamente una lista de reglas de conductas, pero que las obligaciones que componen dicho deber fiduciario son más amplias que la lista establecida en la disposición en comento, puesto que ésta no es taxativa. De modo que, el deber de lealtad para con la sociedad, es una de las expresiones de este deber fiduciario, pero podría no ser la única, lo que resulta ser relevante como lo vimos *supra*. En efecto, la lealtad es debida tanto a la sociedad, como a los accionistas.

3.2.4.3. El contenido sustantivo del deber general de lealtad

Como lo indicamos *supra*, contrariamente a lo que señala la doctrina, nuestro derecho positivo parece considerar que el contenido del deber de lealtad radica más bien en la prohibición de inferir daño al interés social, que a la prohibición de perseguir otros intereses. Al respecto, en el caso Chispas, la Corte tiene una opinión congruente con la doctrina citada⁵⁵⁷,

⁵⁵⁷ Ver en particular, BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad ..., cit. 839 p. ; ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2013. La responsabilidad de los directores ..., cit. 161 p. y PFEFFER, F. 2015. Deber de lealtad de directores y gerentes..., cit. 211 p.: “un

pues indica que el deber de lealtad: “[S]e trata de una situación que impone el deber de atender a lo ajeno con preferencia a lo propio. Ante cada acción, el director debe anteponer los intereses de la sociedad a los propios, debiendo priorizar siempre la defensa y atención de los intereses que han sido confiados a su administración.”⁵⁵⁸. Este párrafo carece de toda ambigüedad. En el marco de una situación en que se produce un conflicto de interés, el deber de lealtad impone la obligación de preferir siempre el de la sociedad, puesto que es aquel que ha sido confiado a su administración.

Este mismo considerando en comento agrega que: “El deber de obrar con lealtad es la contrapartida de la confianza depositada por los accionistas en la designación, y se vincula con el conjunto de facultades de las cuales ha sido investido el director para el cumplimiento del objeto social, facultades que han de ser ejercidas en el interés social.”⁵⁵⁹⁻⁵⁶⁰. La Corte parece indicar aquí que las facultades conferidas a los administradores son *derechos-función*, por lo que el hecho ilícito se configura siempre que

director quebranta esta obligación al adoptar una decisión que favorezca lo propio o de un tercero relacionado por sobre el interés social”.

⁵⁵⁸ Considerando 33° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmado por la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4261-2004, en su considerando 217°.

⁵⁵⁹ Considerando 33° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmado por la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4261-2004, en su considerando 217°.

⁵⁶⁰ El destacado es nuestro.

dichos poderes son ejercidos con un fin diverso al que corresponde a la función, o en el ejercicio defectuoso de los mismos en relación -de nuevo- al fin con el que fueron conferidos.

En el mismo orden de idea, este considerando agrega, en la letra d), que: “en el N° 7 *[del artículo 42]* se prohíbe a los directores: en general practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o terceros relacionados en perjuicio del interés social. La obligación de abstención, de no usar, de no servirse para sí del cargo que ocupa, ya que ello conlleva el quebrantamiento de la confianza que todos los accionistas han depositado en él, en cuanto le han entregado la administración de sus propios intereses. En este caso, basta un uso impropio e indebido del cargo de director para alcanzar ventajas para sí, sin que para configurar su infracción se requiera la apropiación final efectiva de alguna oportunidad comercial de la sociedad. Todo ello sin perjuicio del interés social. A diferencia de lo que ocurre en el número anterior, en donde se requiere de un perjuicio patrimonial para la sociedad - privación de una expectativa de ganancia-, como requisito para

configurar el quebrantamiento de la conducta prohibida, en este número 7 no existe tal exigencia. Ello, porque en el N° 6 se emplea la preposición “con”, que significa el medio, modo o instrumento que sirve para hacer valer alguna cosa; esto es, el perjuicio para la sociedad es el medio o instrumento que sirve para configurar la infracción a la conducta que tal literal prohíbe. En cambio, el N° 7 emplea la preposición “en”, que significa sobre, en desmedro de, esto es, que se antepone el interés personal por sobre el interés social. No hay en este N° 7 exigencia de menoscabo patrimonial para la sociedad sino sólo la prevalencia del interés personal por sobre el social.”⁵⁶¹.

