

Díaz Tolosa, Regina Ingrid  
DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE NO COMEPETIR CON LA SOCIEDAD ANÓNIMA QUE  
ADMINISTRAN  
Revista de Derecho (Valdivia), vol. XX, núm. 1, julio, 2007, pp. 85-106  
Universidad Austral de Chile  
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173714176004>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

## DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE NO COMPETIR CON LA SOCIEDAD ANÓNIMA QUE ADMINISTRAN\*

*Regina Ingrid Díaz Tolosa\*\**

### RESUMEN

*Este estudio contiene un análisis crítico de los deberes fiduciarios de los administradores de sociedades anónimas contemplados en la Ley de Sociedades Anónimas. A juicio de la autora, las concreciones del deber de fidelidad tendrían que estar claramente establecidas en la ley, a fin de transparentar la actividad de administración de los directores de las sociedades anónimas, y de privilegiar la protección del interés social por sobre los intereses directos o indirectos de aquéllos. Así pues, se considera indispensable la consagración expresa en la norma del deber de los directores de sociedades anónimas de no competir con la sociedad que administran; los administradores, en forma directa o indirecta, no deben explotar el mismo, análogo o complementario objeto social de la sociedad que administran, pues sin esta prohibición difícilmente podrán cumplir fielmente con los intereses sociales.*

### DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES – COMPETENCIA CON LA SOCIEDAD ADMINISTRADA – CONFLICTO DE INTERESES

*Non-competition duty of executive officers / directors of public corporations*

### ABSTRACT

*This article contains a critical analysis of the fiduciary duties of executive officers of public corporations, as established by Chilean Public Corporations Act. According to the author, the crystallizations of fiduciary duty should have been clearly stated in the law, in order to give transparency to the directors' managerial process in public corporations, and also to favor the protection of corporate interest over the direct or indirect interest of directors. Therefore, the explicit enunciation by the law of the non-competition duty for public corporation directors, is considered as indispensable; managers, either directly or indirectly, should not exploit the same, analogous or complementary objects of the corporation they administer, since, without such a prohibition, they would hardly fulfill the corporation interests faithfully.*

### FIDUCIARY DUTIES OF CORPORATE EXECUTIVE OFFICERS – COMPETITION WITH THE CORPORATION – CONFLICT OF INTERESTS

\* Artículo presentado para aprobar el curso *Gobierno Corporativo*, dictado por el Dr. Mauricio Hartwig-Jacob, dentro del Programa de Doctorado en Derecho impartido por la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el segundo semestre académico del año 2006.

\*\* Abogada, Estudiante del Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Dirección: Av. Suecia 2980 depto. 4 Ñuñoa-Santiago de Chile, ingdiaz@terra.cl. Artículo recibido el 23 de enero de 2007 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 4 de mayo de 2007.

## INTRODUCCIÓN

**L**a actual legislación chilena sobre sociedades anónimas, Ley N° 18.046 de 1981 (en adelante LSA), no contiene una clara sistematización de los deberes impuestos a los administradores. En efecto, las alusiones a los deberes fiduciarios de estos se encuentran diseminadas dentro del Título IV *De la Administración de la Sociedad*, y aunque los deberes fiduciarios se complementan, v.g. el deber de diligencia o cuidado no excluye sino que exige observar lealtad hacia la sociedad,<sup>1</sup> a nuestro juicio sería preferible que al menos las concreciones del deber de fidelidad estuvieran claramente establecidas, ordenadas, más detalladas y redactadas en términos imperativos, a fin de transparentar la actividad de administración de los directores de las sociedades anónimas, y de privilegiar la protección del interés social por sobre los intereses directos o indirectos de aquellos.

Por ello, sin entrar al análisis de su contenido, alabamos la forma sistematizada como trata la materia la legislación española (texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, modificado por la Ley de transparencia 26/2003, de 17 de julio), la cual en un artículo establece en general el deber de fidelidad (127 bis), y luego trata las siguientes concreciones del mismo: deber de no utilizar el nombre de la sociedad en operaciones propias, el deber de no aprovechar oportunidades de negocio en beneficio propio, la obligación de no intervenir en caso de conflicto de interés, el deber de comunicación de participaciones y cargas en sociedad competidora y de competencia y el deber de secreto (127 ter y quáter).

Si el deber de lealtad impuesto a los administradores de las sociedades de capitales se traduce en una escrupulosa observancia de la protección de los intereses de la sociedad y de abstenerse de toda acción que pueda perjudicarla,<sup>2</sup> consideramos que, aunque no está redactado como un deber de fidelidad abstracto y genérico del director, sino como una prohibición de realizar actos en perjuicio de los intereses sociales, sin indicar qué se entiende por tal, es el número 7 del artículo 42 el que establece el deber de fidelidad en términos generales: “Los directores no podrán: 7) En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social”.

Ahora bien, en cuanto a las concreciones del deber de lealtad, la legislación chilena se refiere a la prohibición de utilizar los bienes sociales en beneficio propio (artículo 42 N° 5), a la prohibición de aprovechar oportunidades comerciales en beneficio propio (artículo 42 N° 6), regula la celebración de actos o contratos con la sociedad en que los directores tengan interés (artículo 44) y el deber de secreto (artículo 43), observándose una falta de consagración expresa del deber de los directores de sociedades anónimas de no competir con la sociedad que administran.

<sup>1</sup> Cfr. Carey G., *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores*, Editorial Universitaria, Santiago, 2<sup>a</sup> edición, 1993, p. 137.

<sup>2</sup> Cfr. Carey (1993), p. 145.

A nuestro juicio, es necesario incluir en la LSA expresamente este deber de los administradores de no competir con la sociedad que administran, es decir, en otras palabras, los administradores, en forma directa o indirecta, no deben explotar el mismo, análogo o complementario objeto social de la sociedad que administran, pues sin esta prohibición difícilmente podrán cumplir fielmente con los intereses sociales. En efecto, si un director se dedica por cuenta propia (empresario individual) o ajena (administrador, gerente de una empresa individual o social),<sup>3</sup> o las personas con él vinculados, al mismo, análogo o complementario giro que constituye el objeto de la sociedad que administra, obviamente serán mayores y múltiples los conflictos de intereses que pudieran eventualmente surgir entre el director de la sociedad anónima y la sociedad administrada,<sup>4</sup> v.g., no se vislumbra cómo se podría distinguir si una oportunidad comercial pertenece a la sociedad que el director administra o a la sociedad de la cual es accionista o si directamente se ha ofrecido el negocio a él como persona natural que explota tal actividad comercial; el director no debe beneficiarse a expensas de la sociedad que administra, y no puede desviar hacia sí mismo las oportunidades que pertenecen a la compañía, por tanto no debiese explotar el mismo, análogo o complementario objeto social que la sociedad que administra a fin de evitar surjan conflictos de intereses, se perjudiquen los intereses sociales y, en último término, se vulnere el deber de lealtad que tiene para con la sociedad que administra.

A continuación se desarrolla la problemática planteada. En una primera parte se trata del deber de lealtad y los conflictos de intereses, precisando los conceptos relevantes que se han de considerar a fin de estar en condiciones de sostener la necesidad y utilidad de la prohibición planteada. Luego, en la parte segunda, se presenta como una derivación del deber de lealtad el deber de no competir con la sociedad que se administra, fundado ello en la buena fe y usos mercantiles, y en la obligación de evitar conflictos de intereses con la sociedad anónima administrada, a fin de respetar el deber de lealtad y de proteger como es debido el interés de la sociedad; se hace una somera comparación con otros tipos de sociedades mercantiles, que incluyen la prohibición de competencia por parte de los socios de la misma, para finalizar con algunas reflexiones en torno a la responsabilidad de los directores derivada de la competencia desleal con la sociedad que administran.

De esta forma se pretende demostrar que la prohibición para los directores de sociedades anónimas de competir con la sociedad que administran sería la fórmula preventiva adecuada para evitar conflictos de intereses, y la consecuencial materialización de un perjuicio a la sociedad y del quebrantamiento de la lealtad debida exigida para con ella.

<sup>3</sup> Díaz, J. L., *Las sociedades de responsabilidad limitada*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1995, p. 151.

<sup>4</sup> Cfr. Comentario de Uría, R., *Derecho Mercantil*, s/e, Madrid, 7<sup>a</sup> edición, 1969, p. 380, respecto a la prohibición de hacer competencia a la sociedad establecida en España para las sociedades de responsabilidad limitada.

