



Vniversitas
ISSN: 0041-9060
ISSN: 2011-1711
revistascientificasjaveriana@gmail.com
Pontificia Universidad Javeriana
Colombia

Propuesta de reconstrucción dogmática del sistema de responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas en Chile a la luz del buen gobierno corporativo*

Vásquez Palma, María Fernanda

Propuesta de reconstrucción dogmática del sistema de responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas en Chile a la luz del buen gobierno corporativo*

Vniversitas, vol. 71, 2022

Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82570824017>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.prd5>




Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

Propuesta de reconstrucción dogmática del sistema de responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas en Chile a la luz del buen gobierno corporativo*

Proposal for a Dogmatic Reconstruction of the System of Civil Liability of Directors of Corporations in Chile in the Light of Good Corporate Governance

María Fernanda Vásquez Palma mfvasquez@utalca.cl
Universidad de Talca, Chile

 <https://orcid.org/000-0002-2861-5520>

Vniversitas, vol. 71, 2022

Pontificia Universidad Javeriana,
Colombia

Recepción: 08 Marzo 2022
Aprobación: 14 Marzo 2022
Publicación: 30 Junio 2022

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.prds>

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82570824017>

Resumen: En las siguientes líneas presentaremos el resultado de una investigación jurídica, cuyo objeto es la reconstrucción dogmática del régimen de responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas (SA) en Chile a la luz del buen gobierno corporativo (BGC). Para esto, utilizaremos las metodologías de recopilación, sistematización y análisis de la doctrina, normativa y pronunciamientos judiciales y administrativos dictados en estos últimos años, los que nos conferirán algunos lineamientos para entender esta materia adecuadamente. A partir del ejercicio hermenéutico de los artículos 41 y 133 de la Ley 18.046 (LSA), entre otros, propondremos una relectura del régimen de responsabilidad de los administradores de SA en Chile, sobre la base de distinguir el tipo de deber que se infringe y si este se encuentra o no tipificado en alguna de las fuentes señaladas en el artículo 133 de la LSA. En caso afirmativo, sostenemos que debiese aplicarse dicho precepto y, de lo contrario, podría recurrirse por medio de la regla general contenida en el artículo 41. Además, manifestamos una preocupación en cuanto a la escasa utilización de este mecanismo en la práctica y abogamos por el fortalecimiento del marco jurídico, en especial, del elenco de deberes y acciones, en concordancia con el BGC.

Palabras clave: buen gobierno corporativo, sociedades anónimas, administradores, responsabilidad civil, Chile.

Abstract: In the following lines we will present the result of a legal research, whose object is the dogmatic reconstruction of the civil liability regime of directors of corporations (SA) in Chile in the light of Good Corporate Governance (GCG). For this purpose, we will use the methodologies of compilation, systematization and analysis of the doctrine, regulations and judicial and administrative pronouncements issued in recent years, which will provide us with some guidelines to understand this matter adequately. Based on the hermeneutic exercise of articles 41 and 133 of Law No. 18,046 (LSA), among others, we propose a re-reading of the liability regime of directors of corporations in Chile, on the basis of distinguishing the type of duty that is infringed and whether or not it is recognized in any of the sources indicated in Article 133 of the LSA. If so, we argue that this provision should be applied and, if not, the general rule contained in Article 41 should be applied. In addition, we express our concern regarding the scarce use of this mechanism in practice and advocate the strengthening of the legal framework, especially the list of duties and actions, in accordance with the BGC.

Keywords: good corporate governance, corporations, directors, civil liability, Chile.

Introducción

Con el ánimo de mejorar los índices económicos y modernizar el BGC de las SA, el legislador chileno ha reformado la Ley 18.046 de 1981 de SA (LSA) en diversas ocasiones. Las leyes 19.705 de 2000 y 20.190 de 2007 cimentaron un camino que luego se ha consolidado por las Leyes 20.382 de 2009 y 20.314 de 2021. A ellas debemos adicionar distintas normas de carácter general (NCG) dictadas por la entidad reguladora, esto es, la Comisión para el Mercado Financiero (CMF)¹.

A pesar de estos cambios, el régimen de responsabilidad civil de los administradores de SA se ha mantenido inalterado en lo esencial. Este se funda principalmente en dos preceptos: el artículo 41 y el artículo 133 LSA, ambos redactados sin aclarar cómo se aplican ni operan, lo que ha generado disquisiciones a nivel doctrinal². En general, la postura mayoritaria plantea la existencia de un sistema de responsabilidad subjetivo que estaría conformado por una parte general —art. 41 LSA— y dos subsistemas particulares —arts. 45 y 133 LSA—³, o bien planteando algunos matices a esta idea⁴⁻⁵, pero sin salir de los contornos de esta calificación.

En el presente texto, cuestionaremos esta tesis y propondremos una nueva lectura del régimen de responsabilidad de los directores de SA, a partir del marco jurídico existente y los criterios de BGC que debieran considerarse en esta articulación, tema respecto del cual no existen estudios específicos⁶, de manera que esperamos contribuir en esta dirección. En tal sentido, partimos de la base que un régimen normativo debe entenderse como un conjunto coherente y consistente de normas, y se entenderá eficaz en la medida en que impacte a los sujetos a los que está dirigido.

Para llegar a este aserto, utilizaremos las clásicas metodologías de recopilación, sistematización y análisis de la doctrina, así como también de las sentencias judiciales (emitidas de 2010 a 2021) y resoluciones administrativas (emitidas de 2015 a 2020) que se han pronunciado en la materia, tema sobre el que tampoco existe un registro como el que aquí se efectúa. Igualmente, realizaremos un necesario ejercicio hermenéutico de la normativa vigente.

El texto se divide en cuatro secciones. En la primera, analizaremos el marco jurídico general y los elementos que deben considerarse en su interpretación. En la segunda, revisaremos el conjunto de deberes y mecanismos de protección dispuestos para proteger a la víctima en este tipo de responsabilidad en el sistema chileno. En la tercera, observaremos lo que ha ocurrido en la práctica a partir de sentencias y resoluciones dictadas en estos últimos años en Chile. Y en la cuarta, realizaremos una propuesta de reconstrucción dogmática, así como de una necesaria propuesta de reforma de *lege ferenda*, en aras de fortalecer este entramado normativo. Las conclusiones arribadas son extrapolables a otros sistemas jurídicos.

Marco jurídico y elementos que deben considerarse en este sistema de responsabilidad

Variables por considerar

De acuerdo con la teoría de los riesgos, cada persona carga con sus propias pérdidas a menos que operen mecanismos de distribución, es decir, aquellos dispositivos jurídicos que permiten a la víctima traspasar el daño o su costo a un tercero. Uno de ellos es el instituto de responsabilidad civil que, *grosso modo*, se define como “la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otros sujetos, a la obligación de reparar el daño causado”⁷.

La construcción de un sistema de responsabilidad civil es fruto de una decisión política que, a partir de normas, principios y procedimientos, establece un mecanismo que se justifica en una función específica, y esta puede ser punitiva, preventiva, reparadora y social⁸, dependiendo del elemento o los elementos que se consideren más relevantes. En el diseño legislativo interesa determinar qué, por qué, a quién y cómo se protege. Si existe coherencia, consistencia y eficacia entre dichos elementos, podemos sostener que aquel se encuentra bien delineado.

En Chile, el estatuto de responsabilidad previsto para las sociedades en general es contractual, mientras que en las SA se discute debido a la especial configuración de este tipo asociativo. La doctrina ha explicado este sistema desde la responsabilidad civil extracontractual subjetiva, lo que —en principio— obliga a la víctima del daño a probar la culpa o dolo del victimario, lo que parece cuestionable si atendemos a la fisonomía de las SA que cotizan en el mercado de valores o abiertas (SAA), los avances en la institución de la responsabilidad civil a nivel global y, sobre todo, la institución del BGC.

Las SAA, a diferencia de las restantes, conversan con el mercado, de manera que el legislador, junto con cuidar la libertad de empresa, debe proteger los intereses públicos que pueden verse afectados con las actuaciones de aquellas, cuestión que se logra a partir de la imposición de normas imperativas y prohibitivas que integran el contrato social y su funcionamiento. En relación con lo segundo, debemos recordar que, si bien la función punitiva o sancionadora —que descansa en la culpa del infractor—, fue relevante en sus inicios, con posterioridad se ha prescindido de este elemento en actividades en las que los riesgos y los daños son altamente probables. Esta posición se enfoca en la protección de la víctima y del daño que ha sufrido, de manera que se aboca especialmente a su reparación y no a la culpa del deudor que, por lo demás, es una carga demasiado alta para el acreedor. En la misma línea, la modernización del derecho de las obligaciones y contratos cambia este paradigma a nivel contractual, en la medida que entiende una obligación como incumplida con prescindencia de la culpa del deudor, protegiendo principalmente la satisfacción de los intereses del acreedor⁹. Finalmente, el BGC, si bien no se plantea un sistema particular de responsabilidad que deban

asumir los Estados, si ha delineado sus elementos fundamentales, tanto para su configuración objetiva como subjetiva, a partir de los principios de gobierno corporativo (PGC)¹⁰ y otros documentos¹¹. Abogan por una responsabilidad de los administradores acorde a su cargo y, sobre esta base, plantea la necesidad de ser muy cautelosos a la hora de nombrar a los directores/administradores, determinar los deberes que asumen y plantear los mecanismos de protección frente a sus actos u omisiones. El BGC entiende que las sociedades que cotizan en el mercado de valores tienen que asumir un compromiso altamente efectivo. Plantea que esta empresa tiene la misión de crear valor, lo que envuelve un actuar sostenible, sustentable y responsable con el entorno. En esta senda, amplía el ámbito subjetivo de protección a los terceros interesados, lo que incrementa los deberes que deben satisfacer los administradores. Todo esto con el propósito de construir mercados más sólidos y confiables que es, en definitiva, la finalidad de todo BGC. Según lo anterior, buena parte de los países desarrollados han adoptado estos criterios, reestructurando su régimen societario, en especial, la responsabilidad de los administradores, reconfigurando sus elementos¹².

Si bien el legislador chileno no ha modificado el estatuto de responsabilidad en las SAA, no podemos desconocer la existencia de un punto de inflexión que se produce al dictar la Ley 20.382 de 2009, pues con ella no solo ingresa a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), sino que también acoge los PBGC (*soft law*), y esto le obliga a repensar, reinterpretar y reformar esta institución de acuerdo con dicho modelo. En otras palabras, dado que el BGC es hoy el eje de todo derecho societario moderno¹³ y el legislador chileno se ha comprometido a su resguardo por medio de políticas públicas, no podemos sino arribar a una nueva intelección sobre algunos puntos que se han resistido a ser modificados o reinterpretados, a pesar de estos y otros avances.

Breve descripción de la normativa vigente en Chile

La LSA no trata la responsabilidad de los administradores de forma sistemática ni ordenada, lo que se debe a la ausencia de una reforma normativa integral en la materia. Entre las modificaciones realizadas en estas últimas décadas destacan las leyes 19.705 de 2000, 20.190 de 2007, 20.382 de 2009 y 21.314 de 2021¹⁴. Se suma a ellas, el Reglamento de SA (RSA), y las distintas NCG emitidas por la CMF¹⁵.