Este párrafo es de capital importancia para la noción de hecho ilícito en análisis, puesto que indica que para configurar la infracción del numeral 7º, no se requiere la apropiación efectiva de alguna oportunidad comercial de la sociedad, sino que basta con el uso impropio o indebido del cargo. Es decir, el hecho ilícito aparejado al deber de lealtad se configura con el sólo hecho de anteponer otros intereses –los suyos propios o los de terceros

⁵⁶¹ El destacado es nuestro.

relacionados- al interés social, con independencia del resultado de la operación. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, resulta también indiferente para la configuración del hecho ilícito que la sociedad sufra un menoscabo patrimonial. En efecto, la Corte compara el ilícito del numeral 6º del artículo en comento, con el del numeral 7º, e indica que en el primero, el menoscabo patrimonial es un requisito para la configuración del ilícito atendida su formulación, contrariamente a la segunda.

Esta discusión nos parece un poco bizantina. Si “con” significa por medio de, y “en” significa sobre, o en desmedro de, lo cierto es que estas dos reglas intermedias hacen referencia expresa a la existencia de un perjuicio para la sociedad. Si la Corte quisiera sancionar con prescindencia a la existencia de un perjuicio, podría simplemente recurrir a la codificación del deber genérico, que como lo vimos es también una obligación de resultados, y simplemente constatar que los directores en cuestión obraron en beneficio de otros intereses que el interés social. Existiendo en este caso un claro beneficio obtenido por los recurrentes, el hecho ilícito está sellado.

3.2.4.4. La existencia de un deber positivo de informar la existencia de conflictos de interés

En el inagotable caso Chispas, podemos recoger también interesantes planteamientos respecto a la existencia de un deber positivo de informar conflicto de interés. Si bien como lo vimos esta obligación esta hoy recogida en el RSA, al momento de la comisión de los hechos sancionados en el caso en cuestión no lo estaba, por lo que no había realmente certeza jurídica y tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema parecen tener cierta ambigüedad al respecto. La sentencia de segunda instancia, confirmada por la Corte Suprema, distingue las situaciones del Sr. Yurasceck -que se desempeñaba a la vez como gerente general de Enersis y director de las Chispas-, de la de los otros Gestores Claves. En cuanto al primero, retiene expresamente la infracción al artículo 44 de la LSA, al no excusarse de realizar el encargo ni informar al directorio de que estaba paralelamente negociando sus propias acciones serie B de las Chispas⁵⁶². En cuanto a los segundos, no hace mención a dicha disposición legal, no

⁵⁶² Considerando 48º g) de la sentencia de la Corte de Apelaciones.

obstante también indica en su reproche, que éstos “ni siquiera se lo comunicaron a los directores de *[las Chispas]*, así como tampoco informaron el interés de EE de acceder a su propiedad”⁵⁶³. De modo que en los dos casos menciona el hecho de que no se había informado previamente el directorio, pero sólo en uno lo relaciona con el artículo 44. En realidad, pese a las apariencias no puede haber ambivalencia y es probablemente sólo falta de prolijidad. En efecto, como lo indicamos *supra*, al momento en que ocurrieron los hechos estaba vigente el artículo 44 en su redacción original, por lo que esta obligación de informar no hacía distinción entre tipos de operaciones, y era por consiguiente aplicable a los 7 gestores claves por igual. De modo que es dable concluir, que incluso antes de la promulgación de este nuevo RSA, las normas vigentes permitían de todos modos deducir que sí existe dicha obligación, y así lo ha reconocido tempranamente nuestra jurisprudencia.

⁵⁶³ Considerando 48° d), op. cit.

CONCLUSIONES

Expondremos en estas consideraciones finales, las conclusiones que hemos podido extraer de la presente investigación, que son en substancia, una propuesta de sistematización de noción de hecho ilícito.

1. En cuanto a las funciones

En primer término, en cuanto a las funciones de administración, sostenemos que éstas son de tres tipos, esto es, la administración estratégica, la dirección ejecutiva y el control y vigilancia. En Francia estas tres categorías están explícitamente diferenciadas, y son otorgadas por mandato legal a diferentes órganos de la sociedad. Al contrario en Chile, la ley no las discierne, y sólo le otorga funciones de administración a propiamente tal al directorio, por lo que es dable entender que éste es titular de las tres funciones de administración en su totalidad. Sostener lo contrario, sería admitir que la ley dejó algunas de estas funciones sin titular, por lo que lógicamente, no se podrían ejercer.