## I. DEBER DE LEALTAD Y CONFLICTO DE INTERESES

### 1. *Deber de lealtad y sus concreciones*

Con el fin de promover y garantizar el adecuado gobierno de las sociedades anónimas, los administradores de éstas tienen una serie de deberes para con la sociedad que respetar, que en su conjunto se denominan deberes fiduciarios, por la confianza que en ellos se ha depositado para que lleven a cabo la labor de administración eficientemente. Estos deberes, de origen anglosajón, tradicionalmente se han agrupado en tres categorías: el deber de cuidado o diligencia (*duty of care*), el deber de lealtad (*duty of loyalty*) y el deber de sinceridad (*duty of candor*).<sup>5</sup> Para efectos de nuestro estudio nos centraremos en el examen del deber de lealtad o fidelidad de los directores y sus diversas manifestaciones, aunque se debe precisar que estos deberes se complementan y en muchas ocasiones comparten su esfera de acción. Así, v.g., Pfeffer señala que “el deber de diligencia o cuidado no excluye sino que exige observar lealtad hacia la sociedad”.<sup>6</sup>

Se entiende que, por el deber fiduciario de lealtad impuesto a los administradores de la sociedad anónima, se les exige que en el ejercicio de su cargo busquen siempre optimizar el interés de la sociedad, impidiéndoseles que puedan defender intereses diferentes a éste. Así pues, el interés social opera como límite de actuación legítima del órgano administrador, no pudiendo anteponer su interés propio o el de las personas a ellos vinculadas.<sup>7</sup> Así pues, el administrador en el ejercicio de sus funciones, para cumplir con esta obligación, le será menester adoptar tanto una actitud activa como una pasiva: activa, en tanto tendrá que buscar siempre mejorar el interés social; y pasiva, en cuanto se ha de abstener de perjudicar a la sociedad prefiriendo otros intereses diversos, incluidos dentro de estos los suyos propios.<sup>8</sup>

La LSA chilena se ocupa de los deberes fiduciarios sin existir un orden dentro de ella, pues alusiones al tema se hallan dispersas dentro del *Título IV De la Administración de la Sociedad*. En lo que atañe al deber de lealtad, se estima que el número 7 del artículo 42 de la norma en comento es el que establece el deber de fidelidad, como una prohibición de privilegiar el interés propio en desmedro del interés social: “Los directores no podrán:

<sup>5</sup> Cfr. Díaz (2004), pp. 104-171; Eyzaguirre, C., “Directores de Sociedades Anónimas. Conflicto de intereses”, en *Revista del Abogado* N° 34 julio 2005, p. 20; Ferreiro, A., “El conflicto de interés entre el secreto profesional del abogado y el rol de director de empresas”, en *Seminario El rol de los abogados y los conflictos de interés en los directorios de las Sociedades Anónimas*, Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago, 2005, p. 15; Pfeffer, F., “El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de intereses y la potestad punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el contexto del denominado ‘caso Chispas’”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 N° 3, 2005, pp. 521-527; Zegers, M. y Arteaga, I., “Interés social, deber de lealtad y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América”, en *Revista Chilena de Derecho* vol. 31 N° 2, 2004, p. 249.

<sup>6</sup> Pfeffer (2005), p. 522.

<sup>7</sup> Díaz (2004), p. 154; Eyzaguirre (2005), p. 21; Ferreiro (2005), pp. 16-18.

<sup>8</sup> Cfr. Carey (1993), p. 145; Pfeffer (2005), p. 523.

7) En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social".<sup>9</sup>

En este punto, haciendo una pequeña comparación con la legislación española (texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, modificado por la Ley de transparencia 26/2003, de 17 de julio), se considera preferible la técnica legislativa en ella utilizada, pues ordenadamente regula la materia; en un primer artículo establece en general el deber de fidelidad en términos imperativos: "Artículo 127 bis: Los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad"; y en los artículos que le siguen, 127 ter y 127 quáter, trata de las siguientes concreciones del deber de lealtad: deber de no utilizar el nombre de la sociedad en operaciones propias, el deber de no aprovechar oportunidades de negocio en beneficio propio, la obligación de no intervenir en caso de conflicto de interés, el deber de comunicación de participaciones y cargas en sociedad competidora y de competencia, y el deber de secreto (127 ter y quáter). Con lo cual es la propia ley la que otorga al intérprete una clara sistematización de la materia, especificando y determinando el contenido de los deberes de lealtad.<sup>10</sup>

Ahora bien, en cuanto a las concreciones del deber de lealtad, la legislación chilena se refiere a la prohibición de utilizar los bienes sociales en beneficio propio (artículo 42 N° 5), a la prohibición de aprovechar oportunidades comerciales que pertenecen a la sociedad administrada en beneficio propio (artículo 42 N° 6), regula la celebración de actos o contratos con la sociedad en que los directores tengan interés (artículo 44) y el deber de secreto (artículo 43). Observándose una falta de consagración expresa de la concreción del deber de lealtad de prohibición a los directores de sociedades anónimas de no competir con la sociedad que administran,<sup>11</sup> es decir, de explotar el mismo, análogo o complementario género de negocio o actividad económica desarrollada por la sociedad administrada.

## 2. *Bien jurídico protegido: Interés social*

La norma de la cual se desprende el deber de lealtad impuesto a los directores de sociedades anónimas (artículo 42 N° 7) protege el interés social, sin definir qué se entiende por tal en este ni en ningún otro artículo de la LSA.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Cfr. Eyzaguirre (2005), p. 21; Zegers y Arteaga (2004), pp. 250 y 254.

<sup>10</sup> Cfr. Rodríguez (2005), p. 329.

<sup>11</sup> Zegers y Arteaga (2004), p. 254, señalan los casos en que el director compite con la sociedad en el objeto de sus negocios, como un tipo de conducta general reconocido por la doctrina como violación al deber de lealtad; en el mismo sentido Vid. Ferreiro (2005), p. 18; Henn, H. G., *Handbook of the law of corporations and other business enterprises*, West Publishing, Minnesota , 2<sup>a</sup> edición, 1970, pp. 457-459.

<sup>12</sup> Cfr. Zegers y Arteaga (2004), p. 245.

Al respecto, se ha de recordar que teoría contractualista y organicista han discutido tradicionalmente qué se entiende por interés social. Para la primera, corresponde al interés común y exclusivo de los accionistas, entendido como la suma de los intereses particulares de los socios, de forma tal que cualquier daño producido en el interés comunitario supone una lesión al interés social. Mientras la segunda identifica el interés social con el de la empresa en sí, como realidad distinta de quienes la integran, incluyendo en el concepto el interés de otros intervenientes sociales, como el de los trabajadores y acreedores de la empresa, incluso al Estado y comunidad o colectividad donde se sitúa la sociedad.<sup>13</sup>

También se ha de considerar que como matiz a la posición contractualista surge en Estados Unidos la teoría del *shareholder value*, es decir, la creación o maximización de valor para los accionistas, lo que se traduce en aumentar los beneficios sociales y la plusvalía de las acciones.<sup>14</sup> Lo cual se consideró en España (Informe Olivencia) como un concepto ventajoso de frente al de *interés social*, pues constituye una directriz clara, que facilita la adopción de decisiones; en mercados competitivos favorece la creación de capital y correcta asignación de recursos; y acompaña el diseño de la organización a los incentivos y riesgos de todas las partes implicadas en la empresa.<sup>15</sup>

Más allá de la pugna existente entre contractualistas e institucionalistas, creemos que si bien el interés de los accionistas suministra una guía de actuación, en última instancia lo que se persigue es el interés superior de la propia empresa, orientado a garantizar la bonanza y la continuidad de la sociedad en el tiempo, lo que implica tomar también en cuenta a los otros grupos implicados en la empresa (trabajadores, acreedores, proveedores, Estado, etc.) o a la comunidad donde se ubica la misma, pues, obviamente, en el desarrollo de toda actividad económica se habrán de respetar los requerimientos de la comunidad organizada, impuestos en diversas normas que es preciso no vulnerar, v.g., normas fiscales o medioambientales; y cumplir de buena fe y conforme a los usos comerciales aceptados las obligaciones convenidas con terceros, tales como trabajadores, proveedores, acreedores, clientes.<sup>16</sup>

Con la dictación de la LSA de 1981 se ha sostenido por la doctrina que el legislador adoptó la teoría organicista, por lo que se puede deducir que el interés social al que se refiere la norma es el interés de la sociedad, considerada ésta como una persona autónoma, distinta de sus accionistas.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Cfr. Díaz (2004), pp. 141 y 142; Puelma, A., II *Sociedades*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 544 y 545; Zegers y Arteaga (2004), p. 243.