Resumidamente, la SA debe ser representada y administrada por un órgano denominado directorio —arts. 1.º, 31, 37, 38, 39, 40 LSA—, que es inherente y esencial a aquella —art. 1º LSA—. Si bien no se establecen requisitos para su nombramiento, se contemplan causales de inhabilidad e incapacidad, aunque de forma muy laxa —arts. 35 y 36 LSA—. Los administradores asumen un conjunto de deberes, cuya inejecución proporciona ciertas acciones —arts. 41, 133 y 133 bis LSA—. El entramado normativo en cuestión nos permite distinguir dos

ámbitos de aplicación: uno objetivo y el otro subjetivo; el primero, se refiere a las conductas antijurídicas detonantes de la responsabilidad civil; mientras que el segundo alude a quién se encuentra obligado (directores y personas vinculadas) y quiénes pueden exigir su cumplimiento (sociedad, accionistas). También es posible plantear una simbiosis entre elementos sustantivos, que detonan la persecución de la responsabilidad y los adjetivos, que nos indican quiénes y cómo se podrá perseguir.

El directorio se define como un órgano sin personalidad jurídica, de manera que, frente a los actos realizados por los administradores en el seno del directorio, deberá responder la sociedad y los directores, solidariamente ¹⁶. Si los directores actúan fuera de este ámbito responderán personalmente.

La relación jurídica que se genera entre el directorio y la sociedad es claramente legal, puesto que es la norma la que define a la sociedad como aquella que es administrada por un órgano denominado directorio —art. 1.º LSA—; mientras que aquella que se forja entre la sociedad y los directores ha provocado algunas disquisiciones respecto de si cabe aplicar una responsabilidad contractual o extracontractual. La doctrina no ha sido unívoca, un sector plantea la presencia de una relación legal, mientras que otro asume que aquella es contractual ¹⁷, entendiendo que se configura un mandato, un contrato, *sui generis*, de prestación de servicios o una simple convención ¹⁸. Para nosotros resulta claro que la relación entre un director y la SA nace de negocio jurídico, pues para que esta se forme se requiere un nombramiento que efectúa la junta de accionistas —art. 31 LSA— y la aceptación de aquel —art. 37 LSA—. Hecho ello, la sociedad asume la obligación de remunerar a los administradores (si así se pacta) —art. 33 LSA— y poner a su disposición toda la información necesaria para desempeñar sus funciones —art. 39.2 LSA—; mientras que los administradores contraen diversos deberes normativos y estatutarios. Esto sin perjuicio de otras relaciones jurídicas que puedan existir entre el administrador y la sociedad ¹⁹. Con todo, a pesar de este origen, los efectos de la relación no se gobiernan por el estatuto contractual, sino legal, de forma que es posible plantear las vías contractuales tradicionales frente a un incumplimiento de deberes, ni es factible modificar estas reglas desde la autonomía de la voluntad. Sobre esta base, consideramos que se trata de una relación híbrida lo que se explica por las particularidades de la sociedad anónima y la necesidad de proteger el mercado y el orden público económico. En otras palabras, si la relación es contractual o extracontractual poco importa, pues el estatuto jurídico que prevalece es el señalado en la LSA y, desde esta perspectiva, debemos atender a lo que ella señala. La jurisprudencia ha dejado en libertad a las partes para optar por la vía contractual o extracontractual ²⁰.

Presupuestos del sistema de responsabilidad

Las normas basales, que nutren el régimen de responsabilidad civil de los administradores de SA, esbozan elementos equívocos entre sí, lo que

lleva a una confusión que, en nuestra opinión, solo puede subsanarse si calificamos las normas adecuadamente, asignándoles el lugar y valor que ellas tienen en este sistema.

El artículo 41 de la LSA 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 y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables.

Por su parte, el artículo 133 LSA establece que

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

Por las personas jurídicas responderán, además, civil, administrativa y penalmente, sus administradores o representantes legales, a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo.

Los directores, gerentes y liquidadores que resulten responsables en conformidad a los incisos anteriores, lo serán solidariamente entre sí y con la sociedad que administren, de todas las indemnizaciones y demás sanciones civiles o pecuniarias derivadas de la aplicación de las normas a que se refiere esta disposición.

A estos preceptos debemos agregar el artículo 45 LSA en cuanto presume la culpabilidad de los directores, respondiendo, en consecuencia, solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad, accionistas o terceros, en los casos que allí se indican, esto es, si la sociedad no lleva sus libros o registros; si se repartieran dividendos provisorios habiendo pérdidas acumuladas; si la sociedad ocultara sus bienes, reconociera deudas supuestas o simulara enajenaciones. Se agrega que esta presunción alcanza a los directores que se beneficien de forma indebida, directamente o por medio de otra persona, de un negocio social que, a su vez, irroque perjuicios a la sociedad.

Como puede observarse, el artículo 41 descansa en una hipótesis de responsabilidad subjetiva que se edifica sobre la base de cuatro elementos: un sujeto abstracto (director/a); una conducta exigible (ejercer su función como un buen padre de familia); un perjuicio causado a los acreedores en caso de no cumplir tal función (sociedad y accionistas); y un criterio de imputabilidad específico (culpabilidad). El artículo 133, en cambio, concibe solo tres elementos: un acto u omisión antijurídica que se funda en la infracción de un deber normativo (desde una perspectiva amplia) o estatutario; la generación de un daño a otro; y una relación causal entre aquellos. El artículo 45, finalmente, plantea presunciones de culpabilidad frente a supuestos concretos que descansan en dos deberes de diligencia (no llevar los libros y repartir dividendos no debiendo hacerlo), y uno de lealtad que podemos reputar genérico (beneficio indebido que irroque perjuicios a la sociedad).

La cuestión, entonces, reside en determinar si priman el artículo 41 o el 133 y qué efectos se generan. Como anunciamos, la doctrina mayoritaria se ha inclinado por una interpretación clásica, en la medida que este sistema tendría como base el artículo 41. En nuestra opinión, esta lectura

no parece acertada. El artículo 133 se edifica en la parte especial de la LSA (responsabilidades), mientras que el artículo 41 se inserta en las normas generales de administración, de manera que, primando el principio de especialidad, es el aludido precepto el que se sobrepone a este último.

Siendo así, debemos preguntarnos si el elemento subjetivo de la culpa se inserta en el artículo 133, cuestión que ha tenido posiciones dispares ²¹. Una lectura atenta de este precepto nos mostrará que no se exige culpa, ni siquiera de manera implícita, pues esta norma prescinde de este elemento planteando como presupuesto una infracción normativa o estatutaria que se califica por ello como antijurídica. El infractor solo puede excusar su responsabilidad en la medida que concurra una causal específica, que consiste en haber hecho constar la falta de participación u oposición al acto constitutivo de infracción ²². Si el legislador hubiese querido insertar la culpa como elemento, así lo habría dispuesto, señalando, por ejemplo, que aquel podrá excusar su responsabilidad si prueba que ha actuado sin culpa, al igual que como ha ocurrido en legislaciones foráneas ²³. En otras palabras, se trata de un presupuesto de responsabilidad que no se funda en una presunción de culpabilidad, sino en un acto antijurídico concreto que se sustenta en una infracción, lenguaje propio del derecho administrativo o inejecución de los deberes contemplados en dichas fuentes.

Complementando lo anterior, consideramos que el artículo 41 no puede servir de base a este sistema, pues a simple vista es incompleto y anacrónico, en relación con el estándar exigido y su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo.

Con relación al estándar, hoy en día resulta incontrovertible que a los directores o administradores de SAA se les debe exigir profesionalidad en el ejercicio del cargo a fin de resguardar no solo los riesgos de la sociedad y sus accionistas, sino también del medio en que se insertan ²⁴. La clásica visión de hombre medio resulta inadecuada frente a deberes tan concretos como son los de administrar una sociedad de este tipo, con todas las complejidades y deberes que ello conlleva. Quien administra una sociedad no gestiona sus propios negocios, sino un patrimonio ajeno, y estas decisiones repercuten en la sociedad, el mercado y la economía del país, de manera que no es inocua la elección.

Sobre esta base, lo que debe exigirse es que el director se comporte de manera profesional y ejecute sus funciones y deberes atendiendo el interés social. Esta última es una noción que también ha variado a lo largo de los años de la mano del devenir del derecho societario. En sus inicios este interés se refería exclusivamente a la protección de los intereses económicos de los accionistas o *shareholders*, pero luego se postuló una segunda tesis que observaba también la protección de los terceros o *stakeholders* ²⁵. Estas clásicas posiciones doctrinales (Friedman vs. Freeman) han sido matizadas por el BGC, que observa este interés como la creación de valor de la sociedad, imprimiendo notas de sostenibilidad y sustentabilidad en su contenido ²⁶. Desde este ángulo, la creación de valor podría leerse como la capacidad de la sociedad de generar riqueza para esta y sus accionistas, de acuerdo con los objetivos presupuestados

por la sociedad, pero considerando las distintas relaciones e intereses en presencia, pues ello contribuye no solo a mantener y atraer la confianza de los inversores respecto de la sociedad, sino que también cuida el adecuado funcionamiento del mercado. De la mano de ello, un director debe adoptar las directrices del BGC como una forma de hacer las cosas, y también en los fines pretendidos por la sociedad.

Respecto del ámbito de aplicación, vemos que el artículo 41 se refiere a una hipótesis acotada, como es el deber genérico de diligencia y cuidado al que está obligado todo director, más no alude al deber de lealtad, de manera que esta norma no puede entenderse como el presupuesto general del sistema de responsabilidad. Además, solo se protege a los accionistas y a la sociedad, dejando de lado a los terceros que si están considerados en el artículo 133 e inclusive en el artículo 45.

Asentado lo anterior, ¿cómo podemos leer armónicamente estas normas? Nuestra tesis plantea que, en el estado actual de cosas, el artículo 133 LSA prima sobre el 41 LSA, en virtud del principio de especialidad y de mejor protección. El artículo 133 se alinea de mejor forma con los PBGC, al establecer un mecanismo claro para hacer valer la responsabilidad de los directores, referirse a los deberes tipificados que estos deben satisfacer, y proteger a otros sujetos que pueden verse afectados con los actos de gestión. En esta línea, tendríamos que pensar que frente a una infracción se aplica el artículo 133 de forma que el artículo 41 se aplicaría como una cláusula residual y general. Esta explicación se condice con el irrefutable hecho que no existe una *lex artis* que sirva para integrar un único modelo de conducta del director, sino que solo una exigencia que debe deslindarse. En este contexto, podríamos pensar que el artículo 45 LSA pierde sustento y relevancia, sin embargo, lo cierto es que aquí se alude a dos deberes de diligencia específicos y uno general de lealtad, de manera que la presunción aquí contemplada podemos entenderla como complementaria.

Deberes de fidelidad de todo administrador: diligencia y lealtad

Abordando derechamente las conductas antijurídicas contempladas en la LSA, lo primero que debemos enfatizar es que esta no es clara a la hora de articular los deberes que pesan sobre los directores, ni se refiere a la fidelidad que comprometen en el desempeño del cargo. Si bien, esto se desprende del tipo de función y la confianza depositada por los accionistas al designarlos, resulta necesario ordenar esta materia a fin de facilitar su comprensión y aplicación a todo operador jurídico.

La doctrina, siguiendo construcciones clásicas de derecho comparado, distingue entre los deberes de diligencia y lealtad²⁷, pero sin precisar especialmente su contenido, ni vislumbrar sus vacíos. Para nosotros, cumplir el deber de cuidado implica desempeñar el cargo de director como una persona profesional, juiciosa y razonable, lo que envuelve un conjunto de actos y abstenciones que se circunscriben en dos puntos: toma decisiones adecuadas y supervisar los actos realizados por otros

operadores de la sociedad ²⁸ . El deber de lealtad alude a la defensa de los intereses corporativos, de manera que este deber se cumple en la medida que el director se abstenga de realizar ciertos actos. El primero despliega normalmente conductas positivas de hacer, mientras que el segundo consiste en un no hacer, y esto implica una decisión voluntaria que no es posible atribuir a la culpa, pues no se puede ser desleal por dejadez.