Quisiéramos además hacer una precisión importante. En esta sección, para el caso de Chile, para completar el análisis normativo hemos recurrido a algunos estatutos de sociedades anónimas abiertas. No obstante, ni en nuestro país ni en Francia la jurisprudencia parece tomar en consideración las funciones definidas en los estatutos de las sociedades litigantes. En Francia, ciertamente porque la precisión legal no hace necesario el recurso a definiciones estatutarias de las funciones. Sin embargo en Chile, como lo vimos en el segundo capítulo, podría en ocasiones ser útil, pero la jurisprudencia no parte su construcción de la noción de hecho ilícito de las funciones otorgadas a cada cual y especialmente al directorio, sino que comienza su razonamiento en los deberes normativamente formulados. Esto evidentemente resulta poco funcional, puesto que si no se determinan las funciones cuyo ejercicio defectuoso da lugar a los ilícitos sancionados por nuestro ordenamiento jurídico, el razonamiento carecerá de precisión.

2. En cuanto a la naturaleza de los derechos de los directores

Los directores de sociedades anónimas reciben por mandato legal, derechos y atribuciones para ejercer la administración que pueden ser calificados de derechos-funciones, en cuanto éstos les son entregados con el fin de proteger y garantizar un derecho de un tercero y no su interés propio. Ésta calificación determina profundamente el modo en que estos derechos deben ser ejercidos y correlativamente las conductas ilícitas derivadas en su ejercicio. Principalmente, implica que es interno a esos derechos el que deben ser ejercidos mirando al interés del tercero en cuyo interés ellos están establecidos, y no en interés del titular de esos derechos, y que deben ser ejercidos diligentemente.

3. En cuanto al fin de los derechos funciones

Por mandato legal, el sentido teleológico de los derechos otorgados a los directores reside en el interés social. Esta es una noción proteiforme que ha sido y es objeto de discusiones de distintas naturalezas. En términos generales, concluimos al respecto, que el *core* de la noción está siempre

compuesto por dos categorías de intereses: el interés de los accionistas como clase, y el interés patrimonial de la sociedad. En la lectura contractualista, el interés de los accionistas es el interés principal y el interés patrimonial de la sociedad es funcional a la realización del primero. En la lectura institucionalista, no existe jerarquía entre ambas categorías y se debiera arbitrar entre estas dos categorías de intereses al menos –podrían sumarse más-, acorde a criterios económicos, morales o circunstanciales.

4. En cuanto al deber de diligencia

El deber de diligencia es un deber inherente a la naturaleza de los derechos de administración que reciben los directores y como tal, su codificación no es imprescindible. No obstante, nuestra LSA sí lo codifica, en su artículo 41. Este mismo cuerpo normativo dispone una serie de normas intermedias que especifican aspectos del deber en cuestión, tales como, la obligación de atención o la obligación de informarse. Sin embargo, conforme a la matriz de análisis que elaboramos para el examen del derecho

chileno, todas estas disposiciones no crean obligaciones de misma naturaleza, siendo algunas obligaciones de medios simples, otras obligaciones de medios reforzadas o eventualmente obligaciones de resultados. Para la calificación respectiva de la obligación es necesario también tener en cuenta el tipo de función administrativa a la que está asociada (primera, segunda o tercera categoría).

Así las cosas, se ha podido concluir, que las obligaciones atinentes a la primera categoría, es decir, a la administración estratégica de la sociedad son obligaciones de medios simples. Las de segunda categoría –esto es dirección ejecutiva-, no pueden ser analizadas con esta taxonomía pues en la práctica no son ejercidas por los directores. Las funciones de administración correspondientes al control y vigilancia son al menos obligaciones de medios reforzadas, pudiendo incluso ser interpretadas como obligaciones de resultados.

5. En cuanto al deber de lealtad

El deber de lealtad que es también inherente al tipo de derecho otorgado a los directores está codificado en el artículo 39 de la LSA. En esta positivación, podemos reconocer las dos categorías de intereses que comprende la noción de interés social –esto es, interés de la sociedad e interés de los accionistas-, lo que, al igual que en Francia debiera determinar una noción de deber de lealtad binaria.

La LSA dispone también una serie de reglas intermedias a este deber genérico que permiten especificar aspectos determinados del mismo, y funcionan de manera autónoma al deber general. En términos generales y conforme a nuestra matriz de análisis, estas reglas intermedias crean obligaciones de resultado para los directores, pues no hay más *aléa* en la obtención del resultado que la misma voluntad de los titulares. No obstante, contrariamente al deber genérico de diligencia, el deber de lealtad puede ser considerado como una obligación de resultados, pues es una obligación de no hacer. Sostenemos que la jurisprudencia chilena examinada ha acogido en su conjunto las categorías aquí propuestas.