<sup>14</sup> Cfr. Díaz (2004), pp. 142 y 143.

<sup>15</sup> Vid. *Idem.*, p. 143.

<sup>16</sup> Cfr. *Idem.*, p. 147; Kübler, F., *Derecho de Sociedades*, Traducc. Michèle Klein, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2001, pp. 282-290.

<sup>17</sup> Cfr. Puelma (1996, t. 2), pp. 544, 546; Prado, A., “El rol de los abogados y los conflictos de interés en los directorios de las Sociedades Anónimas”, en *Seminario El rol de los abogados y los conflictos de interés en los directorios de las Sociedades Anónimas*, Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago, 2005, p. 9; Zegers y Arteaga (2004), pp. 245 y 267.

### 3. *Conflicto de intereses sociedad-administración: concepto y supuestos de hecho*

Que la legislación opte por la teoría organicista, debiendo por ende no sólo considerarse los intereses de la sociedad, sino también el de los accionistas, trabajadores, acreedores, proveedores, clientes, colectividad, Estado, etc., plantea el problema de la primacía de intereses, en caso de ser estos contrapuestos. Sin embargo, para efectos de nuestro estudio, nos interesa dilucidar qué ocurre si los intereses de la sociedad, entendidos como el interés común propio de la empresa, entran en conflicto o se contraponen con los intereses de alguno de sus administradores. Al respecto, se debe aclarar que dentro del interés de la sociedad, si bien las legislaciones procuran el adecuado funcionamiento del órgano de administración, éstas no amparan los intereses individuales de sus miembros.<sup>18</sup> Esto, en el caso de la LSA chilena, claramente se desprende del artículo 42 N° 7, transscrito más arriba.

Siendo la asistemática en estas materias característica de la LSA chilena, ella tampoco nos brinda un concepto de conflicto de intereses,<sup>19</sup> se debe por tanto tratar de alcanzar alguna aproximación al fenómeno. Para ello se ha de considerar en primer término el significado vulgar de la palabra *conflicto*, definido por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “combate, lucha, pelea, enfrentamiento, problema, cuestión, o materia de discusión” y, por otra parte, no olvidar que se trata de un conflicto de *intereses*. Por tanto, tomando en cuenta lo dicho en el apartado anterior respecto al concepto de *interés social* como bien jurídico que se protege con la obligación de lealtad de los directores, se puede decir que *conflicto de intereses sociedad-administración* significa la confrontación u oposición de dos expectativas distintas: la de la sociedad y la del administrador, lo cual implica decidir en una situación específica cuál interés o expectativa será privilegiado o elegido en desmedro del otro,<sup>20</sup> pues todos los intereses concurrentes no pueden ser satisfechos simultáneamente.<sup>21</sup> De esta forma, frente a un conflicto de interés sociedad-administración el deber de lealtad es el que orienta la decisión,<sup>22</sup> correspondiendo privilegiar siempre el interés social.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Kübler (2001), p. 290.

<sup>19</sup> Cfr. Pfeffer (2005), p. 521.

<sup>20</sup> Al parecer así lo ha entendido la jurisprudencia chilena; ello se desprende del comentario al fallo del “caso chispas” efectuado por Pfeffer (2005), p. 520: Es de la esencia de un conflicto de interés que se pueda identificar “un interés preponderante que se favorece y otro secundario que se perjudica”.

<sup>21</sup> No se ha de olvidar como lo indica Rodríguez, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho privado español*, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2005, p. 338, que el “administrador es un gestor de intereses ajenos: los intereses sociales”, y que “el conflicto de intereses afecta al administrador cuando éste tiene intereses personales incompatibles con los de la sociedad que representa”; Cfr. Pfeffer (2005), pp. 520 y 521.

<sup>22</sup> *Idem.*, p. 521, señala como criterio orientador de la correcta resolución de un conflicto de interés los deberes y obligaciones que están obligados a acatar los directores de toda sociedad anónima: deber de diligencia y cuidado, deber de lealtad y transparencia, y deber de obediencia.

<sup>23</sup> Zegers y Arteaga (2004), p. 246, señalan que “el objetivo final de los directores debe ser la satisfacción del interés de la sociedad. Por lo tanto, el interés social debe ser el elemento subyacente en cualquier acto de la sociedad, sea que fuere realizado por el directorio, los ejecutivos o cualquier otra persona con la

De acuerdo a Pfeffer, el concepto de conflicto de interés fue acuñado en 1688 por el español José de la Vega, quien postulaba “la necesidad de que el legislador definiera pautas y criterios a que deberían sujetarse quienes, en los diversos roles que desempeñan, enfrentan la encrucijada de privilegiar su interés personal por sobre el interés de la entidad por quien también se actúa”.<sup>24</sup>

A nuestro juicio, las figuras o supuestos de hecho que pueden subsumirse en el concepto de conflicto de intereses sociedad-administrador son: competir con la sociedad administrada; aprovechar una oportunidad de negocio perteneciente a la sociedad, y contratar con la sociedad.<sup>25 26</sup>

La LSA chilena sólo hace referencia a las dos últimas figuras: en el artículo 42 N° 6 prohíbe a los directores aprovechar oportunidades comerciales, que tuvieran conocimiento en razón de su cargo, en beneficio propio o de terceros relacionados; y en el artículo 44 regula la celebración de actos o contratos con la sociedad en que los directores tengan interés.

#### 4. *Competir con la sociedad administrada: explotar su mismo, análogo o complementario objeto social*

Con el fin de poder sostener la prohibición de competencia con la sociedad que administran por parte de los directores de sociedades anónimas, es necesario diluci-

---

autoridad necesaria para representar y/o administrar la sociedad”. Evidentemente ello se desprende a partir de la lectura del artículo 42 N° 7 de la LSA, que consagra el deber de lealtad de los directores para con la sociedad que administran; Cfr. Sánchez-Calero, J., *Los consejeros independientes* [en línea]: Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense, [fecha de consulta: 28 septiembre 2006]. Disponible en: <<http://www.ucm.es/eprints/5495/01/Consejeros%5FindependientesJSC-E-prints1.pdf>>, 2006, p. 51.

<sup>24</sup> Pfeffer, F., “Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27 N° 3, 2000, p. 488.

<sup>25</sup> Rodríguez (2005), p. 329, señala que estos conflictos de intereses se presentan “cuando el administrador social tiene intereses personales en un contrato en el que participa también en representación o interés de la sociedad”, y señala algunos ejemplos: “la sociedad vende bienes al administrador, quien los compra para sí o para otro; el administrador constituye garantías sobre bienes sociales a favor de acreedores personales suyos, o de terceros vinculados a él”. Vid. otros ejemplos en Alfaro, J., *La prohibición de autocontratación de los administradores de sociedades anónimas y limitadas* [en línea]: Documentos de Trabajo del Área de Derecho Mercantil, Universidad Autónoma de Madrid, 2002 [fecha de consulta: 02 octubre 2006]. Disponible en: <<http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercantil/investigacion/jaar%20-%20autocontratacion.pdf>>, p. 2; Ruiz-Rico, C., “Aspectos problemáticos de la regulación sobre conflicto de intereses en las entidades de responsabilidad limitada: Deficiencias jurídicas del artículo 52 LSRL”, en *Revista de Derecho Mercantil* N° 243, 2002, p. 204, por su parte indica que el autocontrato es una hipótesis extrema de conflicto de intereses.