Deber de cuidado o diligencia

El administrador debe adoptar decisiones cuidadosas, lo que no hará si actúa de manera imprudente o temeraria ²⁹ . A los administradores no se le exige un resultado específico, sino una diligente toma de acuerdos (obligación de medios) y de control. La LSA contempla la exigencia de culpa en la cláusula general de este deber —art. 41 LSA—. A estos efectos, la culpa se debe analizar en concreto, esto es, observando el actuar del director en particular ³⁰ , mientras que la culpabilidad deberá ser apreciada respecto del sujeto en particular. Se exige que la culpa sea leve, lo que se entiende como un descuido ligero que se asocia al cuidado ordinario de los propios negocios —art. 44 CC—. Contribuye a dicha configuración el acto administrativo que sanciona al infractor por la inexecución de ciertas conductas ³¹ , pero no es imprescindible en ningún caso. En nuestra consideración, hay culpa cuando no se obra como se debiera de acuerdo con las exigencias del cargo ³² . Más allá de esta cláusula general, es posible entrever diversas manifestaciones de este deber en los siguientes preceptos:

Participar en el directorio y comités. Las funciones del directorio se ejercen en sala legalmente constituida —art. 39 LSA—. El artículo 78 RSA les obliga a participar activamente en el directorio y comités, asistiendo a las sesiones, instando que este se reúna cuando lo estime pertinente, exigiendo que se incluya en la orden del día aquellas materias que considere convenientes y a oponerse a los acuerdos ilegales o que no beneficien el interés de la sociedad. La forma en que debe sesionar el directorio se encuentra regulada en los artículos 81 a 87 RSA y 47 LSA.

Resguardo del interés social. El artículo 48 LSA dispone que el directorio deberá actuar informadamente y considerar los riesgos de las decisiones que adopte en resguardo del interés social ³³ . El director que no esté de acuerdo con una decisión podrá salvar su responsabilidad. El RSA, en su artículo 79, adiciona que tal constancia se deberá dejar aún en los casos en que la ley le obliga a abstenerse. En la misma línea, el artículo 42 LSA prescribe que no pueden efectuarse reformas ni acuerdos que no resguarden este interés.

Custodiar, llevar los libros y registros sociales. La sociedad deberá mantenerlos en la sede principal y en la de sus agencias o sucursales, así como en su sitio en internet. En el caso que las SAA cuenten con tales medios, deberán poner a disposición de los accionistas ejemplares de sus estatutos firmados por el gerente y una lista actualizada de

los accionistas. El artículo 7 LSA dispone que el directorio podrá delegar esta función. El artículo 48 LSA y 68 de la Ley 18.045 (LMV) obligan a llevar un registro de actas con los acuerdos y deliberaciones, y mantener un registro público de presidentes, directores, gerentes, ejecutivos principales, administradores y liquidadores³⁴.

Deber de información. El artículo 46 LSA establece que el directorio tiene el deber de informar a la sociedad, a los accionistas y al público, de acuerdo con ley o las normas dictadas por la CMF³⁵. Deberá adoptar políticas que establezcan normas, procedimientos y mecanismos de control para su desarrollo y cumplir las restantes obligaciones —arts. 7, 39, 90, 54, 56, 74 y 75 LSA—. Las SAA deben cumplir, además, con un especial deber de información en relación con los hechos esenciales³⁶.

Deber de vigilancia. Este deber carece de una descripción completa. Solo se plantea de manera parcial en el artículo 24, en relación con los acuerdos de las juntas de accionistas sobre aumentos de capital, y el artículo 15, en orden a resguardar el cumplimiento de los deberes consistentes en el pago de las acciones en dinero.

Deber de citar a la junta de accionistas si la sociedad cesa en el pago de sus obligaciones. El artículo 101 inciso 1.º LSA prescribe que el directorio de la sociedad, que ha cesado en el pago de una o más de sus obligaciones o respecto de la cual ha sido declarado el inicio del procedimiento concursal de liquidación, deberá citar a junta de accionistas para informar ampliamente sobre la situación legal, económica y financiera de la sociedad. Aquí también notamos una debilidad en relación con los deberes que caben por insolvencia.

Deberes de lealtad de los administradores

Este deber no solo compete a los administradores, sino también —bajo ciertos supuestos— a personas vinculadas y otros ejecutivos, como ocurre con los gerentes y liquidadores. Su estructura liga con obligaciones de resultado, en tanto existe un compromiso que depende exclusivamente de su voluntad y no de una eventual contingencia. Nadie puede incumplir un deber de lealtad por descuido³⁷ y no existe una cláusula general de este tipo de infracciones, lo que nos lleva a un nuevo argumento para dar preponderancia al artículo 133 LSA como base del sistema. Sus manifestaciones normativas son las siguientes:

No utilizar la posición de administrador para beneficio personal. El artículo 42 n.º 5 y 7 LSA sostiene que no pueden utilizar el patrimonio social, información confidencial de la sociedad u otros activos sociales para fines personales o de terceros. A ello se agregan las prohibiciones del inciso 2.º del artículo 44 LSA.

No usar las oportunidades comerciales en beneficio propio o de terceros relacionados. Esto al tenor de lo dispuesto en el artículo 46 n.º 6 LSA.

No realizar actos ilegales o contrarios al interés social. Artículo 42 n.º 7 LSA. Ahora bien, y en conformidad a los artículos 78 y 79 RSA, no pueden

proponer, acordar o realizar actos y contratos, o tomar decisiones que no tengan por fin este interés.

Guardar reserva y confidencialidad. El artículo 43 LSA resguarda este deber respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso debido a su cargo y que no haya sido divulgada oficialmente por la compañía ³⁸ .

Deber de ajustarse al procedimiento establecido por el legislador para la ejecución de operaciones con partes relacionadas (OPR). La LSA no inhibe al director de realizar una OPR, pero en conformidad con el artículo 89 LSA, le obliga a resguardar ciertos presupuestos, como lo son: el trato equitativo, el respeto de las mismas condiciones en que tal operación se realizaría con otros sujetos, el deber de informar de manera completa y detallada sobre esta cuestión al directorio, y respetar el *fair dealing*, es decir, adoptar un comportamiento correcto en el proceso del negocio ³⁹ .

Deber de no usar información privilegiada. El administrador no solo deberá guardar reserva o secreto, sino que tiene el deber de no usar esta información esencial en beneficio propio o de terceros, pues evidentemente ello tiene la potencialidad de provocar un perjuicio a la sociedad ⁴⁰ . Para configurar este incumplimiento debemos atender lo dispuesto en los artículos 164 y siguientes de la LMV y el artículo 42 n.º 7 LSA.

Delimitación y análisis de los mecanismos de protección conferidos al acreedor por responsabilidad de los administradores en la LSA Acciones de responsabilidad civil

El artículo 133 LSA alude a una hipótesis general de responsabilidad, al señalar que “la persona que infrinja esta ley, su reglamento, los estatutos o normas que imparta la SVS, ocasionando daño a otro, está obligada a la indemnización de perjuicios”. Sobre esta base, es posible configurar una acción personal de responsabilidad, si el daño se causa en un patrimonio distinto al de la sociedad; o una acción social, si quien lo sufre es esta última.

Esta fórmula general no logra la claridad esperada, lo que puede provocar más de alguna confusión. Frente a ello, y abocándonos solo a la responsabilidad de los directores sociales, debemos entender que la acción personal la puede impetrar cualquier persona que sea dañada a causa de estas infracciones. El “otro” entendido como sujeto activo de este mecanismo, normalmente se corresponderá con los accionistas y terceros acreedores, quienes deberán acreditar en juicio la existencia de una o más infracciones por parte de los directores demandados y el daño que ello les ha causado ⁴¹ . El director solo podrá excusar su responsabilidad bajo las eximentes allí contempladas. Esta acción podrá deducirse en contra de los directores y la sociedad por hecho propio ⁴² , a fin de que respondan solidariamente, si la infracción deriva de un acto que nace en el seno del directorio, o solo en contra de uno o más directores específicos por sus actos personales.

La acción social, por su parte, deberá presentarla la sociedad. A estos efectos, y si bien nada se señala, debiésemos entender que será la junta de accionistas la que tomará tal decisión en sesión extraordinaria convocada a estos efectos. Si acuerda interponer la acción, deberá destituir a los directores implicados en la infracción y nombrar otros en su reemplazo a fin de que estos puedan representarla. Al igual que en el caso anterior, podrá demandarse solidaria o personalmente, dependiendo del origen de esta contravención.

El artículo 133 bis LSA se refiere a la acción social derivada. Se dispone que, bajo el presupuesto de infracción de un deber normativo, estatutario, de las normas dictadas por el directorio, en conformidad a la ley o a las normas que imparta la SVS, se dará derecho a un accionista, grupo de accionistas o a cualquiera de los directores de la sociedad, a demandar la indemnización de perjuicios a quien correspondiere a nombre y beneficio de la sociedad⁴³. El sujeto activo de esta acción derivada es muy concreto, toda vez que se requiere que esta sea interpuesta por un accionista o grupo de accionistas que representen, a lo menos, un 5% de las acciones emitidas por la sociedad o a cualquiera de los directores de la sociedad⁴⁴ u otros sujetos responsables, en nombre y beneficio de la sociedad. Se agrega, además, que las costas generadas serán pagadas a los demandantes y no podrán, de forma alguna, beneficiar a la sociedad, y si los accionistas o el director demandantes fueren condenados en ellas, serán exclusivamente responsables de estas. Si el juicio se inicia por los accionistas o directores al tenor del artículo 133 bis LSA, la acción social toma el apellido de “derivada”.

El precepto en cuestión no aclara si para ejercerla se requiere que la sociedad adopte una decisión previa sobre el particular. Una intelección razonable nos invita a pensar que sí, esta acción no solo es derivada, sino también supletoria, de manera que esta posibilidad se activaría si la junta de accionistas decide no demandar a los infractores o simplemente no hace nada en un tiempo razonable o bajo una petición concreta —art. 56 n.º 3 LSA—.

Tampoco se indica si los administradores implicados en la infracción, que tengan la calidad de socios, pueden participar de este acuerdo; no obstante, aplicando el sustrato del deber lealtad, este debiese abstenerse de hacerlo para no generar un conflicto de interés.

Este vacío también alcanza a los accionistas que pretenden activar este mecanismo, toda vez que no se indica si deben asistir a la sesión de la junta respectiva, de manera que deberemos pensar que no se requiere su presencia especialmente.

En relación con las costas, el artículo 133 bis LSA parece fundarse en evitar el riesgo que implicaría la proliferación de acciones infundadas y el riesgo de revertir acuerdos tomados por la mayoría⁴⁵, sin embargo, lo cierto es que ello también puede leerse como un elemento disuasivo y poco caviloso de la protección de los intereses de la sociedad, los accionistas minoritarios⁴⁶ y el mercado.

El daño es un requerimiento transversal en todos los casos y no siempre es sencillo de acreditar ⁴⁷ . La expresión “pérdidas irrogadas” se ha entendido comprensiva del daño emergente y no del lucro cesante ⁴⁸ , no obstante, estimamos que esta interpretación es restrictiva en cuanto a su interpretación, pues la norma no efectúa distinción alguna ⁴⁹ y su interpretación tampoco se ajusta a los PBGC, de manera que debiese considerarse todo perjuicio sufrido, incluida la pérdida de oportunidad —art. 42 LSA—.