BIBLIOGRAFIA

1. ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2002. Relaciones entre el interés social y el interés de los directores de una sociedad anónima. *Revista Jurídica* (5): 243- 253.
2. ALCALDE RODRÍGUEZ, E. 2006. El interés social como causa común del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado. *Revista Actualidad Jurídica* (14): 121.
3. ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2007. *La sociedad anónima, autonomía privada, interés social y conflictos de interés*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
4. ALCALDE RODRIGUEZ, E. 2013. *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas : responsabilidad civil y penal administrativa*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
5. AMSELEK, P. 1991. La teneur indéfise du droit, *Revue du Droit Public*, 1199-1216 pp.

6. ARGANDOÑA, A., 1998. The Stakeholder Theory and the Common Good. *Journal of Business Ethics*, 1093-1102 p.
7. ATRIA, F. Los deberes de los directores de sociedades anónimas frente al régimen general de responsabilidad civil, artículo inédito.
8. BARBIERI, J.-F. 2003. Responsabilité civile des personnes morales et de leurs dirigeants: précisions sur les contours de la “faute separable”. *Revue des Sociétés*, 2003, 479 p.
9. BARROS BOURIE, E. 2010. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
10. BAUMONT, M. 1932. Walther Rathenau et son système. *Annales d'histoire économique et sociale*, 4e année, (13): 53.
11. BAILEY, A. y KNEPPER, W. 1988. Liability of Corporate Officers and Directors. 5a Ed., (s.l.), LexisNexis.
12. BÉNABENT, A. 2007. Droit civil, les obligations. 11e éd., Paris, L.G.D.J.
13. BERGMANS, B. 1987. L'enseignement d'une terminologie juridique étrangère comme mode d'approche du droit comparé : l'exemple de l'allemand. *Revue internationale de droit compare*, Vol. 39 (1) : 90.

14. BISSARA, P. 1999. L'intérêt social. Rev. Sociétés 1999, 5 p.
15. BISSARA, P. 2003. Corporate Governance, loi NRE et redefinition de la faute civile des dirigeants: le point de vue du dirigeant d'entreprise. In: Colloque du 16 décembre 2002 sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux, Revue des sociétés, 210 p.
16. BOLLE, S. 2005. Des Constitutions «Made In» Afrique. Communication au VIe Congrès français de droit constitutionnel, Montpellier, (9):10-11. [en línea] <
<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/BOLLE.pdf>>
17. BOUVRESSE, J. 2003. Essai III, Wittgenstein et les sortilèges du langage. Marseille, Agone, « Banc d'essais », Edition Kindle.
18. BOYER, L. y HENRI R. 1981. A propos du défaut de diligence. En: Mélanges dédiés à Jean Vincent , Paris, Dalloz, 9-27 pp.
19. BUCK, T. 2003. Modern Russian corporate governance: convergent forces or product of Russia's history?. Journal of World Business (38.4):299-313.
20. BURTON, B. y DUNN, C. 1996. Feminist Ethics as Moral Grounding for Stakeholder Theory. Business Ethics Quarterly, Vol. 6, (2):135.

21. CARBONNIER, J. 2001. Flexible droit. 10e Ed., Paris, LGDJ.
22. CARBONNIER, J. 2002. Droit Civil, Introduction. 27e Ed., Paris, PUF.
23. CAREY, G. 1992. De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores. 2da Edición, Santiago de Chile, Editorial Universitaria.
24. CAUSSAIN, J.-J. 2002. A propos du devoir de loyauté des dirigeants de sociétés. En: Mélanges B. Mercadal, (s.l.), Ed. Francis Lefebvre, 303 p.
25. CHERCHOULY-SICARD, F. , 1982. La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour fautes de gestion. Tesis, Paris.
26. COHET-CORDEY, F. 1996. La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français, RTD civ. 819 p.
27. COLIN, A. y CAPITANT, H. 1930. Cours élémentaire de droit civil français, Tome I. 6e edition, Paris, Dalloz, 5 p. [en línea] <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5433850c>.
28. CORDUA, C. 2013. Wittgenstein, Santiago, Ed. Universidad Diego Portales.