<sup>26</sup> En efecto, Díaz (2005), p. 154, señala como ejemplos de “situaciones en las que los intereses personales de los administradores o los de las personas a ellos vinculadas y los de la sociedad de la que forman parte entran en conflicto”, los siguientes: “cuando ejercen el mismo género de negocio que la sociedad o cuando pretenden aprovechar una oportunidad de negocio en la que la sociedad está interesada o cuando prestan servicios de cualquier tipo para ésta”. Cfr. Alfaro (2002), p. 2.

dar qué se entiende por objeto social, y cómo puede calificarse de mismo, análogo o complementario.<sup>27</sup>

Un primer acercamiento de qué se entiende por *objeto social* se puede encontrar ya en la Constitución Política del Estado: el artículo 19 N° 15 consagra el derecho a asociarse, señalando que se prohíben “las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado”, mientras que la garantía constitucional del numeral 21 del mismo artículo consagra el “derecho a desarrollar cualquier actividad económica”, con las mismas limitaciones ya indicadas. Así pues, siendo las sociedades anónimas una de las formas jurídicamente aceptables de organización asociativa, se desprende que su objeto será desarrollar una actividad económica,<sup>28</sup> explotación que estará limitada en su quehacer por la moral, el orden público y la seguridad nacional. Esto es confirmado por la LSA, pues contempla en su artículo 9º la posibilidad de que la sociedad anónima tenga uno o más objetos, que puedan recaer en “cualquier actividad lucrativa que no sea contraria a la ley, a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado”. Así pues, el objeto social estará constituido por las actividades lucrativas que los socios estipulan en el contrato social para desarrollar.<sup>29</sup> Por su parte, cabe destacar que las limitaciones que se imponen para que el objeto social explotado sea lícito son nociones que no están definidas por ley, por tanto requieren ser llenadas de contenido por el intérprete del texto, en última instancia por el sentenciador quien debe resolver una controversia jurídica en torno a ello.

Estando consagrado el derecho a asociarse y establecidas las limitaciones impuestas constitucional y legalmente para el desarrollo de cualquier actividad lucrativa, se desprende que los particulares pueden libremente escoger la explotación de actividades lucrativas según sus necesidades e intereses, constituyendo un derecho fundamental de toda persona. Sin embargo, todo derecho no es absoluto, sino puede tener ciertas restricciones,<sup>30</sup> y a efectos de esta investigación, un límite anexo al impuesto por la propia Constitución y las leyes, creemos debe ser la prohibición de desarrollar la misma, análoga o complementaria actividad que desarrolla una sociedad anónima, si quien prefiere emprender esta empresa es un director que la administra, pues los conflictos de

<sup>27</sup> “(...) la obligación de no competir se genera precisamente en relación con el objeto de la sociedad” (Puelma, 1996, t. 1, p. 289).

<sup>28</sup> Zegers y Arteaga (2004), p. 243, indican que “la sociedad es vista como una creación artificial diseñada para permitir a personas naturales asociarse para determinados propósitos de fin de economía y legal”.

<sup>29</sup> Puelma (1996, t. 1), p. 120.

<sup>30</sup> En efecto, Valdés, J.S., *Aspectos de la competencia prohibida en sus ámbitos contractual “competencia ilícita y competencia desleal”*, Tesis de grado Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, p. 7, señala “que si bien la libertad de comercio es un principio importantísimo, esta libertad debe reconocer ciertos límites, que son los que le otorgan su verdadero valor y fijan su campo de acción. En líneas generales, podemos señalar que los límites a la libertad de comercio se justifican por diversas razones, siendo las principales las que dicen relación con el interés público, el interés superior del Estado y la equidad en las relaciones (...).” Así pues, nosotros incluimos dentro de estos límites la prohibición de competencia con la sociedad que administran por parte de los directores de sociedades anónimas, justificado ello en el deber de fidelidad impuesto a estos últimos, y por ende la necesidad de evitar todo conflicto de interés con la sociedad en que prestan sus labores.

intereses que eventualmente puedan surgir atentarían contra los intereses de la sociedad administrada, e implicarían para el director una vulneración de su deber de fidelidad para con la sociedad en la cual ejerce funciones de administración.

Por otro lado, se ha de destacar que la LSA autoriza que la sociedad pueda tener objetos múltiples, lo cual no significa que pueda establecer generalidades, pues el artículo 4º N° 3 de la misma exige que la escritura social contenga “la enunciación del o de los objetos específicos de la sociedad”,<sup>31</sup> constituyendo una mención necesaria del pacto social, pues su omisión, de acuerdo al artículo 6º de la norma en comento, produce la nulidad absoluta de la escritura de la sociedad. Ahora bien, que deba ser específico no impide que sea extenso o con varios giros,<sup>32</sup> y es más, se aconseja se redacte el objeto social desde el principio de forma amplia, de modo que se reflejen también posibles actividades futuras de la sociedad. Por esta razón, creemos que la prohibición que se estima pertinente incluir en la ley no debiese ser absoluta, pudiendo incluir una excepción en atención a que la junta de accionistas pudiera autorizar expresamente que un determinado director explote un objeto comercial, que si bien está incluido en la escritura social de la sociedad administrada, ésta en el hecho actualmente no lo está explotando.<sup>33</sup> Para estos efectos, se ha de distinguir entre giro efectivo y giro estatutario, es decir, entre los negocios que en el hecho la sociedad está desarrollando y aquellos que los socios estipularon en el contrato social como actividades a realizar por la sociedad.<sup>34</sup>

Ahora bien, cómo es posible establecer la identidad, analogía o complementariedad de objetos sociales, a fin de concluir si un director está o no efectivamente compitiendo con la sociedad anónima que está administrando. Evidentemente ello es una cuestión de hecho imposible de determinar *ex ante* dada la gran variedad de actividades lucrativas que se pueden desarrollar, por tanto en cada caso particular habrá de determinarse, y si existe un litigio, será deber del juzgador establecerlo, en base a su experiencia y al conjunto de probanzas del juicio,<sup>35</sup> debiendo considerar, a nuestro juicio, la finalidad primordial de la prohibición de competir con la sociedad que el director administra;

<sup>31</sup> Cfr. Puelma (1996) t. 1, p. 121, t. 2, p. 467.

<sup>32</sup> *Idem.*, t. 2), p. 466.

<sup>33</sup> AAVV, *Sociedades mercantiles 2000-2001: memento práctico Francis Lefebvre*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 1999, apartado 804, “nada se opone al establecimiento en los estatutos sociales de cláusulas más severas, que, por ejemplo, condicione a la previa autorización de la junta general la aceptación por el administrador del nombramiento del mismo cargo en otra sociedad competidora, o para la realización por su cuenta de un determinado tipo de actividades”; ergo, tampoco se vislumbra un impedimento para que la junta de accionistas acuerde una liberación de la prohibición de competencia en un caso particular dadas las circunstancias señaladas arriba.

<sup>34</sup> Puelma (1996, t. 1), p. 289.

<sup>35</sup> Gay de Montellá, R., *Tratado de Sociedades Anónimas. Estudio y comentarios a la Ley de 17 de julio de 1951, Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de Registros*, Bosch, Barcelona, 3<sup>a</sup> edición, 1962, p. 375, señala que “el Código de Comercio español consiente a los socios colectivos hacer lícitamente por su cuenta toda operación mercantil, con tal que no pertenezca a la especie de negocios a que se dedique la compañía de que fuesen socios, a no existir pacto en contrario”. Y que “este artículo siempre ha dejado abierta una amplia interpretación sobre la identidad de negocios entre el socio colectivo y la compañía de la cual forma parte”. En caso de litigio –agrega– es una cuestión de hecho que debe determinarse

evitar posibles colisiones de intereses, y su consecuente perjuicio a los intereses sociales producto del quebrantamiento del deber de lealtad impuesto al administrador.

Cabe destacar que autores españoles, interpretando y comentando el artículo 132.2 de la LSA española, que trata de la destitución de un administrador que a su vez lo es de una sociedad competidora, señalan que el Tribunal Supremo de su país ha indicado que “la situación de competencia debe ser apreciada con carácter restrictivo, sin que sea suficiente la simple coincidencia formal del objeto social de las sociedades, ni siquiera basta acudir al solo criterio de la identidad de las operaciones. Es preciso que entre las sociedades en cuestión se produzca una confrontación efectiva en el mercado”.<sup>36</sup>

## II. DEBER DE LOS DIRECTORES DE NO COMPETIR CON LA SOCIEDAD ANÓNIMA QUE ADMINISTRAN COMO UNA DERIVACIÓN DEL DEBER DE LEALTAD

### 1. *Fundamentos de la prohibición de competir con la sociedad administrada*

#### 1.1 Respeto a la buena fe mercantil

Los deberes fiduciarios exigidos a los directores para con la sociedad anónima que administran requieren se actúe por su parte de buena fe.<sup>37</sup> Así pues, postulando el deber de los directores de sociedades anónimas de no competir con la sociedad que administran como un derivado del deber de lealtad, tal prohibición tendría en primer término su fundamento en la buena fe comercial y en el respeto de las buenas costumbres mercantiles en el ámbito de las relaciones de los empresarios.<sup>38</sup> Con todo, no está de más recordar que todo administrador de un patrimonio ajeno debe actuar en sus labores como tal en forma libre, desinteresada y de buena fe.<sup>39</sup>

Por su parte, en Estados Unidos existe la llamada *business judgment rule*, que recoge el principio de respeto a la buena fe mercantil, regla que es una presunción de que los directores de una sociedad anónima han cumplido con sus deberes de lealtad, al adoptar una decisión de negocios, si en forma informada y sin mediar conflicto de interés han actuado de buena fe.<sup>40</sup>

En la doctrina Pfeffer señala que el deber de lealtad y transparencia es “un derivado natural del deber genérico de buena fe que debe inspirar el quehacer de los directores”,

---

por el conjunto de pruebas y por el juicio que forme el tribunal sentenciador, respecto de si el objeto social es idéntico, semejante o parecido.