Si no existiera una infracción específica que pueda subsumirse en estas fuentes, los demandantes podrían eventualmente iniciar una demanda de responsabilidad en razón del deber genérico de cuidado —art. 41 LSA—, o bien conforme a las normas generales de responsabilidad contractual o extracontractual, dependiendo de la relación subyacente.

Acción restitutoria y de reembolso

La LSA en el artículo 42 n.º (s) 5, 6 y 7 señala que, si los directores practican actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social, o usan su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social, los beneficios percibidos por los infractores pertenecerán a la sociedad, la que además deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio. Por su parte, el artículo 147 LSA dispone que las SAA que celebren OPR que no se ajusten a los procedimientos y condiciones que allí se señalan, otorgará a la sociedad o a los accionistas el derecho de demandar, de la persona relacionada infractora, el reembolso en beneficio de la sociedad de una suma equivalente a los beneficios que la operación hubiera reportado a la contraparte relacionada, además de la indemnización de los daños correspondientes. Esta norma necesariamente debemos contrastarla con el artículo 44 LSA, que se refiere a esta materia a propósito de las SAC, pues, en este caso, no se otorga una acción de reembolso sino solo indemnizatoria.

Si bien parecen acciones análogas, lo cierto es que podemos detectar una diferencia en relación con su objeto: en la primera, la sociedad perseguirá la restitución de los beneficios ya obtenidos injustamente por los directores en atención a lo dispuesto en el artículo 42 LSA. Mientras que, en la segunda, se pretende el reembolso a la sociedad de una suma equivalente a los beneficios que la operación “habría reportado” a la contraparte relacionada. Otra diferencia entre ambas se refiere a la delimitación de los sujetos activos, pues mientras el artículo 44 incorpora a los terceros, el 147 nada señala sobre aquellos. Por otra parte, en el primer caso solo se autoriza a actuar a la sociedad en contra del director o directores desleales según lo dispuesto en el artículo 42 n.º (s) 5, 6 y 7 LSA; en el segundo caso, el sujeto activo puede ser la sociedad o los accionistas y el sujeto pasivo la persona relacionada ⁵⁰ infractora. En todos los casos hablamos de una acción social, pues el perjuicio lo sufre la sociedad.

Lo que se castiga en definitiva por medio de estas acciones, es la deslealtad (imputación) y no el hecho mismo del daño, que ni siquiera se exige como presupuesto, de manera que estas acciones se pueden activar incluso si se han obtenido resultados económicos beneficios.

Frente a una ausente regulación sobre este particular, habría que seguir el procedimiento general y extender estas causales a otros casos análogos.

¿Qué ha ocurrido en la práctica?

Esfuerzos interpretativos por parte de los tribunales

A pesar de los vacíos enunciados, la jurisprudencia ha buscado interpretar el conjunto normativo desde su globalidad, integrando deberes que no se encuentran explicitados. Así ocurrió, por ejemplo, con el deber de informarse que, a diferencia del derecho de ser informado, no presenta un correlato normativo. La Corte Suprema, a pesar de esto, entendió indubitable este deber a partir de una lectura armónica de los artículos 39 y 41 LSA⁵¹. Esta intelección va en la línea de nuestra tesis, pues al no tratarse de un deber tipificado en la normativa o los estatutos, la conducta se entendió como una vulneración del deber de diligencia, bajo el entendido que un director no podría tomar buenas decisiones sin informarse adecuadamente, de manera que se aplicó el artículo 41 LSA.

Análisis de datos sobre resoluciones administrativas y sentencias judiciales

Si nos detenemos en las resoluciones que se han dictado en esta materia, la casuística nos muestra que en los últimos años (2016-2021), la CMF ha sancionado administrativamente a 13 directores por 22 infracciones relativas a deberes incumplidos⁵². El porcentaje más alto (27%) se refieren a OPR, seguida de presentación de información falsa (18%), deber de abstención (14%), infracción del interés social (14%), y obtención de beneficios indebidos (4%)⁵³. Por su parte, la jurisprudencia vertida por los tribunales superiores de justicia entre 2011-2021, nos muestra que la mayoría de las causas iniciadas en la materia se refieren a reclamos de multas administrativas, los que normalmente se rechazaron⁵⁴. A estos podemos agregar otros de ilegalidad, igualmente rechazados⁵⁵. Respecto de las demandas presentadas por indemnización de perjuicios, la mayoría ha sido rechazada por no haberse acreditado los presupuestos de responsabilidad, en especial el daño y la relación causal⁵⁶. En particular, en uno de estos fallos se rechazó la demanda por fundarse en el estatuto de responsabilidad extracontractual debiendo ser contractual⁵⁷. Otras razones de rechazo han ligado con la excepción de prescripción extintiva⁵⁸.

Entre las escasas demandas de reclamación acogidas destaca la admisión de una casación en el fondo que estima que la sentencia impugnada yerra al liberar de responsabilidad al demandado, fundada en que no le son

aplicables las normas de la LSA, restringiendo el alcance del artículo 133 bis LSA ⁵⁹ .

Otra sentencia que podemos destacar es aquella que acogió una demanda de responsabilidad civil en contra de los directores de La Polar SA, la que además fue resuelta recientemente por la Corte Suprema ⁶⁰ . En lo medular, la Corte estimó, con toda razón, que el hecho que los demandantes (accionistas minoritarios) participaran de la compra de acciones con posterioridad a la declaración de los hechos esenciales informados por la sociedad, no implica la configuración de una eximente de responsabilidad, sino solo una disminución del monto de la indemnización de acuerdo con el artículo 2330 CC.

En consecuencia, se dictó una sentencia de reemplazo, declarando que La Polar SA y sus directores eran responsables de los perjuicios patrimoniales ocasionados a los fondos de pensiones administrados por la demandante por sus conductas relativas al hecho esencial comunicado el 9 de junio de 2011, consistente en la pérdida de valor de las acciones que mantenía en su *stock* a dicha fecha. La sentencia sostiene, sobre la base del artículo 55 de la LMV, que no se requiere de una sentencia judicial previa que establezca las infracciones para demandar responsabilidad, determinando, en este sentido, que los tribunales hayan impuesto un requisito extralegal ⁶¹ .

Sobre esta base, y si bien esta información podríamos entenderla como parcial, pues de acuerdo con el artículo 4 LSA, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunal (COT), los conflictos societarios deben resolverse por arbitraje forzoso, dejando una puerta muy estrecha para acudir a los tribunales estatales (artículo 125 LSA) ⁶² , lo cierto es que las sentencias recabadas nos permiten plantear algunas inquietudes en relación con el escaso número de demandas de responsabilidad planteadas en sede civil en contra de los directores, a pesar de haber sido sancionados por la CMF. 1. Una opción pasa por entender que no ha existido un daño consecuente para la sociedad, accionistas o terceros. 2. Otra posibilidad sería que no existe interés en orden a ejercer estas acciones por parte de la sociedad pues, dada la estructura de SA en Chile, los accionistas mayoritarios participarían, de algún modo, de estas infracciones. 3. Una tercera opción pasa por considerar que los accionistas minoritarios u otros directores, que eventualmente podrían ejercer la acción derivada de responsabilidad, no tienen incentivos para hacerlo, primero porque deberán acudir a la justicia arbitral que conlleva costos ⁶³ y, segundo, porque también tendrían que asumir eventualmente los gastos que implicaría el juicio y eventualmente las costas ⁶⁴ . A ello debemos agregar que lograr que reunir el 5% de las acciones no resulta sencillo. 4. Finalmente, también podríamos considerar que la razón subyacente se encuentra en cuestiones fácticas, pues no resulta fácil acreditar el daño, ni tampoco la relación causal entre la infracción y este último, a lo que podemos añadir la potencial confusión a la hora de configurar la demanda, al pensar que se debe acreditar, además, el elemento culposo del director.

De llegar a la conclusión que algunos de estos supuestos son correctos, esto dejaría en evidencia que el sistema de responsabilidad chileno no estaría cumpliendo su función reparadora, al no resarcir el daño que ha sufrido el acreedor a causa del comportamiento de los directores, y tampoco las funciones preventiva y punitiva, toda vez que, al no existir condena civil, no es posible plantear una hipótesis de corrección anticipada, lo que se refuerza si consideramos que las sanciones administrativas son acotadas y no siempre logran un castigo ejemplar o consistente entre el daño provocado y la multa fijada como sanción.

Hacia una reconstrucción necesaria del sistema de responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas

Relectura del sistema de responsabilidad en función de su eficacia

Hemos visto que las normas que contempla la LSA sobre la responsabilidad de los administradores se encuentran desordenadas, son ambiguas y, en algunos aspectos, parecen contrapuestas. Esto no es inocuo, si se considera que los bienes jurídicos protegidos en esta institución no son puramente privados, sino también públicos; y la función que está llamada a cubrir esta institución es la reparación del daño causado a las sociedades, accionistas o terceros, sin perjuicio de atender además otras necesidades.

Este conjunto de circunstancias nos revela, tal como ya hemos advertido en las líneas precedentes, que el sistema de responsabilidad no se encuentra bien articulado, no es consistente, ni tampoco coherente, lo que nos lleva a plantear mecanismos de corrección interpretativos, integrativos y de reformas futuras.

Leyendo armónicamente las normas en presencia, hemos propuesto una intelección que resguarda de mejor manera los bienes jurídicos protegidos, a partir de la aplicación prevalente del artículo 133 LSA, y solo, en su defecto, del artículo 41 LSA, para el caso que la vulneración no pueda subsumirse en una fuente específica, sino en un deber genérico de cuidado. En esta línea, estimamos que el sistema de responsabilidad, tal como está configurado, debemos entenderlo como un régimen especial, en el que la conducta antijurídica del responsable se funda en infracciones concretas y configuran un elemento de imputación claro, a lo que debe añadirse el daño y la relación causal.

Nuestra lectura se funda en la función reparadora que debiese satisfacer este régimen de responsabilidad, si consideramos los riesgos que entraña la actividad de este tipo de sociedades; los lineamientos y estándares establecidos en los PBGC; la protección del mercado que se encuentra presente en los lineamientos legislativos de esta sociedad; y la modernización del derecho societario en general, según ya hemos visto.

Dicho esto, los problemas legislativos actuales, y sin ánimo exhaustivo, podemos resumirlos en los siguientes: 1. La cláusula general del deber de diligencia no se condice con el BGC. 2. No existe claridad ni completitud

respecto de los deberes que debe asumir un director societario de SA. 3. No existe claridad sobre los presupuestos que nutren al sistema de responsabilidad, provocando confusión en los operadores jurídicos. 4. La justicia arbitral establecida a estos efectos provoca costos que dificultan la puesta en marcha de estos mecanismos, a lo que debemos añadir que se trata de una disposición inconstitucional, en tanto impide que los actores puedan acudir a los tribunales estatales que, en estricto rigor, es la justicia natural a la que todos tienen derecho. 5. Los mecanismos de protección estipulados a favor de los potenciales acreedores del cumplimiento de estos deberes no se encuentran bien delineados. 6. No se aclara qué ocurre con los directores que ya han dejado el cargo (periodo posterior) o con los administradores de hecho. 7. Y existen vacíos relevantes en relación con ciertos deberes, como ocurre con los supuestos de responsabilidad por insolvencia o liquidación. Tampoco existe un deber genérico del deber de lealtad, más allá de lo que expone el artículo 45 LSA en su inciso final.