29. CORRAL TALCIANI, H. 2003. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
30. COURET, A. 2002. Le désintérêt social. En : Mélanges P. Bézard, Paris, Montchrétien, 63 p.
31. COURET, A. 1997. Première traduction législative de la Corporate Governance: la loi sur les fonds de pension. D. Chron. 241(1).
32. COZIAN, M. VIANDIER, A. y DEBOISSY, F. 2003. Droit des sociétés, 16^a Ed., Paris, Litec.
33. CURY, E. 2007. Derecho Penal, parte general. 7a edición. Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica.
34. DABIN, J. 1952. *Le droit subjectif*. Paris, Dalloz.
35. DAIGRE, J.-J., 1996. Le gouvernement d'entreprise, feu de paille ou mouvement de fond?. Droit & Patrimoine, 21 p.
36. DAIGRE, J.-J. 2002. Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants. En: Mélanges P. Bézard, (s.l.), Petites affiches-Montchrestien, 79 p.

37. DAN-COHEN, M. 1983. Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law, 97 Harv. L. Rev. 625, pp. 629-634.
38. DEMEYRE, D. 2013. Les fautes de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux. Gazette du Palais, 6 de abril de 2013, nº 96, 13 p.
39. DEMOGUE, R. 1925. Traité des obligations en général. Paris, Rousseau, t. 5, [en línea] <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6473507n>>
40. DESPAX, M. 1957. L'entreprise et le droit, Paris, LGDJ.
41. DONALDSON, T. y PRESTON, L. 1995. The stakeholder theory of the corporation : Concepts, Evidence, and Implication, en The Academy of Management Review, Vol. 20, (1): 65.
42. DUCOULOUX-FAVARD, C. 1997. Notes de leçons sur le contrat social, D. 1997, chron. 319 p.
43. DUGUIT, L. 1911. Le droit social, le droit individuel, et la transformation de l'État. Conférences faites à l'Ecole des Hautes Etudes Sociales. [en línea] <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5439513x>>

- 44.DUGUIT, L. 1912. Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. [en línea] <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k935172d/f26.image.r=leon%20duguit>>
- 45.DUGUIT, L. 1923. Traité de Droit constitutionnel, tomo I, 2ª edición, 181 p. [en línea] < <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5748359x>>.
- 46.DUGUIT, L. 1927. Les doctrines juridiques objectivistes. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger. [en línea] <www.revuegeneraledudroit.eu/?p=17072>.
- 47.EWALD, F. (s.a.) L'Etat Providence. (s.l.) Kindle Ed.
- 48.EYZAGUIRRE COURT, C. y VALENZUELA NIETO, I. 2015. Las operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas. Revista Actualidad Jurídica (31): 267.
- 49.FAMA, E., 1969. Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work. The Journal of Finance, Vol. 25, No. 2, Papers and Proceedings of the Twenty-Eighth Annual Meeting of the American Finance Association New York, N.Y. (28-30): 384

- 50.FEIJÓO SÁNCHEZ, B. 1999. Principio de Confianza como Criterio Normativo de Imputacion en el Derecho Penal: Fundamento y Consecuencias Dogmaticas. Derecho Penal y Criminología (21): 40.
- 51.FREEMAN, E. et al. 2010. Stakeholder Theory : The state of art. (s.l.), Cambridge University Press, 2010.
- 52.FREYRIA. C. 1996. Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise. En: Mélanges BOYER, Toulouse, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse. 179-210 p.
- 53.FRIEDMAN, M. 1970. The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. New York. The New York Times Magazine, 13 sept.
- 54.FRIEDMAN, M. (s.a) Capitalism and freedom. (s.l.) Kindle Edition.
- 55.FOUQUET, É. 2011. Discours moral et pensée économique. Une remise en cause du paradigme utilitariste anglo-saxon. Revue d'éthique et de théologie morale, 3 (265): 35-74.
- 56.GARRIDO, M. 1992. Derecho penal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T. II.

57. GASPAR, J. A. 2011. Extensión de la obligación de diligencia y cuidado de los directores de sociedades anónimas. Superintendencia de Valores y Seguros, resoluciones exentas N° 854, 855, 859, 860, 861, todas de 31 de diciembre de 2009. Revista Chilena de Derecho Privado, (16):367-389, [en línea] <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722011000100013>
58. GAUDEMET, Y. 2004. Introduction, Revue française d'administration publique, 109:13-16.
59. GERARD, P. y VAN DE KERCHOVE, M. 2007. La réception de l'œuvre de H.L.A. Hart dans la pensée juridique francophone. Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2007/2, Volume 59, 151 p.
60. GHESTIN, J., JOURDAIN, P. y VINEY, G. 2013. Les conditions de la responsabilité. 3e Ed., Paris, L.G.D.J.
61. GILLIGAN, C. 1982. In a Different Voice, (s.l.) Cambridge Mass., Harvard University Press.
62. GODON, L. 2005. Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés. Rev. sociétés 2005, 140 p.
63. GOFFAUX-CALLEBAUT, G. 2004. La définition de l'intérêt social. RTD Com. 35 p.