<sup>36</sup> AAVV (1999) apartado 804.

<sup>37</sup> Henn (1970), pp. 457 y 459, “fiduciary duties generally require good faith and fair dealing”.

<sup>38</sup> Cfr. Valdés (2003), pp. 3 y 11; Henn (1970), p. 458, “corporate managerial powers, being powers in trust, must be exercised honestly and in good faith”.

<sup>39</sup> Cfr. Eyzaguirre (2005), p. 21; Kübler (2001), p. 290, señala que la ley considera a los miembros del órgano de administración como administradores fiduciarios de intereses ajenos; Puelma (1996), t. 2, p. 547.

<sup>40</sup> Vid. Zegers y Arteaga (2004), pp. 252 y 253.

lo cual implica actuar con fidelidad, lo que se corresponde con la confianza en ellos depositada.<sup>41</sup>

De esta forma, el acatamiento del deber de lealtad impuesto a los directores de sociedades anónimas implica de suyo un respeto a la buena fe, pero, por otra parte, este respeto viene impuesto por las normas de corrección y buenos usos mercantiles, por ello la competencia ilícita o desleal debiese ser reprobada por la ley por no respetar el mínimo de honestidad y juego limpio que debe presidir la lucha comercial; todo empresario tiene derecho a ampliar el ámbito de sus negocios y su clientela aunque con ello perjudique a otros, pues hay libertad de concurrencia, sin embargo la conquista del mercado debe ser leal y correcta.<sup>42</sup>

Se ha de destacar que si bien la buena fe o las normas de corrección y buenos usos mercantiles son conceptos jurídicos indeterminados que pueden variar de contenido de acuerdo a las concepciones vigentes imperantes en la sociedad, es útil para imponer a todos los participantes del mercado una corrección mínima en su actuar.<sup>43</sup> Y que en la materia en estudio, pierde ese carácter de indeterminación, pues es el deber de lealtad, y la consecuente protección de los intereses sociales, es quien orienta y define el estándar jurídico de la buena fe, lo importante es vislumbrar este principio general de buena fe como criterio valorativo subyacente al cumplimiento del deber de lealtad<sup>44</sup> impuesto a los directores de sociedades anónimas. En última instancia, quien llenará de contenido el principio de la buena fe en estas materias será la norma clásica de responsabilidad del derecho civil de no lesionar injustamente la esfera jurídica del otro,<sup>45</sup> lo cual recoge nuestro Código Civil en el artículo 2314 y otros.

## 1.2 No contravenir el deber de lealtad: protección de los intereses sociales

La búsqueda de la satisfacción del interés social debe ser la idea que inspire y rija cada acto de la administración, así se desprende de la prohibición general del N° 7 del artículo 42. Y es lo que debe primar al resolver un conflicto de interés.<sup>46</sup>

A nuestro juicio, es necesario incluir en la LSA expresamente este deber de los administradores de no competir con la sociedad que administran,<sup>47</sup> es decir, en otras

<sup>41</sup> Pfeffer (2005), p. 523.

<sup>42</sup> Cfr. Garrigues, J., *I Curso de Derecho Mercantil*, Ed. Temis, Bogotá , 7<sup>a</sup> edición, 1987, p. 235; Sánchez, F. I *Instituciones de Derecho Mercantil*, M<sup>c</sup> Graw Hill, Madrid, 23<sup>a</sup> edición, 2000, p. 129; Uría (1969), p. 65.

<sup>43</sup> Cfr. Illescas, R., "Derecho de la competencia: La competencia leal", en Jiménez Sánchez, G. (coordinador), *Derecho Mercantil*, Ed. Ariel, Barcelona, 2<sup>a</sup> edición, 1992, p. 554; Sánchez (2000), p. 130.

<sup>44</sup> Cfr. Illescas (1992), p. 552.

<sup>45</sup> Cfr. Garrigues (1987), pp. 235 y 236.

<sup>46</sup> En el mismo sentido Ruiz-Rico (2002), p. 244, "el auténtico pilar sobre el que ha de dilucidarse cualquier conflictividad relevante en las sociedades es el interés social".

<sup>47</sup> Rodríguez (2005), p. 330, señala que el sentir mayoritario de la doctrina española en esta materia es llenar de contenido el deber de lealtad de los administradores sociales, repugnando con este deber el interés propio del administrador, por ejemplo, en el caso de concurrencia con la sociedad. El telón de fondo de esta hipótesis es el de los conflictos de intereses.

palabras, los administradores, en forma directa o indirecta, no deben explotar el mismo, análogo o complementario objeto social de la sociedad que administran, pues sin esta prohibición difícilmente podrán cumplir fielmente con los intereses sociales. En efecto, si un director se dedica por cuenta propia (empresario individual) o ajena (administrador, gerente de una empresa individual o social),<sup>48</sup> o las personas con él vinculados, al mismo, análogo o complementario giro que constituye el objeto de la sociedad que administra, obviamente serán mayores y múltiples los conflictos de intereses que pudieran eventualmente surgir entre el director de la sociedad anónima y la sociedad administrada,<sup>49</sup> v.g., no se vislumbra cómo se podría distinguir si una oportunidad comercial pertenece a la sociedad que el director administra o a la sociedad de la cual es accionista o si directamente se ha ofrecido el negocio a él como persona natural que explota tal actividad comercial; el director no debe beneficiarse a expensas de la sociedad que administra, y no puede desviar hacia sí mismo las oportunidades que pertenecen a la compañía, por tanto no debiese explotar el mismo, análogo o complementario objeto social que la sociedad que administra a fin de evitar surjan conflictos de intereses, se perjudiquen los intereses sociales y, en último término, se vulnere el deber de lealtad que tiene para con la sociedad que administra.

### 1.3 Evitar conflictos de intereses

El directorio en las sociedades anónimas es el órgano de acuerdo a la LSA que tiene el derecho y deber de administrarlas y representarlas (artículos 31 y 40). Pero el directorio no es el dueño de la sociedad, sino los accionistas. De lo anterior se desprende que existe una separación entre la propiedad y la administración de la sociedad y que el interés de los accionistas, quienes buscan el interés de la sociedad, para así verse ellos beneficiados, no coincidirá en ciertos casos necesariamente con el interés de los directores.<sup>50</sup>

Si bien por el deber de lealtad impuesto a los directores para con la sociedad en que ejercen funciones exige que privilegien en todo momento y en toda circunstancia los intereses de la sociedad,<sup>51</sup> con frecuencia suelen producirse situaciones en las que los intereses personales de los administradores o los de las personas a ellos vinculadas y los de la sociedad de la que forman parte entran en conflicto.<sup>52</sup> Así pues, el deber de lealtad es puesto a prueba siempre que el director deba enfrentar un conflicto de intereses en la toma de decisiones, pues en él confluyen los intereses de la sociedad y los propios o los de las personas a él relacionadas.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> Díaz (1995), p. 151.

<sup>49</sup> Cfr. Comentario de Uría (1969), p. 380, respecto a la prohibición de hacer competencia a la sociedad establecida en España para las sociedades de responsabilidad limitada.

<sup>50</sup> Cfr. Eyzaguirre (2005), p. 20; Díaz (2004), pp. 19-25; Kübler (2001), p. 293; Pfeffer (2000), p. 486.

<sup>51</sup> Cfr. Zegers y Arteaga (2004), p. 246.

<sup>52</sup> Cfr. Díaz (2004), p. 154.

<sup>53</sup> Cfr. Eyzaguirre (2005), p. 21.