A partir de ello, y bajo la sospecha que este marco jurídico no será reformado con la urgencia que se requiere, debemos resolver qué otras posibilidades tenemos para que el sistema de responsabilidad se entienda de manera correcta. Estimamos que existen dos vías: 1. Por medio de una interpretación jurisprudencial acorde al BGC que tome a los PGC como *soft law*, en cuanto componente integrador del régimen jurídico. 2. Y desde la autonomía de la voluntad de las propias sociedades, al redactar sus estatutos, códigos e informes solicitados por la CMF. Cualquiera de estos ejercicios debe tener claro cuáles son los elementos estructurales del BGC.

Sobre el particular, se debe comprender que los PGC establecen en su apartado VI criterios que deben aplicarse en materia de responsabilidad de los administradores societarios (consejo de administración). Señala que estos, además de dirigir la estrategia corporativa, son responsables de controlar los resultados de la dirección y ofrecer una rentabilidad adecuada a los accionistas, al tiempo que deben evitar conflictos de intereses y perseguir un equilibrio entre las exigencias contrapuestas que afronta la empresa. Para cumplir eficazmente sus responsabilidades debe poder formular juicios objetivos e independientes. Otra función importante es supervisar el sistema de gestión de riesgos y aquellos otros mecanismos que tienen por fin garantizar que la empresa cumple con la legislación aplicable en materia societaria, fiscal, de competencia, laboral, medioambiental, igualdad de oportunidades, sanidad y seguridad. En esta línea, se sostiene que el marco jurídico debe garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección por parte del consejo y la rendición de cuentas ante la empresa y los accionistas⁶⁵.

En relación con el ámbito de protección, se indica que los administradores no solo deben resguardar los intereses de la sociedad que administran y sus accionistas, sino también los intereses de terceros, incluidos los trabajadores. Otra cuestión relevante dice la relación con el reparo de la profesionalidad e imparcialidad de quienes integran este órgano, así como la construcción de un consejo equitativo y diverso en términos de género.

Tampoco podemos olvidar que los administradores deben responsabilizarse por la forma en que se implementan otros PGC, como ocurre con la protección de los accionistas minoritarios, informar al mercado sobre el quehacer de la sociedad, no solo en términos económicos, sino también de funcionamiento (verbigracia: códigos de ética)

Como señalamos, la sociedad también podría adoptar estos lineamientos si considera la relevancia que ello tiene de cara a la creación de valor y los efectos que ello conlleva en mejorar la captación de inversionistas. La CMF ha buscado implementar estas medidas de manera no vinculantes, por medio de distintas NCG⁶⁶. En un principio se exigía a las sociedades que cotizan en el mercado que informaran a la entidad reguladora una serie de aspectos relativos al BGC y si su respuesta era negativa señalar por qué no se había concretado el estándar en particular (principio *comply or explain*). La última norma dictada al efecto —NCG n.º 461, 2021— desplaza el formato de cuestionario dicotómico por un informe anual integrado, respecto del cual se pide informar si se han adoptado algunas prácticas. El problema que subyace en estos instrumentos reside en su diseño, tema que, por su extensión, abordaremos en otra oportunidad.

Actualizar el régimen normativo a partir de una reforma sería claramente lo más aconsejable, pues ello entregaría herramientas concretas a los distintos operadores jurídicos, lo que se observa como una mayor protección del mercado y, por ende, un mejor posicionamiento de Chile frente a sus pares. La modificación que proponemos no es parcial, como hasta la fecha ha sucedido, sino global, en este sentido debiese dictarse una ley general de sociedades en la que se actualice el estatuto jurídico de manera integral de acuerdo con los lineamientos del moderno derecho de sociedades y del BGC. En esta senda debiesen distinguirse las sociedades entre aquellas que cotizan en el mercado de valores de las que no lo hacen (a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, pues la LSA se aplica tanto a las sociedades abiertas como cerradas).

Estimamos necesario sobreponer la reparación de los daños causados a la víctima como principal función del sistema de responsabilidad, sin que ello impida perseguir la prevención y la sanción de ciertas conductas por parte de la CMF. En este sentido, resulta relevante que las vías de actuación se acerquen a estas funciones, a fin de no dejar sin reparación al acreedor. Otro tanto ocurre con las acciones y con quiénes pueden ejercerlas, sobre todo considerando que la posibilidad de entablarlas no es sencilla para los accionistas minoritarios y terceros.

También debiese esbozarse que el interés social debe considerar la creación de valor, la protección del mercado y de terceros, así como la sustentabilidad y sostenibilidad de los actos de empresa, considerando las consecuencias que tienen los actos efectuados por el infractor o los infractores en relación con su validez y eficacia⁶⁷.

Además, deberían contemplarse una serie de requisitos para ser designado como administrador y su responsabilidad, más allá de concluir en el cargo y que sea un administrador de hecho. Asimismo, debiesen

establecerse ciertas limitaciones en aras de brindar mayores resguardos a la sociedad y sus accionistas.

La integración del directorio es otra cuestión que perfectamente puede modificarse, en orden a incorporar la mayor diversidad posible a fin de fomentar decisiones más cuidadas. La posibilidad de integrar uno o más representantes de los trabajadores también va en esa línea. En cuanto a los deberes, parece necesario distinguir claramente entre los de diligencia y lealtad, pues su bien ambas tipologías se fundan en la buena fe, la confianza y la protección del interés social, lo cierto es que no se comportan de la misma manera. También es factible establecer ciertas notas distintivas para configurar su antijuridicidad, así, por ejemplo, si bien el deber de cuidado admite cierta discrecionalidad en la decisión que se adopta, esto no puede extenderse a la fase previa que obliga al director a informarse, asesorarse, estudiar y analizar la situación. Otro tanto ocurre con los deberes de lealtad que no pueden entenderse incumplidos o ejecutados por negligencia si consideramos que requieren de la voluntad y una decisión razonada.

Considerando los efectos que la inejecución de los deberes de gestión y administración tiene en el mercado, deberíamos repensar este catálogo, distinguiendo claramente su relevancia, tipos, presupuestos y acciones, a fin de reforzar la eficacia de este sistema⁶⁸.

Desde una perspectiva más concreta, al elenco de deberes se debe:

Agregar el deber de control y supervisión de las políticas para el nombramiento de los directores y otros ejecutivos principales, así como el de resguardar las políticas de remuneración de los ejecutivos principales en conformidad con los intereses a largo plazo de la empresa y sus accionistas.

Agregar que el deber de diligencia no se extiende a los errores de juicio en las actividades comerciales⁶⁹, a menos que no se adopte la decisión con el cuidado profesional requerido. Esto, sin embargo, no se extrapola a los denominados “errores de prohibición”, que no supone que la ley no sea obligatoria, sino que es desconocido su exacto alcance, lo que se ha defendido por parte de la doctrina como eximentes o exculpantes de responsabilidad del administrador, si este ha confiado en un asesor⁷⁰.

La cláusula general del deber de diligencia debiese actualizarse en lo que se relaciona con el estándar de conducta actualmente exigido (hombre medio), y el elemento culposo requerido. En el deber de lealtad se debe agregar una cláusula general de abstención frente a los conflictos de intereses que hoy no existen. Asimismo, se deberían integrar otros deberes en la línea con el BGC, principalmente en lo que se refiere a la protección de un tratamiento equitativo de los accionistas, resguardo de los accionistas minoritarios (verbigracia: estableciendo votación a distancia), deberes específicos en el caso de grupos de sociedades, entre otros⁷¹.

Agregar deberes en caso de no pago de deudas sociales, de insolvencia⁷² y disolución.

Agregar el deber de actuar de forma ética, el que además debería tenerse en cuenta para la gestión de los intereses de otros actores interesados y, en función de ello, crear y supervisar políticas en las relaciones con terceros.

Agregar el deber de revisar y orientar la estrategia corporativa, planes de actuación, procedimientos de gestión de riesgos, presupuestos anuales y planes de negocio, con un seguimiento de la ejecución y del cumplimiento por parte de la empresa.

Agregar el deber de controlar la eficacia de las prácticas de gobierno de la empresa en los códigos de conducta e introducir los cambios necesarios, así como sustituir a los ejecutivos clave y supervisar los planes de sucesión. En esta línea, también debieran crearse comités especializados que presten apoyo a la administración.

Contemplar un deber de garantía del correcto funcionamiento de los sistemas de presentación de informes contables y financieros de la empresa⁷³, incluida la auditoría independiente y la adopción de sistemas de control.

Agregar el deber de realizar autoevaluaciones periódicas de sus propios resultados por parte de las compañías y valorar si disponen de la combinación adecuada de conocimientos y competencias.

Otros vacíos que pueden ser objeto de una reforma se refieren a la extensión de responsabilidad una vez que se deja el cargo en relación con ciertos deberes continuados (*ultra vires*); la posibilidad de que la administración la ostente una persona jurídica; la regulación de la existencia de los administradores de hecho u ocultos sobre los que existe un vacío⁷⁴; la responsabilidad social de la empresa, que aún no ha sido abordada normativamente; así como otras materias que requieren un análisis concreto.

Conclusiones

El sistema de responsabilidad civil de los directores de SA es especial y debe leerse con cuidado a fin de comprender la fisonomía de estas sociedades y los intereses que se busca proteger. Las normas de responsabilidad, si bien no han sido reformadas expresamente, deben interpretarse e integrarse de acuerdo con los lineamientos del BGC, a partir del compromiso efectuado por el legislador chileno hace más de una década, en cuanto integrante de la OCDE.

Sobre esta base hemos propuesto una reconstrucción dogmática del sistema de responsabilidad, dejando atrás la visión parcelada de los artículos 41, 133 y 133 bis LSA.

Junto con esto, hemos revisado y sistematizado cuidadosamente la jurisprudencia y resoluciones administrativas que se han dictado en estos últimos años, lo que nos ha permitido establecer el estado en que se encuentra esta materia en la práctica.

Finalmente, entendemos que el marco jurídico vigente configura solo un piso mínimo que se encuentra muy atrás de la realidad imperante y las exigencias del BGC. En este persisten ambigüedades y vacíos que debiesen

subsanaarse de *lege ferenda*, siguiendo los criterios propuestos que abogan una reconstrucción robusta de este sistema.

Bibliografía

- A. Martínez-Echevarría & I. Puente, *Aspectos esenciales del régimen de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, en J. L. Pulido, Dir., *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* (Ed. Marcial Pons, 2019).
- A. Morales Moreno, *Claves de la modernización del derecho de los contratos* (Ed. Ibáñez, 2016).
- A. Puelma, *Personas jurídicas* (Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006).
- A. Puelma, *Sociedades*, II, 3.^a ed. (Ed. Jurídica de Chile, 2001).
- C. Illanes, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, *Revista del Colegio de Abogados de Chile* AG 1-27 (1998).
- Circular n.º 2007, sobre Registro público de presidentes, directores, gerentes, ejecutivos principales, administradores y liquidadores y su actualización continua. Modifica oficio circular n.º 3.5872, febrero 4 de 2011, Comisión para el Mercado Financiero.
- Código Civil, 1856, Diario Oficial.
- Código de Comercio, 1865, Diario Oficial.
- Comisión Nacional de Mercado de Valores, *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas* 1-52 (CNMV, Madrid y Barcelona, 2020).
- Corporación Andina de Fomento, *Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo*, 2.^a ed., 1-112 (CAF, 2010).
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol n.º 1500-2014, abril 29 de 2015.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 13008/2015, agosto 24 de 2016.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 1709/2004, junio 19 de 2016.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 7305-2007, junio 19 de 2016.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 4379/2013, noviembre 5 de 2014.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 7717-12, julio 24 de 2013.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 1588-2007, octubre 5 de 2011.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 1439-2009, octubre 5 de 2011.
- Corte Suprema, Rol n.º 7888-19, septiembre 3 de 2021.
- Corte Suprema, Rol n.º 125.574-2020, marzo 24 de 2021.
- Corte Suprema, Rol n.º 17.536-2019, octubre 2 de 2020.
- Corte Suprema, Rol n.º 33.342-2019, octubre 2 de 2020.
- Corte Suprema, Rol n.º 21288-2019, julio 13 de 2020.
- Corte Suprema, Rol n.º 29982-2019, julio 31 de 2019.
- Corte Suprema, Rol n.º 4845-2017, septiembre 13 de 2018.
- Corte Suprema, Rol n.º 30.176-2017, junio 18 de 2018.
- Corte Suprema, Rol n.º 10372/2017, abril 16 de 2018.
- Corte Suprema, Rol n.º 5316-15, mayo 5 de 2016.
- Corte Suprema, Rol n.º 3329-15, marzo 21 de 2016.
- Corte Suprema, Rol n.º 3389-15, diciembre 3 de 2015.