- 64.GUYON, Y. 2003. Droit des Affaires. Tome 1, Droit comercial général et Sociétés. 12e Ed., Paris, Economica.
- 65.HADJI-ARTINIAN, S. 2001. La faute de gestion en droit des sociétés. Paris, Litec, 369 pp.
- 66.HALPERIN, J.-L . 1996. Histoire du droit privé français depuis 1804. Paris, PUF.
- 67.HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R. 2000. The End of History For Corporate Law. [en línea] <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/280.pdf>
- 68.HASNAS, J. 1998. Wither Stakeholder Theory? A guide for the perplexed revisited. Journal of Business Ethics, 50 p.
- 69.HAYEK, F. 1945. The use of knowledge in society. The American Economic Review, V. 35, (4): 526.
- 70.HATCHUEL, A. y SEGRESTIN, B. 2007. La société contre l'entreprise ? Vers une norme d'entreprise à progrès collectif. Droit et société. 1 (65):
- 71.HELLER, M. y FOX, M. 1999. Lessons from Fiascos in Russian Corporate Governance. University of Michigan, Working paper, (98-

012). [en línea]
<https://cloudfront.escholarship.org/dist/prd/content/qt42z3f7z0/qt42z3f7z0.pdf>

- 72.HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2008. Apuntas sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de la empresa. *Revista de Estudios de la Justicia* (10): 191.
- 73.JENSEN, M. 2002. Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function. *Business Ethics Quarterly*, Vol. 12, (2): 236.
- 74.JOSSERAND, L. 1927. *De L'esprit des droits : et de leur relativité*. París, Dalloz.
- 75.JOSSERAND, L. 1936. *Evolutions et actualités, Conférences de droit civil*. Paris, Librairie du Recueil Sirey.
- 76.JUDGE, W. y NAOUMOVA, I. 2004. Corporate Governance in Russia. What model will it follow?. *Corporate Governance: An International Review*. Vol. 12, 3 : 302–313.
- 77.LA PORTA, R., LOPEZ DE SILANES, F., SHLEIFER, A., & VISHNY, R. W. 1997. Legal determinants of external finance. *The journal of finance*, 52(3): 1131-1150.

- 78.LA PORTA, R., LOPEZ-DE-SILANES, F., SHLEIFER, A., & VISHNY, R. W. 1998. Law and finance. *Journal of political economy*, 106(6): 1113-1155.
- 79.LA PORTA, R., LOPEZ-DE-SILANES, F., SHLEIFER, A., & VISHNY, R. W. 2000. Investor protection and corporate governance. *Journal of financial economics*, 58(1): 3-27.
- 80.LA PORTA, R., LOPEZ-DE-SILANES, F., & SHLEIFER, A. 2008. The economic consequences of legal origins. *Journal of economic literature*, 46(2): 285-332.
- 81.LE CANNU, P. y DONDERO, B. 2014. *Droit des sociétés*, 6^a Ed., Paris, L.G.D.J.
- 82.LE NABASQUE, H. 1999. Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, *RTD com.* 1999, 273 p.
- 83.LEFORT, F. 2003. Gobierno corporativo: ¿qué es? y ¿cómo andamos por casa?. *Cuadernos de Economía*, Año 40 (Nº 120): 207-237.
- 84.LEGRAND, P. 1999. Sur l'analyse différentielle des jurisprudences. *Revue internationale de droit comparé*, 51(4) : 1053-1071.

85. LENOBLE, J. et al. 2004. La question de l'application en droit: Au-delà d'une approche herméneutique. En: Mélanges J. van Compernelle, Bruxelles, Bruylant, 928 p.
86. LERNER, P. 2004. Sobre armonización, derecho Comparado y la relación entre ambos. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 111: 919-966.
87. MALAURIE, P., AYNÈS, L. y STOFFEL-MUNCK, P. 2009. Droit civil, les obligations. 4e éd., Paris, L.G.D.J.
88. MANSELL, S. 2013. Shareholder theory and Kant's 'duty of beneficence. Journal of business ethics, 117:(3), 589 p.
89. MARCOUX, A. 2003. A Fiduciary Argument against Stakeholder Theory. Business Ethics Quarterly, Vol. 13(1), 1-24.
90. MARINI, P. 1996. La modernisation du droit des sociétés, Rapport au Premier Ministre. Doc. Fr. 1996; Rapport du Comité sur le Gouvernement d'entreprise présidé par M. Marc Viénot. 1999. [en línea] <http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot2_fr.pdf>
91. MARTIN, D. 2005. L'intérêt des actionnaires se confond-t-il avec l'intérêt social?. En: Mélanges D. Schmidt, Paris, Ed. Joly. 359 p.