Con el fin de evitar parte de estos conflictos se plantea, como derivación del deber de lealtad, la necesidad de recoger en nuestra legislación expresamente la prohibición a los directores de competir con la sociedad que administran, pues actualmente la LSA no hace referencia alguna a ello, ni siquiera impone –como al menos lo hace la legislación española (artículo 127 ter. 4)– la obligación de comunicación de participaciones y cargas en sociedad competidora y de competencia,<sup>54</sup> lo cual nos parece del todo desafortunado pues consagrándose esta prohibición se podría aminorar en la práctica el surgimiento de conflictos de intereses.<sup>55</sup> A nuestro juicio, claramente si el administrador desarrolla el mismo, análogo o complementario objeto social que el de la sociedad que administra, existen mayores probabilidades de que surjan conflictos de intereses entre el social y el personal del administrador o el de las personas a él vinculadas, con el consecuente peligro de que el administrador contravenga su deber de fidelidad prefiriendo su propio interés o el de terceros relacionados frente al de la sociedad.<sup>56</sup>

En efecto, si los administradores desarrollan el mismo o análogo objeto social difícilmente se podrá determinar a quién pertenece una oportunidad de negocio, creándose una confusión que sería muy difícil dilucidar. Y, por otro lado, si el director no pudiese explotar el mismo o análogo objeto social que desarrolla la sociedad administrada, se evitaría la tentación de aprovechar oportunidades de negocio pertenecientes a la sociedad administrada. Incluso se puede vislumbrar que la prohibición de competencia tiene mucha relación o incidencia con este supuesto particular de conflicto de interés en relación al aprovechamiento de oportunidades comerciales, pues en general se entiende que la competencia con la sociedad administrada se generará siempre que se desarrolle cualquier acto destinado a perjudicar a la sociedad que provoque desplazamiento de oportunidades de negocio o de clientela a favor de los directores, existiendo una disputa por quién reina en el mercado.<sup>57</sup>

Por su parte, el impedir que el director explote un giro complementario al de la sociedad se evitaría en gran parte, aunque no del todo, el contratar con la sociedad administrada. Así pues, cabe destacar que la prohibición de no competencia que de *lege*

<sup>54</sup> Vid. Díaz (2004), p. 59, la Ley de Transparencia 26/2003, de 17 julio, introdujo este deber de comunicación, sin embargo, no incluyó expresamente la prohibición de competencia recogida en el artículo 126 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles. Vicent, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 17<sup>a</sup> edición, 2004, p. 398, critica su no inclusión: “Esta norma debería ser el instrumento para hacer efectiva una prohibición expresa de competencia, como la que existe en otras legislaciones, salvo autorización expresa de la junta general”.

<sup>55</sup> Prado (2005), p. 12, en sus conclusiones indica que “la propuesta normativa de los Gobiernos Corporativos es velar para que el comportamiento de los accionistas controladores, directores y administradores sea cada vez más independiente y refuerza la tendencia a “huir” del conflicto de interés”.

<sup>56</sup> Rodríguez (2005), señala precisamente que los conflictos de intereses que suponen infracción al deber de lealtad de los administradores sociales pueden aflorar por la vía de competir con la sociedad; en el mismo sentido Henn (1970), pp. 459 y 461, “Many cases of fiduciaries’ competing with their corporations can be subclassified into situations involving what is known as “usurpation of corporate opportunity” or “conflicting interest”, although the various often tend to merge”.

<sup>57</sup> Así pues, Alfaro (2002), p. 3, señala que en los casos de aprovechamiento de oportunidades de negocios como caso típico de conflicto de interés, “el administrador se convierte en un competidor de la sociedad.

*ferendae* sería deseable incorporar en nuestra legislación no significaría en la práctica una eliminación de todo conflicto de interés, pues las posibilidades de que surjan conflictos de intereses son innumerables,<sup>58</sup> v.g., una sociedad anónima que se dedica a la importación y comercialización de productos agrícolas necesita arrendar una bodega para almacenar su mercadería y uno de los directores es propietario de un local con las características requeridas y le ofrece a la sociedad arrendárselo, pues actualmente lo tiene desocupado, este es un claro caso de conflicto de interés, pues si bien tanto sociedad como director pueden verse beneficiados con la oportunidad de contratación que ha surgido, al negociar las condiciones del contrato de arrendamiento, la sociedad como arrendataria deseará conseguir una renta de arrendamiento baja, mientras que el director, no compitiendo con la sociedad, no explotando un objeto ni siquiera similar o complementario al giro comercial de la empresa, sino sólo como arrendador de un bien inmueble que le pertenece, tratará de obtener un canon de arrendamiento lo más elevado posible.<sup>59</sup>

#### A. Evitar aprovechamiento de oportunidades comerciales pertenecientes a la sociedad: prohibición de explotar el mismo o análogo objeto social

El artículo 42 N° 6 de la LSA se refiere al aprovechamiento de oportunidades de negocio prohibiendo a los directores usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieran conocimiento en razón de su cargo. De esta forma, constituye una norma más exigente que la española, pues esta última contempla una excepción: pueden ser aprovechadas por los administradores estas oportunidades de negocio, si habiendo sido ofrecidas a la sociedad, ésta las hubiera rechazado.<sup>60</sup>

De la lectura de la norma se desprende que lo fundamental en Chile es que se haya tenido conocimiento de la oportunidad de negocio en virtud del ejercicio del cargo, situación difícil de determinar, lo que puede favorecer al fraude. En efecto, la prohibición no incluye la obtención privada de la información relativa a la oportunidad, pero cómo determinar incluso si se lo ha comunicado un familiar o un amigo, si el ofrecimiento se lo ha hecho directamente a él como persona natural, o si se lo han hecho en atención a que es administrador de tal o cual sociedad anónima, y por ende que el ofrecimiento se lo están haciendo a esta última.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Cfr. Kübler (2001), p. 295.

<sup>59</sup> Cfr. caso similar, AAVV (1999) apartado 804, el Tribunal Supremo español ha declarado que “la coincidencia de una sociedad de cliente y arrendadora de otra no convierte a ambas en competidoras”.

<sup>60</sup> Artículo 127 ter. 2 LSA española: “Ningún administrador podrá realizar en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquier operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de los que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la operación o la inversión hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad hubiera tenido interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador”.

<sup>61</sup> Cfr. Díaz (2004), p. 152; Pellegrini, C., *Conflictos de interés de accionistas que tienen la calidad de directores controladores de una sociedad anónima abierta*, Tesis de grado Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, p. 39.

Ahora bien, si a ello añadimos que el administrador desarrolla el mismo o análogo objeto social que la sociedad administrada, más difícil será determinar a quién pertenece una oportunidad de negocio. V.g., no se vislumbra cómo se podría distinguir si una oportunidad comercial pertenece a la sociedad A que el director administra o a la sociedad B de la cual es accionista o si directamente se ha ofrecido el negocio a él como persona natural que explota tal actividad comercial; el director no debe beneficiarse a expensas de la sociedad que administra, y no puede desviar hacia sí mismo las oportunidades que pertenecen a la compañía, por tanto no debiese explotar el mismo o análogo objeto social que la sociedad que administra, con el fin de evitar el apoderamiento de oportunidades que pertenecen a ella.<sup>62</sup>

B. Evitar contratación con la sociedad administrada: prohibición de explotar un objeto complementario al social

El artículo 44 de la LSA se refiere a los contratos que la sociedad anónima celebre con uno o más directores que tengan intereses particulares en esa negociación, sea que ese interés lo tengan por sí, o lo tengan indirectamente a través de terceros relacionados o por las personas que ellos representan.<sup>63</sup>

Estas operaciones intrínsecamente no se consideran actos perversos, en el sentido de que la ley los prohíba *plena facie*. La ley sólo establece sanciones en el evento de que no se hayan cumplido los requisitos habilitantes para que el negocio no traiga consecuencias para quienes lo aprobaron: la negociación debe realizarse con conocimiento y aprobación del directorio, debiendo ajustarse a las condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.<sup>64</sup>

La LSA española tampoco prohíbe este tipo de negociaciones, sólo impone el deber de comunicar la situación de conflicto que pudieran tener con el interés de la sociedad al Consejo de Administración, debiendo el administrador afectado abstenerse de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera (artículo 127 ter.3).

<sup>62</sup> “The “corporate opportunity” doctrine, an aspect of the undivided royalty rule, precludes corporate personnel from diverting unto themselves opportunities in which the corporation has a right, property interest, or expectancy, or which in justice should belong to the corporation”. (Henn, 1970, p. 462).