- Corte Suprema, Rol n.º 32.093/2014, octubre 28 de 2015.
- Corte Suprema, Rol n.º 9303/2012, octubre 29 de 2014.
- Corte Suprema, Rol n.º 359-12, agosto 28 de 2013.
- Corte Suprema, Rol n.º 205-2012, agosto 28 de 2013.
- Corte Suprema, Rol n.º 785-2010, julio 10 de 2012.
- Corte Suprema, Rol n.º 9508, noviembre 11 de 2011.
- Corte Suprema, Rol n.º 7578-09, noviembre 11 de 2011.
- Corte Suprema, Rol n.º 9170-09, noviembre 11 de 2011.
- Corte Suprema, Rol n.º 6943-09, agosto 12 de 2011.
- Corte Suprema, Rol n.º 4930-2004, octubre 27 de 2005.
- D. Núñez & D. Pardow, *¿Por qué no demandan los accionistas? El problema de las costas en la acción derivativa*, 118 Revista de Estudios Públicos 229-282 (2010).
- Decreto n.º 702 que aprueba reglamento de Sociedades Anónimas, julio 6 de 2012, Diario Oficial.
- E. Alcalde, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas. Responsabilidad civil y penal administrativa* (Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013).
- E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Ed. Jurídica de Chile, 2006).
- E. Jequier, *Responsabilidad por insolvencia en los grupos empresariales: una aproximación a la teoría del administrador de hecho en el derecho chileno*, 42 Revista Chilena de Derecho 567-594 (2015).
- E. Jequier, *Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el derecho chileno*, 41 Revista Chilena de Derecho 121-152 (2014).
- E. Olmedo, *La responsabilidad contable en el gobierno corporativo de las sociedades de capital* (Ed. Marcial Pons, 2014).
- F. Pfeffer, *Deber de lealtad de los directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascadas*, 32 Revista de Actualidad Jurídica 207-226, 214-215 (2015).
- F. Sánchez, *Los administradores en las sociedades de capital* (Ed. Civitas, 2005).
- F. Sánchez & J. Sánchez-Calero, *Instituciones de derecho mercantil*, I (Ed. Aranzadi, 2015).
- H. Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Ed. Jurídica de Chile, 2003).
- G. Esteban, *Interés social, buen gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico societaria)*, *Responsabilidad social corporativa: aspectos jurídicos-económicos* 13-62 (2005).
- I. Zuloaga, *El interés social como principio rector de la empresa moderna*, en M. Vásquez, Dir., *Estudios de derecho comercial*, X Jornadas Chilenas de Derecho Comercial 25-62 (Ed. Tiran lo Blanch, 2021).
- J. Alcalde, *A propósito de los deberes de los directores de sociedades anónimas y de las reglas sobre gobiernos corporativos*, 29 Revista de Derecho de la Universidad Austral 329-333 (2016).

- J. Garreta, *La diligencia y responsabilidad de los administradores y la contabilidad* (Ed. Marcial Pons, 2014).
- J. Gutiérrez & N. Santana, *Notas sobre la responsabilidad civil de los directores de las sociedades anónimas*, 25 Revista Actualidad Jurídica 283-313 (2012).
- J. Puga, *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado* (Ed. Jurídica de Chile, 2011).
- Juzgado Civil de Santiago (24°), Rol n.º 52-34-99.
- L. Díez-Picazo & A. Guillón, *Sistema de derecho civil. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad Extracontractual*, II (Ed. Tecnos, 2018).
- L. San Martín, *¿Hacia una función social de la responsabilidad civil?*, en M. Morales & P. Mendoza, Dirs., Estudios de Derecho Privado II. Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado 29-63 (Ediciones Der, 2020).
- Ley 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, mayo 22 de 2003, Diario Oficial.
- Ley 18.046 de sociedades anónimas, octubre 22 de 1981, Diario Oficial.
- M. Vásquez, *Sobre el interés social y la doctrina del stakeholder value*, El Mercurio Legal. Análisis Jurídico. Regulatorio Económico (2019).
- M. Zegers & I. Arteaga, *Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales. Un análisis comparado con la legislación de Estados Unidos de América*, 31 Revista Chilena de Derecho 239-268 (2004).
- M. F. Vásquez Palma, *Gobiernos corporativos y deberes de los administradores de las sociedades anónimas: cuestiones actuales (desde la Ley n.º 20.382) y reformas pendientes*, en Eduardo Jequier, Dir., Sociedades de Capital. Nuevas tendencias en el derecho chileno de sociedades 173-205 (U. de los Andes, Santiago de Chile, 2012).
- M. F. Vásquez Palma, *Tratado de arbitraje en Chile. Doctrina y jurisprudencia* (Ed. Thomson Reuters, 2018).
- Mensaje del Ejecutivo n.º 153339/ Ley 19.705, diciembre 30 de 1998, Biblioteca del Congreso Nacional.
- O. Lagos, *La responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas*, 1.º Revista Derecho de la Empresa 81-117 (2005).
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20* (París, 2016).
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *White Paper sobre Gobierno Corporativo en América Latina* (París, 2004).
- Resolución Exenta n.º 640, aplica sanción a don Miguel Ángel Oliva Soto, don Miguel Ángel Oliva Reveco, doña Nelly Del Pilar Reveco Suazo, don Roberto Zahlhaas Labarca, don Patricio Araya Rodríguez y don Pablo Muñoz Pacheco, enero 28 de 2021, Comisión para el Mercado Financiero.
- Resolución Exenta n.º 3.698, aplica sanción a Liberty Compañía de Seguros Generales S.A., Carlos Escudero Segura y Carlos Anderson Ferrer; y cierra sin sanción procedimiento administrativo respecto de James Czapla, José Luis Honorato San Román, Mario Mattos, Juan Pablo Barahona Flores y la señora Lara Sojka, agosto 20 de 2020, Comisión para el Mercado Financiero.

- Resolución Exenta n.º 2.996, aplica sanción de multa a don Eduardo Viada Aretxabala, junio 4 de 2020, Comisión para el Mercado Financiero.
- Resolución Exenta n.º 3.087, aplica sanción de multa al señor Paul Fontaine Benavides, junio 12 de 2020, Comisión para el Mercado Financiero.
- Resolución Exenta n.º 2.428, aplica sanción de censura al señor José Héctor Valdés Ruíz, marzo 24 de 2020, Comisión para el Mercado Financiero.
- Resolución Exenta n.º 7.604, aplica sanciones al señor Gabriel Ruiz-Tagle Correa, noviembre 8 de 2019, Comisión para el Mercado Financiero.
- Resolución Exenta n.º 7.603, aplica sanción de multa al señor Yakob Aníbal Mosa Shmes, noviembre 8 de 2019, Comisión para el Mercado Financiero.
- Resolución Exenta n.º 7.600, aplica sanción de multa a los Sres. Yakob Aníbal Mosa Shmes, Paul Fontaine Benavides y Leonardo Battaglia Castro, de censura a los sres. Leonidas Vial Echeverría Alejandro Zúñiga Droguett, Pablo Acchiardi Lagos y Pablo Morales Ahumada, y cierra sin sanción procedimiento administrativo respecto de don Alfonso Gómez Morales y Jaime Pizarro Herrera, noviembre 8 de 2019, Comisión para el Mercado Financiero.
- Resolución Exenta n.º 6.249 aplica sanción de multa a los señores Miguel Ángel Oliva Soto y Miguel Ángel Oliva Reveco, diciembre 27 de 2018, Comisión para el Mercado Financiero.
- Resolución Exenta n.º 1.653 aplica sanción de multa a Aurus Capital S.A. administradora general de fondos y a los sres. Antonio José Cruz Zabala, Alejandro Furman Sihman, José Miguel Muralem Sarquis, Raimundo Cerda Lecaros, Mauricio Peña Merino y Juan Carlos Délano Valenzuela y cierra sin sanción investigación respecto de Roberto Koifman Greiber, abril 27 de 2018, Comisión para el Mercado Financiero.
- Resolución Exenta n.º 258 aplica sanción de multa a los señores Francisco Errázuriz Ovalle, Hernán Mora Diez, Néstor Velásquez Sánchez, Pablo Reyes Moore, Eduardo Viada Aretxabala y Nibaldo Sepúlveda Mojer, enero 12 de 2018, Comisión para el Mercado Financiero.
- Resolución Exenta n.º 5.860 aplica sanción de multa a BUPA Compañía de Seguros de Vida S.A. y a sus directores y el gerente general, diciembre 1 de 2017, Comisión para el Mercado Financiero.
- Resolución Exenta n.º 3.558 aplica sanción de multa a ICB corredores de Bolsa S.A. y a los señores Carlos Grossman Badrian, Kurt Herzko Merino, Orestes Palma Osorio, Patricio Riquelme Carrasco y Alfredo Segal Knap, julio 27 de 2017, Comisión para el Mercado Financiero.
- Resolución Exenta n.º 3863, julio 22 de 2021, que resuelve recurso de reposición interpuesto por E. Goldfarb y J. Budinich, en contra de la Resolución Exenta n.º 3.207, junio 24 de 2021.

Notas

*Artículo de investigación

Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Regular 1200424 sobre la “Modernización del régimen de responsabilidad de los administradores societarios en Chile: un análisis sincrónico a la luz de los principios del buen gobierno corporativo y el derecho comparado”, del que la autora es la investigadora responsable. Agradecimientos a mi asistente de investigación, doctoranda en derecho por la Universidad de Talca, Gloria Vargas Almonacid.

1 Ex Superintendencia de Valores y Seguros (SVS). Ley 21.000. Que crea la CMF. Febrero 23 de 2017.

2 Tal como lo reconoce Alcalde en 2013 y desde esa fecha no hay innovaciones en la materia. E. Alcalde, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas. Responsabilidad civil y penal administrativa* (Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013).

3 En este camino, véase: H. Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* 286-296 (Ed. Jurídica de Chile, 2003); J. Gutiérrez & N. Santana, *Notas sobre la responsabilidad civil de los directores de las sociedades anónimas*, 25 Revista Actualidad Jurídica 283-313 (2012); E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* 814-867 (Ed. Jurídica de Chile, 2010); A. Puelma, *Sociedades*, 3.^a ed., 502-503 (Ed. Jurídica de Chile, II, Ed. Jurídica de Chile, 2001); C. Illanes, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Revista del Colegio de Abogados de Chile AG 1-27 (1998).

4 Alcalde sostiene que la responsabilidad de los directores no escapa del régimen general de nuestro ordenamiento jurídico, conforme al cual se requiere un factor de imputación subjetivo, constituido por la culpa o el dolo, a fin de hacerla efectiva. E. Alcalde, *supra* nota 2, págs. 22 ss.