- 92.MATTEI, U. 1994. Efficiency in Legal Transplant: an Essay in Comparative. Law and Economics. *International Review of Law and Economics*. Vol. 14, (1): 3-19.
- 93.MCCARTHY, D. y PUFFER, S. 2002. Corporate Governance in Russia: towards a European, US, or Russian Model?. *European Management Journal*. Volume 20, Issue 6: 630–640.
- 94.MERLE, P. 2009. *Droit comercial: Sociétés commerciales*, 13e Ed., Paris, Précis Dalloz.
- 95.MESSAI-BAHRI, S. 2009. *La responsabilité des dirigeants sociaux*. Paris, IRJS Editions.
- 96.MICHOUD, L. 1932. *La théorie de la personnalité morale*. 3e Ed. Trotabas, Paris, t. I.
- 97.MUIR-WATT, H. 2000. La fonction subversive du droit comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Vol. 52 (3) : 503-527.
- 98.NODDINGS, N. 1984. *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*. Berkeley, University of California Press.

99. NORTH, D. C. 1993. Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. Fondo de Cultura Económica, México.
100. PAILLUSSEAU, J. 1967. La société anonyme, technique d'organisation d'entreprise,. Paris, Librairie Sirey.
101. PATTERSON, D.1990. Law's Pragmatism: Law as Practice & Narrative. Virginia Law Review, 76.5, 550 p.
102. PERKINS, R. B. 1986. The ALI Corporate Governance Project in Midstream. The Business Lawyer, 1195-1235 p.
103. PETEL, P. 1988. Les obligations du mandataire. Paris, Litec.
104. PFEFFER, F. 2005. El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la superintendencia de valores y seguros en el contexto del denominado “caso Chispas”. Revista Chilena de Derecho, 524 p.
105. PFEFFER, F. 2015. Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascadas. Revista Actualidad Jurídica, (32): 211

106. PHILLIPS, R. 2003. Stakeholder legitimacy. *Business Ethics Quarterly*, vol. 13, (1): 25-41.
107. PHILLIPS, R., FREEMAN E. y WICKS, A. 2003. What Stakeholder Theory Is Not. *Business Ethics Quarterly*. 484 p.
108. PIROVANO, A. 1997. La boussole de l'intérêt social - Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?, D. 1997. chron. 189.
109. PLANIOL, L. 1922-1924. *Traité de droit civil*, tome II. [en línea] <
<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6516822w/f307.image>>
110. PUELMA ACCORSI, A. 2011. *Sociedades*, Tomo II, 3ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
111. PUGA VIAL, J.-E. 2011. *La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado*. 2ª Ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
112. *Rapport annuel de la Cour de cassation*. 1996. (s.l.) La Documentation Française.
113. RAY, J. 1926. *Essai sur la structure logique du code civil français*. Paris, F. Alcan.

114. REDENIUS-HOEVERMANN, J. 2010. La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand. Paris, L.G.D.J.
115. RIBERIOUX, A. 2010. Gouvernance d'entreprise et contrôle des dirigeants: 1932-2008, d'une crise à l'autre. En: La gouvernance des sociétés cotées face à la crise. Pour une meilleure protection de l'intérêt social. Paris, LGDJ, 6 p.
116. RICHARD, P. 2005. Les apports de Wittgenstein à la réflexion comparatiste. *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 57 N°4, 901 p.
117. RIGGS, J. 2000. Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain. *Gazettes du Palais*, 5 de diciembre del 2000, N° 340, 62 p.
118. RIPERT, G. 1950. Aspectos jurídicos del capitalismo moderno. (s.l.) Ediciones Jurídicas Europa – América, Bosch & Cia Editores.
119. SAGNAC, P. 1898. La législation civile de la Revolution française (1789-1804). Paris, Hachette.
120. SANDOVAL LOPEZ, R. 2010. Derecho Comercial. Tomo I. Volumen 2, 7ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

121. SCHMIDT, D. 1994. De l'intérêt commun des associés. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* (48): 404.
122. SCHMIDT, D. 2004. *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*. Paris, Ed. Joly.
123. SCHMIDT, D. 2006. Les associés et les dirigeants sociaux. En: *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*. Paris, PUF.
124. SCHOLASTIQUE, E. 1998. *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droit Français et anglais*. Paris, LGDJ.
125. STIGLITZ, J. 2000. *La economía del sector público*. (s.l.) Ed. Antoni Bosch.
126. STIGLITZ, J. 2005. *The Overselling of Globalization, in Globalization: What's New*. Columbia University Press.
127. TRÉBULLE, F.-G. 2004. Devoir de loyauté du dirigeant à l'égard des associés. *JCP E* 2004, 1393 p.
128. TUNC, A. 1964. Chronique sur la classification des obligations. *R.T.D.C.* (62): 98.