<sup>63</sup> Podría ocurrir que los directores, en lo personal, no tuvieran interés, pero que fueran mandatarios de otras empresas o de personas naturales que tuvieran interés en la operación. Así el inciso 2º de la norma en comento presume de derecho que existe interés de un director si en la operación interviene su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño directo o a través de personas naturales o jurídicas, o las personas antes mencionadas lo sean, de un diez por ciento o más de su capital, y en general personas por quienes el director actúe como representante. Así pues, Gay de Montellá (1962), p. 375, señala que “los lazos de afinidad y de parentesco deben considerarse, como es de rigor, teniendo en cuenta que la Ley vela por la lealtad de los administradores ante la sociedad que confía en ella”. Vid. Puelma (1996), t. 2, pp. 551 y 552.

<sup>64</sup> Cfr. Illanes, C., *La responsabilidad civil de los directores y gerentes de sociedades anónimas y empresas bancarias*, Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago, 1998, p. 13; Puelma (1996), t. 2, pp. 552 y 553; Pfeffer (2000), p. 488; Pfeffer (2005), p. 526.

A nuestro juicio, estas contrataciones debieran ser evitadas en la medida de lo posible, pues aunque exista comunicación y ciertos requisitos habilitantes para su realización, de manera tal que el resto de los directores estén más atentos o incrementen su vigilancia sobre la concreta operación, evidentemente el conflicto de interés existente puede llevar a una serie de conductas impropias que afecten el interés de la sociedad. De esta forma, se plantea que un mecanismo para prevenir que sucedan estas situaciones sería prohibir que los directores por sí o en forma indirecta exploten un negocio que tenga objeto social complementario al de la sociedad que administran.

## 2. *Tratamiento de la materia en otras sociedades mercantiles*

El Código de Comercio, en el Título VII del Libro II trata *De la Sociedad*, y señala que se prohíbe a los socios de sociedades colectivas, en su artículo 404 N° 4, el “explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad, y hacer sin consentimiento de todos los consocios operaciones particulares de cualquiera especie cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio”. De esto se colige, en relación al artículo 385 del mencionado Código que señala que la administración corresponde a los socios, que se prohíbe a los administradores sociales competir con la sociedad que administran.

Por su parte, el artículo 4º de la Ley que regula las sociedades de responsabilidad limitada hace aplicables a estas sociedades, en todo lo no previsto por la ley o la escritura social, las reglas establecidas para las sociedades colectivas. De igual forma, los artículos 474 y 491 reconocen estas reglas como normas supletorias aplicables a las sociedades en comandita. Así pues, se puede observar que todas las sociedades reconocidas por la ley: colectivas, de responsabilidad limitada y en comandita se rigen por la misma normativa en la materia: el artículo 404 N° 4 del Código de Comercio.

Entonces por qué no extender esta prohibición a los administradores de sociedades anónimas, al fin y al cabo, son sólo otra forma reconocida por la ley para asociarse y explotar una actividad económica lucrativa. Si se prohíbe en todos los otros tipos de sociedades, porqué permitirlo en la sociedad anónima.<sup>65</sup> La prohibición de competencia normada en el Código de Comercio halla su justificación precisamente porque los socios de una sociedad de personas, al tener todos en principio la administración de la sociedad, tienen acceso a cierta información relevante, cuyo uso para fines personales podría ocasionar un conflicto de interés y transformarse en una competencia ilícita por parte del socio para con la sociedad.<sup>66</sup> En última instancia, implícitamente está vedado hacer una competencia desleal a la sociedad administrada, por el principio del deber de fraternidad y lealtad que se deben recíprocamente los socios.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Cfr. Vicent (2004), p. 398; Ruiz-Rico (2002), pp. 202 y 216.

<sup>66</sup> Cfr. Garrigues (1987), p. 234; Valdés (2003), p. 102.

<sup>67</sup> Puelma (1996), t. 1, p. 295.

### 3. *Responsabilidad de los directores por competir con la sociedad que administran*

Evidentemente, aunque no se prohíba expresamente por la ley la explotación del mismo, análogo o complementario objeto de la sociedad por parte de los directores que administran una sociedad anónima, ello no implica que los directores no sean responsables por sus faltas al deber de lealtad que realicen en virtud de preferir el interés propio frente al interés social a través de tales actuaciones, pues conforme al régimen de responsabilidad establecido en el Título XIV de la LSA, en relación con la parte final del artículo 42 N° 7, los directores siempre serán responsables de los daños que causen a la sociedad que administran.<sup>68</sup>

Por lo demás ello es un principio del derecho privado, inferido del régimen general de responsabilidad chileno consagrado en el artículo 2314 del Código Civil que indica que todo el que ha inferido daño a otro, sin que este esté jurídicamente obligado a soportarlo, es obligado a la indemnización.

Sin embargo, nos parece del todo razonable incluir esta prohibición de competencia en la ley, pues ello constituiría un medio de prevenir<sup>69</sup> el surgimiento de conflicto de intereses, lo cual es del todo aconsejable desde que se supone que el director debe actuar siempre en aras del interés social; el deber de diligencia y de fidelidad así se lo imponen, evitando causar cualquier perjuicio a la sociedad que administran.

Asimismo los administradores incursos en estas conductas desleales, aparte de indemnizar a la sociedad por los perjuicios que causaren, debieran ser destituidos de su cargo a petición de cualquier accionista o por acuerdo de la junta de accionistas, pues evidentemente tras la vulneración del deber de lealtad se pierde la confianza que en el administrador se ha depositado.<sup>70</sup>

Ello es recogido en la LSA española, en el artículo 132.2: “Los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general”. Al respecto, de la primera parte administradores que

<sup>68</sup> Artículo 133 inciso 1º LSA: “La persona que infrinja esta ley, su reglamento o, en su caso, los estatutos sociales o las normas que imparte la Superintendencia ocasionando daño a otro, está obligada a la indemnización de perjuicios (...); Artículo 42 N° 7 LSA: “Los directores no podrán: En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social. Los beneficios percibidos por los infractores a lo dispuesto en los tres últimos números de este artículo pertenecerán a la sociedad, la que además deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio”.

<sup>69</sup> La ley debe tener también una función orientadora, de manera tal que los administradores sigan con mayor exactitud los deberes de cuidado y fidelidad impuestos, Cfr. Fleischer, H. “La “business judgment rule” a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho”, en *Revista de Derecho Mercantil* N° 246, 2002, pp. 1729 y 1730.

<sup>70</sup> Cabe señalar, que nos llama la atención que la LSA chilena no incluya referencia a la denominada “separación de los administradores”, tras estar involucrados en procesos judiciales que persiguen su responsabilidad, lo que nos parece de toda lógica sea así, por la pérdida de confianza consecuente; sin embargo, el estudio de esta manera lo dejamos para una futura investigación que se centre en la responsabilidad de los directores y su destitución.

también lo son de una sociedad competitora, vislumbra el siguiente problema: qué ocurre si la reclamación contra la administración Gay de Montellá, dual, se formulare a la vez en el seno de las dos sociedades... El autor sostiene que el administrador impugnado debiera ser quien debe decidir cuál de los dos cargos prefiere conservar, siempre que a ello aceda la Junta General.<sup>71</sup> Respecto a la parte segunda, administradores con intereses opuestos, comentaristas españoles sostienen que esta contraposición, a efectos de solicitar la destitución, por cierto, "no ha de ser ocasional o con relación a un determinado acto, sino debe tener carácter permanente o estable".<sup>72</sup>

Por su parte, la ley española que regula las sociedades de responsabilidad limitada sigue el mismo tratamiento: cualquier socio podrá solicitar del juez de primera instancia del domicilio social el cese del socio que ha vulnerado la prohibición (artículo 65), pero ello es sin perjuicio del ejercicio de la acción de responsabilidad que, en su caso, proceda.<sup>73</sup>

#### CONCLUSIONES

1. Es necesaria una regulación sistematizada de los deberes de los administradores de sociedades anónimas en la LSA, que facilite la labor del intérprete, que sea más ordenada y detallada, y que incluya el deber de no competir con la sociedad que se administra, con el fin de reforzar el deber de lealtad que se les impone, y salvaguardar los intereses de la sociedad de frente a los propios intereses de los directores, y en último término consagrar positivamente el respeto a la buena fe y usos mercantiles universalmente aceptados en el ámbito de las relaciones de los empresarios. Es preferible que las concreciones del deber de fidelidad estén claramente establecidas y redactadas en términos imperativos, a fin de transparentar la actividad de administración de los directores de las sociedades anónimas, y de privilegiar la protección del interés social.

2. Ha quedado de manifiesto que la prohibición de concurrencia con la sociedad administrada en el mercado es una de las tantas concreciones del deber de lealtad, y uno de los supuestos que cabe en el concepto de conflicto de intereses sociedad-administrador, figura que no es recogida actualmente en nuestra LSA.