5 Lagos plantea que estas normas se diferencian entre sí, según se refieran a las relaciones internas de la sociedad (artículo 41 LSA) u otras (artículo 133 LSA). Explica que el artículo 41 LSA establece un régimen de responsabilidad subjetiva con presunción de culpa colectiva y solidaria, mientras el artículo 133 LSA establece un régimen de culpa presunta por infracción de ley y reglamento. O. Lagos, *La responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas*, 1.^o Revista Derecho de la Empresa 81-117 (2005).

6 Un capítulo de libro sobre el tema de M. F. Vásquez Palma, *Gobiernos corporativos y deberes de los administradores de las sociedades anónimas: cuestiones actuales (desde la Ley n.º 20.382) y reformas pendientes*, en: Eduardo Jequier, Dir. Sociedades de capital. Nuevas tendencias en el derecho chileno de sociedades 173-205 (U. de los Andes, Santiago de Chile, 2012), y un comentario de sentencia de J. Alcalde, *A propósito de los deberes de los directores de sociedades anónimas y de las reglas sobre gobiernos corporativos*, 29 Revista de Derecho de la Universidad Austral 329-333 (2016), en la que comenta el incidente de extinción de la responsabilidad infraccional del multado Pablo Lamarca Claro en la sentencia dictada por la Corte Suprema, causa Rol n.º 3389, diciembre 3 de 2015.

7 L. Díez-Picazo & A. Guillón, *Sistema de derecho civil. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad Extracontractual*, II, 591 (Ed. Tecnos, 2018).

8 L. San Martín, *¿Hacia una función social de la responsabilidad civil?*, en M. Morales & P. Mendoza, Dirs., Estudios de Derecho Privado II. Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado 29-63, 33 (Ediciones Der, 2020).

9 Véase A. Morales Moreno, *Claves de la modernización del derecho de los contratos* 97 ss. (Ed. Ibáñez, 2016).

10 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE], *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20* (2016).

11 Véase, a modo ejemplar, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE], *White Paper sobre Gobierno Corporativo en América Latina* (2004); Corporación Andina de Fomento, *Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo*, 2.^a ed., CAF, 1-112 (2010); Comisión Nacional de Mercado de Valores, *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas* 1-52 (CNMV, Madrid y Barcelona, 2020).

12 En legislaciones comparadas son varios los países que han adecuado sus normas estos nuevos estándares. A modo de ejemplo, Estados Unidos ha elaborado un sistema que

se encuentra en constante revisión del BGC a partir de normas tales como: Uniform Business Corporation Act; Model Business Corporation Act; Revised Model Business Corporation Act; Uniform Limited Liability Company Act; Principles of Corporate Governance American Law Institute, entre otras. Desde el 2016 se han establecido nuevos principios que abogan por una estructura de liderazgo fuerte e independiente, así como su necesaria diversidad. Por su parte, la Comisión Europea publicó en 2012 una propuesta legislativa con distintos requerimientos sobre la integración paritaria y evaluación permanente del consejo, y fue precursor del llamado *Libro Verde*, que plasma las líneas de la política gubernamental europea en responsabilidad social corporativa (RSC). En España entró en vigor la Ley 31/2014 de sociedades de capital que modifica las normas aplicables a los administradores en las sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo. Por su parte, Reino Unido ha sido pionero en adecuar su normativa a estos nuevos lineamientos desde 2006, lo que continúa gestándose. De hecho, en 2017, presentó Corporate Governance Reform (UK Parliament, 2020). Francia también ha seguido estos pasos por medio de distintos informes, tal como el Conseil d'administration des sociétés Cotées o Vienot I y II, que han llevado a la publicación de la Ley Sapin II, 2016, lo que se profundizó con la reforma de la Ley Pacte de 2019.

13 F. Sánchez, *Los administradores en las sociedades de capital* 289 (Ed. Civitas, 2005).

14 Adicionalmente se han presentado otras iniciativas de ley, la mayoría archivada. Boletín 8227-07, 2012; Boletín 8503-03 (ingresado en 2012 y archivada); Boletín 8504-05 (ingresado en 2012, archivado); Boletín 8549-05 (ingresado en 2012, archivado); Boletín 9554-07 (ingresado en 2014, en tramitación); Boletín 10162-05 (ingresado en julio 2015, en tramitación a la fecha relativa al Proyecto de Ley de Agentes de Mercados), sin embargo, el 28 de mayo de 2019 se retiró la urgencia simple.

15 En la NCG 341 (2012) subyacen las repercusiones del caso La Polar (2011), mientras que las NCG 385 (2015) y 386 (2015) responden al análisis *ex post* que hizo la SVS y el mercado de la aplicación de la NCG 341 (2012). La NCG 461 se encuentra vigente desde noviembre de 2021.

16 En este caso la demanda se puede presentar en contra de cualquiera de los directores y en caso de satisfacer la acreencia, puede perseguir a los restantes directores. A. Martínez-Echevarría & I. Puente, *Aspectos esenciales del régimen de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, en J. L. Pulido, Dir., *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* 15-32 (Ed. Marcial Pons, 2019).

17 A. Puelma, *Personas jurídicas*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 544 y 546 (2006); M. Zegers & I. Arteaga, *Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales. Un análisis comparado con la legislación de Estados Unidos de América*, 31 Revista Chilena de Derecho 239-268, 245 y 267 (2004). Por la postura contractual, E. Alcalde, *supra* nota 2, págs. 40 ss.

18 Sobre el tema, véanse E. Barros, *supra* nota 3, págs. 815-816; J. Puga, *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado* 352-355 (Ed. Jurídica de Chile, 2011) y A. Puelma, *supra* nota 17, pág. 171.

19 J. Garreta, *La diligencia y responsabilidad de los administradores y la contabilidad* 16 (Ed. Marcial Pons, 2014).

20 La Corte Suprema ha resuelto, sobre la base de la ausencia de relevancia, y la posibilidad que un mismo hecho sea constitutivo de un incumplimiento contractual y de un ilícito extracontractual, surgiendo en estos casos un concurso de normas, que el acreedor puede optar por el camino que mejor se adecúe a sus intereses si con ello no se perjudica al demandado.

21 Barros esgrime que en el artículo 133 existiría una culpa civil puramente infraccional que no requiere ser completada con una imputación subjetiva del ilícito. E. Barros, *supra*

nota 3, pág. 99. Corral plantea que se trata de una responsabilidad infraccional de tipo objetiva, de forma que no es necesario probar culpa o dolo, sino acreditar la culpa de la sociedad en la infracción y la relación de causalidad entre esta y el daño, donde la única excusa liberadora admisible es que conste la falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de la infracción. H. Corral, *supra* nota 3, pág. 292. Alcalde plantea que aquí se requiere de un factor de imputación subjetivo, constituido por la culpa o el dolo. E. Alcalde, *supra* nota 2, págs. 101-102.

22 El artículo 48 LSA es aún más específico al requerir que el director: a. Haga constar en el acta del acuerdo respectivo su oposición; o b. Haga constar salvedades en el acta adolece de inexactitudes u omisiones, antes de firmarla. El hecho de que el director no asista a la junta respectiva, en principio, no es suficiente causal de exculpación, a menos que no hubiese tenido acceso a participar o aprobar el acta respectiva.

23 Por ejemplo, el artículo 236 de la LGS de España dispone que “Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales...”.

24 A modo de ejemplo, podemos ver que el artículo 225 de la ley de Sociedades de Capital (LSC) de España establece que los administradores desempeñarán su cargo y cumplirán con los deberes impuestos por las leyes y estatutos con la diligencia de un “ordenado empresario”, lo que subraya la esfera de control que debe tener el director de una sociedad que es bastante mayor que el de un padre de familia. La ley alemana en el artículo 93 se refiere a un “gerente ordenado y perito”; el CC italiano en el artículo 2392 exige “la diligencia del mandatario”, mientras que la ley de sociedad comerciales de Argentina en el artículo 59 se refiere al “leal y diligente hombre de negocios”.

25 Así lo plantea desde hace algunos años —entre otros—, G. Esteban, *Interés social, buen gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico societaria)*, *Responsabilidad social corporativa: aspectos jurídicos-económicos* 13-62 (2005). En Chile, véase, a modo ejemplar I. Zuloaga, *El interés social como principio rector de la empresa moderna*, en M. Vásquez (Dir.), *Estudios de derecho comercial*. X Jornadas Chilenas de Derecho Comercial 25-62 (Ed. Tiran lo Blanch, 2021); M. Vásquez, *Sobre el interés social y la doctrina del stakeholder value*, *El Mercurio Legal. Análisis Jurídico. Regulatorio Económico* (2019).

26 Ajenos a estos avances, la doctrina y jurisprudencia chilena (continúan afirmando la preeminencia de la tesis primigenia, con alguna excepción. F. Pfeffer, *Deber de lealtad de los directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascadas*, 32 *Revista de Actualidad Jurídica* 207-226, 214-215 (2015); I. Zuloaga, *supra* nota 25.

27 En algunos casos se habla de deberes fiduciarios venido del *common law*, léxico que en estricto rigor no corresponde aplicar.

28 F. Sánchez & J. Sánchez-Calero, *Instituciones de derecho mercantil*, I, 172-173 (Ed. Aranzadi, 2015).

29 J. Garreta, *supra* nota 19, pág. 18.

30 *Id.*, pág. 40.

31 Ley 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, artículo 3.º inciso final, mayo 22 de 2003, Diario Oficial.

32 Véase sentencia Corte Suprema, Rol 3389-15, diciembre 3 de 2015.

33 Resolución Exenta 7600 que aplica sanción de multa a los Sres. Yakob Aníbal Mosa Shmes, Paul Fontaine Benavides y Leonardo Battaglia Castro, de censura a los sres. Leonidas Vial Echeverría Alejandro Zúñiga Droguett, Pablo Acchiardi Lagos y Pablo Morales Ahumada, y cierra sin sanción procedimiento administrativo respecto de don Alfonso Gómez Morales y Jaime Pizarro Herrera, 8 de noviembre de 2019, Comisión para el Mercado Financiero.

34 Circular n.º 2007 sobre Registro público de presidentes, directores, gerentes, ejecutivos principales, administradores y liquidadores y su actualización continua. Modifica oficio circular 3.5872, febrero 4 de 2011, Comisión para el Mercado Financiero.

35 En tal sentido véase la sentencia de la Corte Suprema, Rol n.º 9508, noviembre 11 de 2011.

36 Esto al tenor de lo dispuesto en los artículos 28, 54, 63, 76, 78, 108 LSA; artículos 9, 10, 12, 20, 68 LMV; Corte Suprema, Rol n.º 30.176-2017, junio 18 de 2018.

37 Resolución Exenta n.º 7604, que aplica sanciones al señor Gabriel Ruiz-Tagle Correa, noviembre 8 de 2019, Comisión para el Mercado Financiero.

38 Véase Corte Suprema, Rol n.º 359-12, agosto 28 de 2013.

39 Si tiene un conflicto, el director debe comunicarlo y abstenerse de votar tal como lo advierte el artículo 79 LSA. La Corte Suprema ha entendido que existe interés en toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir en cualquiera de las situaciones que allí se señalan, esto es, en el artículo 44 LSA. Véase Corte Suprema, Rol n.º 6943-09, agosto 12 de 2011. Los administradores serán responsables de las pérdidas o perjuicios que pudieren causar a la sociedad por operaciones hechas con infracción a este artículo. Véase Corte Suprema, Rol n.º 3329-15, marzo 21 de 2016; Corte Suprema, Rol n.º 7578-09, noviembre 11 de 2011.