129. VASQUEZ PALMA, M.-F. 2010. Revisión del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la noción de uso de información privilegiada en Chile: un examen de la normativa a la luz de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección Ensayos*. Año 17 - No 2 : 239-297 p.
130. VASQUEZ, M.-F. 2012. Gobiernos corporativos y deberes de los administradores de las sociedades anónimas: cuestiones actuales (desde la Ley N° 20.382) y reformas pendientes. En: *Cuadernos de extensión jurídica / Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Santiago de Chile*, (22): 201.
131. WEBER, M. 1991. *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*. Paris, Presses Pocket.
132. WESTER-OUISSE, V. 1999. Critique d'une notion imprécise: la faite du dirigeant de société separable de ses fonctions, *D. Aff.* 1999, 782 p.
133. WITTGENSTEIN, L. 2004. *Recherches philosophiques*, Paris, Gallimard, Edition Kindle.
134. ZEGERS RUIZ-TAGLE, M. y ARTEAGA ECHEVERRÍA, I. 2004. Interés social, deber deslealtad y conflictos de interés en empresas

multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América. Revista Chilena de Derecho, vol. 31 (2): 250.

135. ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H. 1998. Introduction to comparative Law. 3º Edición. Oxford, Oxford University Press.

Sentencias Chilenas

Corte Suprema Rol N° 4261-2004

Corte Suprema, Rol N° 785-2010

Corte Suprema Rol N° 9303-2012

Corte Suprema Rol N° 207-2012

Corte Suprema Rol N° 359-2012

Corte Suprema Rol N° 205-2012

Corte Suprema Rol N° 9303-2012

Corte Suprema, Rol N° 3389-2015

Corte Suprema Rol N° 79071-2016

Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 3134-1998

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°7534-2002

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1709-2004

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7305-2007

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1439-2009

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 824-2009

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7374-2010

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4379-2013

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1398-2015

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7984-2014

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6146-2015

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 13008-2015

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 8069-2015

5° Juzgado Civil de Santiago, Rol N°4641-1997

17° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 4116-2004.

18° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 6291-2012

18° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 6498-2012

18° Juzgado Civil de Santiago Rol N° 21494-2014.

19° Juzgado Civil de Santiago Rol N° 573-2015

20° Juzgado Civil de Santiago Rol N° 307-2015

24° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 1453-2010

24° Juzgado Civil de Santiago Rol N° 2701-2015

26° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 1724-2010

27° Juzgado Civil de Santiago Rol N° 10169-2014

27° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 5234-1999

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa rol N° C-184-08

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 316 de 1999

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 351 de 1997

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 353 de 1997

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 371 de 199

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 373 de 1997

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 074 de 201

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 857 de 2009

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 854 de 2009

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 855 de 2009

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 859 de 2009

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 860 de 2009

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 861 de 2009

Sentencias francesas

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 68-11085.

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 81-11437

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 83-16887.

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 86-13682.

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 98-15129

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 91-20735 .

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 91-20839.

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 92-21548

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 93-20509

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 93-13273.

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 93-17813

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 95-18510

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 94-11241

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 96-22091.

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 96-19503

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 97-12834.

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 98-21967.

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 00-15.618.

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 00-14981

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 01-13.642.

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 03-12 339

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 03-14423

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 04-19.802.

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 04-12087

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 05-15803

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 06-13212.

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 07-13 198.

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 08-21547.

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 08-11706

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 09-13975

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 09-14026

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 09-16522

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 09-67661

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 10-18989

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 10-11492;

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 10-16713.

Corte de Casación, Sala Comercial, N°11-24.305

Corte de Casación, Sala Comercial, N°11-24.305

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 12-24232

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 12-16509

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 13-24889

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 14-23006

Corte de Casación, Sala Comercial, N° 16-12165

Corte de Apelación de Paris, N° 06/17930

Corte de Apelación de Paris, N° 10/25084

Corte de Apelación de Lyon, N° 2002/01467