Por garantizar el respeto a los intereses sociales, el deber de lealtad y el principio general de la buena fe, de *lege ferenda*, sería adecuado prohibir que los directores de sociedades anónimas puedan competir –directa o indirectamente– con la sociedad administrada, explotando el mismo, análogo o complementario objeto social al que se dedica la sociedad que administran, pues ello incidiría en una disminución de los conflictos de intereses de aprovechamiento de oportunidades de negocio de la sociedad, y

<sup>71</sup> Gay de Montellá (1962), pp. 374 y 375.

<sup>72</sup> AAVV (1999), apartado 804.

<sup>73</sup> Vid. *Idem*, apartados 1965 y 1966.

de contrataciones con la misma, acercándose, de esta forma, mayormente la normativa a los postulados de transparencia del gobierno corporativo.

Se ha visto que el resto de las sociedades mercantiles (colectivas, de responsabilidad limitada y en comandita) prohíben a sus administradores-socios competir con la sociedad, no habiéndose encontrado razones que justifiquen que esta prohibición no pueda extenderse a las sociedades anónimas, más aún, en Chile, donde gran parte de las veces los directores son accionistas mayoritarios de la sociedad anónima, y por tanto comparten la característica de ser socio-administrador.

3. Si bien el que no esté consagrada la prohibición de competir con la sociedad que administran a los directores de sociedades anónimas, no es óbice para perseguir la responsabilidad de estos por los perjuicios que causen a la sociedad en virtud de tales actuaciones; por el régimen general de responsabilidad existente, el sistema es represivo y sancionatorio de un daño ya producido por estas conductas, siendo necesaria una herramienta eficaz que prevenga la producción de estos actos que pueden ocasionar perjuicios al interés social. En efecto, la regulación de responsabilidad de los directores adquiere importancia no sólo por su efectividad en cuanto a la reparación del daño ocasionado a la sociedad, sino también por su labor preventiva; siguiendo esta lógica, una ley rigurosa que prohíba la competencia del director con la sociedad que administra transparentará la labor de administración de éste, y al evitar conflictos de intereses director-sociedad se estará privilegiando de suyo el interés de la sociedad, y por ende se garantizará de mejor forma el deber de lealtad exigido para el buen gobierno de la sociedad.

4. Ante el vacío legal existente, se recomienda que los accionistas a través de un pacto expreso de no competencia incluyan esta prohibición para los directores que administran la sociedad anónima, para impedir que directamente o a través de terceros compitan con la sociedad, durante el ejercicio de su cargo, e incluso luego de haber cesado en él, determinando su tiempo de duración, lugar y objetos comerciales que se incluyen, de manera tal de cuidar los intereses de la sociedad de frente a los intereses directos o indirectos que sus administradores pudieran tener en relación con el género de actividad que desarrolla la sociedad.<sup>74</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- AAVV (1999), *Sociedades mercantiles 2000-2001: Memento práctico Francis Lefebvre* (Madrid, Ediciones Francis Lefebvre) 1422 pp.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS (2002), *La prohibición de autocontratación de los administradores de sociedades anónimas y limitadas* [en línea]: Documentos de Trabajo del Área de Derecho Mercantil, Universidad Autónoma de Madrid, 29 pp [fecha de consulta: 02 octubre 2006]. Disponible en: <<http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/jaar%20-%20autocontratacion.pdf>>

<sup>74</sup> Cfr. AAVV (1999), apartado 804, señala que nada parece oponerse a este tipo de cláusulas en los estatutos sociales; en el mismo sentido vid. Garrigues (1987), pp. 232 y 233; Henn (1970), p. 461.

- CAREY B., GUILLERMO (1993), *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores* (Santiago, Editorial Universitaria, 2<sup>a</sup> edición), 242 pp.
- DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS (1995), *Las sociedades de responsabilidad limitada* (Madrid, Editorial Montecorvo), 335 pp.
- (2004), *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital* (Navarra, Editorial Aranzadi), 383 pp.
- EYZAGUIRRE, CRISTIÁN (2005), "Directores de Sociedades Anónimas. Conflicto de intereses", *Revista del Abogado* N° 34 julio 2005, pp. 20-22.
- FERREIRO YAZIGI, ALEJANDRO (2005), "El conflicto de interés entre el secreto profesional del abogado y el rol de director de empresas", Colegio de Abogados de Chile, *Seminario El rol de los abogados y los conflictos de interés en los directorios de las Sociedades Anónimas* (Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G.), pp. 15-22.
- FLEISCHER, HOLGER (2002), "La "business judgment rule" a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho", *Revista de Derecho Mercantil* N° 246, pp. 1727-1753.
- GARRIGUES, JOAQUÍN (1987), *Curso de Derecho Mercantil* (Bogotá, Ed. Temis, 7<sup>a</sup> edición) tomo I.
- GAY DE MONTELLÁ, R. (1962), *Tratado de Sociedades Anónimas. Estudio y comentarios a la Ley de 17 de julio de 1951, Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de Registros* (Barcelona, Bosch, 3<sup>a</sup> edición), 748 pp.
- HENN, Harry G. (1970), *Handbook of the law of corporations and other business enterprises* (Minnesota, West Publishing, 2<sup>a</sup> edición), 956 pp.
- ILLANES RÍOS, CLAUDIO (1998), *La responsabilidad civil de los directores y gerentes de Sociedades Anónimas y empresas bancarias* (Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G.) 27 pp.
- ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL (1992), "Derecho de la competencia: La competencia leal", JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (coordinador), *Derecho Mercantil* (Barcelona, Ed. Ariel, 2<sup>a</sup> edición), pp. 551-560.
- KÜBLER, FRIEDRICH (2001), *Derecho de Sociedades* (Traducc. Michèle KLEIN, Madrid, Fundación Cultural del Notariado), 773 pp.
- PELLEGRINI MUNITA, CRISTÓBAL (2001), *Conflictos de interés de accionistas que tienen la calidad de directores controladores de una sociedad anónima abierta* (Santiago, Tesis de grado Pontificia Universidad Católica de Chile), 65 pp.
- PFEFFER URQUIAGA, FRANCISCO (2000), "Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 3, pp. 485-499.
- (2005), "El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de intereses y la potestad punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el contexto del denominado "caso Chispas"", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 N° 3, pp. 501-537.
- PRADO PUGA, ARTURO (2005), "El rol de los abogados y los conflictos de interés en los directorios de las Sociedades Anónimas", Colegio de Abogados de Chile, *Seminario El rol de los abogados y los conflictos de interés en los directorios de las Sociedades Anónimas* (Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G.), pp. 5-12.
- PUELMA ACCORSI, ÁLVARO (1996), *Sociedades* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomos I y II.
- RODRÍGUEZ PINTO, MARÍA SARA (2005), *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho privado español* (Madrid, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris), 430 pp.
- RUIZ-RICO RUIZ, CATALINA (2002), "Aspectos problemáticos de la regulación sobre conflicto de intereses en las entidades de responsabilidad limitada: Deficiencias jurídicas del artículo 52 LSRL", *Revista de Derecho Mercantil* N° 243, pp. 201-249.

- 
- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO (2000), *Instituciones de Derecho Mercantil* (Madrid, M<sup>c</sup> Graw Hill, 23<sup>a</sup> edición), vol. I.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN (2006), *Los consejeros independientes* [en línea]: Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense, 102 pp [fecha de consulta: 28 septiembre 2006]. Disponible en: <<http://www.ucm.es/eprints/5495/01/Consejeros%5FindependientesJSC-E-prints1.pdf>>
- URÍA, RODRIGO (1969), *Derecho Mercantil* (Madrid, sin editorial, 7<sup>a</sup> edición), 1057 pp.
- VALDÉS ROJAS, JUAN SEBASTIÁN (2003), *Aspectos de la competencia prohibida en sus ámbitos contractual “competencia ilícita y competencia desleal”* (Santiago, tesis de grado Pontificia Universidad Católica de Chile), 120 pp.
- VICENT CHULIÁ, FRANCISCO (2004), *Introducción al Derecho Mercantil* (Valencia, Tirant lo Blanch, 17<sup>a</sup> edición), 1086 pp.
- ZEGERS RUIZ-TAGLE, MATÍAS y ARTEAGA ECHEVERRÍA, IGNACIO: “Interés social, deber de lealtad y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N° 2, pp. 239-268.