40 Resolución Exenta n.º 7604, que aplica sanciones al señor Gabriel Ruiz-Tagle Correa, noviembre 8 de 2019, Comisión para el Mercado Financiero; Corte Suprema, Rol n.º 4930-2004, octubre 27 de 2005.

41 Así se expresó, consta —entre otras—, en la sentencia de la Corte Suprema, Rol n.º 32.093/2014, octubre 28 de 2015.

42 Así también se ha señalado por la jurisprudencia. Véase, a modo de ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa Rol n.º 1500-2014, abril 29 de 2015.

43 Véase Corte Suprema, Rol n.º 4845-2017, septiembre 13 de 2018.

44 Otra norma que se refiere a los terceros artes el artículo 44 LSA al tratar las OPR en sociedades anónimas cerradas (SAC).

45 F. Sánchez, *supra* nota 13, pág. 363.

46 D. Núñez & D. Pardow, *¿Por qué no demandan los accionistas? El problema de las costas en la acción derivativa*, 118 Revista de Estudios Públicos 229-282 (2010).

47 Véase Corte Suprema, Rol n.º 205-2012, agosto 28 de 2013.

48 J. Puga, *supra* nota 18, pág. 497.

49 Así también lo ha entendido la jurisprudencia. Corte Suprema, Rol n.º 10372/2017, abril 16 de 2018.

50 La noción de parte relacionada se desprende del contenido del artículo 46 LSA.

51 Corte Suprema, Rol n.º 3389-15, diciembre 3 de 2015.

52 La configuración de las infracciones normativas se presenta respecto de las siguientes disposiciones: artículos 41, 42 n.º 1, 4 y 7, 50, 129, 146, 147, 148, 149 LSA; artículos 78, 79 RSA; artículos 3 a), 59 a), 161, 162 a), 165, 236 a), b), c) y e) LMV.

53 Resolución Exenta n.º 640, aplica sanción a don Miguel Ángel Oliva Soto, don Miguel Ángel Oliva Reveco, doña Nelly Del Pilar Reveco Suazo, don Roberto Zahlhaas Labarca, don Patricio Araya Rodríguez y don Pablo Muñoz Pacheco, enero 28 de 2021, Comisión para el Mercado Financiero; Resolución Exenta n.º 3.698, aplica sanción a Liberty Compañía de Seguros Generales S.A., Carlos Escudero Segura y Carlos Anderson Ferrer; y cierra sin sanción procedimiento administrativo respecto de José Luis Honorato San Román, Mario Mattos, Juan Pablo Barahona Flores y la señora Lara Sojka, agosto 20 de 2020, Comisión para el Mercado Financiero; Resolución Exenta n.º 2.996, aplica sanción de multa a don Eduardo Viada Aretxabala, junio 4 de 2020, Comisión para el Mercado Financiero; Resolución Exenta n.º 3.087, aplica sanción de multa al señor Paul Fontaine Benavides, junio 12 de 2020, Comisión para el Mercado Financiero; Resolución Exenta n.º 2.428 aplica sanción de censura al señor José Héctor Valdés Ruíz, marzo 24 de 2020, Comisión para el Mercado Financiero; Resolución Exenta n.º 7.604 aplica sanciones al señor Gabriel Ruiz-Tagle Correa, noviembre 8 de 2019, Comisión para el Mercado Financiero; Resolución Exenta n.º 7.603 aplica sanción de multa al señor Yakob Aníbal Mosa Shmes, noviembre 8 de 2019, Comisión para el Mercado Financiero; Resolución Exenta n.º 7.600 aplica sanción de multa a los sres. Yakob Aníbal Mosa Shmes, Paul Fontaine Benavides y Leonardo Battaglia Castro, de censura a los sres. Leonidas Vial Echeverría Alejandro Zúñiga Droguett, Pablo Acchiardi Lagos y Pablo Morales Ahumada, y cierra sin sanción procedimiento administrativo respecto de don Alfonso Gómez Morales y Jaime Pizarro Herrera, noviembre 8 de 2019, Comisión para el Mercado Financiero; Resolución Exenta n.º 6.249, aplica sanción de multa a los señores Miguel Ángel Oliva Soto y Miguel Ángel Oliva Reveco, diciembre 27 de 2018, Comisión para el Mercado Financiero; Resolución Exenta n.º 1.653 aplica sanción de multa a Aurus Capital S.A. administradora general de fondos y a los sres. Antonio José Cruz Zabala, Alejandro Furman Sihman, José Miguel Muralem Sarquis, Raimundo Cerda Lecaros, Mauricio Peña Merino y Juan Carlos Délano Valenzuela y cierra sin sanción investigación respecto de Roberto Koifman Greiber, abril 27 de 2018, Comisión para el Mercado Financiero; Resolución Exenta n.º 258 aplica sanción de multa a los señores Francisco Errázuriz Ovalle, Hernán Mora Diez, Néstor Velásquez Sánchez, Pablo Reyes Moore, Eduardo Viada Aretxabala y Nibaldo Sepúlveda Mojer, enero 12 de 2018, Comisión para el Mercado Financiero; Resolución Exenta n.º 5.860 aplica sanción de multa a BUPA Compañía de Seguros de Vida S.A. y a sus directores y el gerente general, diciembre 1 de 2017, Comisión para el Mercado Financiero; Resolución Exenta n.º 3.558 aplica sanción de multa a ICB corredores de Bolsa S.A. y a los señores Carlos Grossman Badrian, Kurt Herzko Merino, Orestes Palma Osorio, Patricio Riquelme Carrasco y Alfredo Segal Knap, julio 27 de 2017, Comisión para el Mercado Financiero.

54 Corte Suprema, Rol n.º 6943-09, agosto 12 de 2011; Corte Suprema, Rol n.º 7578-09, noviembre 11 de 2011; Corte Suprema, Rol n.º 9170-09, noviembre 11 de 2011; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 4379/2013, noviembre 5 de 2014; Corte Suprema, Rol n.º 785-2010, julio 10 de 2012; Corte Suprema, Rol n.º 3389-15, diciembre 3 de 2015; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 13008/2015, agosto 24 de 2016; Corte Suprema, Rol n.º 21288-2019, julio 13 de 2020.

55 Corte Suprema, Rol n.º 29982-2019, julio 31 de 2019; Corte Suprema, Rol n.º 21288-2019, julio 13 de 2020.

56 Corte Suprema, Rol n.º 205-2012, agosto 28 de 2013; Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol n.º 7717-12, julio 24 de 2013; Corte Suprema, Rol n.º 359-12, agosto 28 de 2013; Corte Suprema, Rol n.º 5316-15, mayo 5 de 2016.

57 Corte Suprema, Rol n.º 32.093/2014, octubre 28 de 2015.

58 Corte Suprema, Rol n.º 4845-2017, septiembre 13 de 2018.

59 Corte Suprema, Rol n.º 9303/2012, octubre 29 de 2014.

60 Corte Suprema, Rol n.º 7888-19, septiembre 3 de 2021.

61 *Id.*

62 No solo se trata de una cuestión inconstitucional, en cuanto se impide a los sujetos recurrir a la justicia natural (estatal), sino que también plantea un fuerte cuestionamiento en relación con la materia y su potencial inarbitrabilidad. M. F. Vásquez Palma, *Tratado de arbitraje en Chile. Doctrina y jurisprudencia* (Ed. Thomson Reuters, 2018).

63 Lo más probable es que solo los grandes accionistas minoritarios pueden emprender esta acción, como ocurre con las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

64 Debido a ello, Núñez y Pardow sostienen que cualquier intento de avanzar hacia mecanismos que promuevan el activismo de los accionistas minoritarios requiere necesariamente diseñar un mecanismo especial para que estos puedan transferir a un tercero los costos asociados al litigio derivativo. D. Núñez & D. Pardow, *supra* nota 46.

65 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, 58, (París, 2016).

66 En particular las NCG n.º (s) 341(2012), 385(2015) y 461(2021).

67 Recordemos que la jurisprudencia ha mantenido una lectura anacrónica sobre esta materia. A modo de ejemplo, véase sentencia de CS, causa Rol n.º 125.574-2000 (A. Mosa con CMF), marzo 24 de 2021.

68 Juzgado Civil de Santiago (24.º), Rol n.º 52-34-99; confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 1709/2004, junio 19 de 2016; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 7305-2007, junio 19 de 2016; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 1588-2007, octubre 5 de 2011; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 1439-2009, octubre 5 de 2011.

69 Dado que las decisiones sociales conllevan un riesgo latente, y que el deber de cuidado se valora *ex post*, se construyó hace algunas décadas la regla del “buen criterio empresarial o profesional” o *Business Judgment Rule*, que tuvo su mayor auge en Estados Unidos, entre los años ochenta y noventa del siglo pasado, cuando se constataron numerosas operaciones de adquisiciones o tomas de control empresariales. Si bien en principio no se revisaban las decisiones del directorio, hoy se revisa la forma en que fueron adoptadas (con información, razonabilidad, etc.).

70 Posición que ha sido descartada por la CMF, al resolver un recurso de reposición de E. Goldfarb y J. Budinich Santander en contra de la Resolución Exenta n.º 3.207, junio 24 de 2021, que imponía sanción por la infracción de los números 1, 2 y 4 del artículo 147 LSA (Operaciones con partes relacionadas). La resolución que rechaza este recurso es la Resolución Exenta 3863, julio 22 de 2021, que en el punto n.º 10 expresa: “10. En cuanto al “error de prohibición” al que hace referencia la defensa, este servicio se remite a lo indicado en la Sección IV.B.I.1., número 9) de la Resolución Sancionatoria, y en el punto 6 anterior, en el sentido que, tal como lo han confirmado nuestros Tribunales Superiores de Justicia, el Título XVI de la Ley 18.046 contempla una serie de procedimientos y requisitos de cumplimiento obligatorio, cuya contravención y consecuente responsabilidad del infractor, se produce sin que sea necesario acreditar culpa o dolo de la persona natural o jurídica...”.

71 Este deber se acogió en las siguientes sentencias: Corte Suprema, Rol n.º 17.536-2019, octubre 2 de 2020, y Rol n.º 33.342-2019, octubre 2 de 2020.

72 Solo se establece una figura penal en el artículo 463 quáter del Código Penal, introducido por la Ley 20.720 sobre liquidación y reorganización de empresas (2014), que establece que será castigado como autor de los delitos contemplados en los artículos

463, 463 bis y 463 ter quien, en la dirección o administración de los negocios del deudor, sometido a un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación, hubiese ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones allí señalados, o hubiese autorizado expresamente dichos actos u omisiones. Sobre el tema, véase E. Jequier, *Responsabilidad por insolvencia en los grupos empresariales: una aproximación a la teoría del administrador de hecho en el derecho chileno*, 42 Revista Chilena de Derecho 567-594 (2015).

73 Sobre esta materia, se ha planteado la posibilidad de construir un estatuto de responsabilidades contable. Véase E. Olmedo, *La responsabilidad contable en el gobierno corporativo de las sociedades de capital* (Ed. Marcial Pons, 2014).

74 Sobre este tema, véase E. Jequier, *Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el derecho chileno*, 41 Revista Chilena de Derecho 121-152 (2014).

Notas de autor

^a Autora de correspondencia. Correo electrónico: mvasquez@utalca.cl

Información adicional

Cómo citar este artículo: María Fernanda Vásquez Palma, *Propuesta de reconstrucción dogmática del sistema de responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas en Chile a la luz del buen gobierno corporativo*, 71 *Vniversitas* (2022), <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.prds>