



UNIVERSIDAD
Finis Terrae
VINCE IN BONO MALUM

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y GERENTES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

PAULINA DEL PILAR GARCÍA ZAMORANO

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Andrés Méndez Cañón

Santiago, Chile

2015

Agradecimientos

Agradezco a Dios por la oportunidad de vivir y elegir tan linda carrera para desenvolverme profesionalmente. A mis padres por apostar y confiar incondicionalmente en mis capacidades. Diego... sin tu apoyo constante y amor esto no hubiese sido lo mismo. A todos mis amigos que me acogieron como una gran familia, y a mis tíos y primos que me regalaron mucho amor para sentirme como en casa.

Espero no defraudarlos.

Índice

INTRODUCCIÓN	1
Formulación del Problema	4
Objetivos	4
Objetivos Generales:	4
Objetivos específicos:	4
Metodología del Trabajo	5
Antecedentes de la Investigación	6
CAPÍTULO PRIMERO.....	12
GENERALIDADES.....	12
Origen de las Sociedades Anónimas	12
Sociedades Anónimas en Chile	13
Definición de Sociedades Anónimas.....	15
Clasificación de la Sociedades	17
CAPÍTULO SEGUNDO	18
DE LA ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.....	18
Organización de las Sociedades Anónimas	18
Requisitos para ser director e inhabilidades.....	20
Facultades y atribuciones del directorio	22
Deberes y Obligaciones de los Directores	23
El deber de diligencia o cuidado	23
El Deber de Lealtad	24
Designación y Funcionamiento del Directorio	25
Fiscalización de la Administración	25
Gerentes de las Sociedades Anónimas	26

CAPITULO TERCERO	29
DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y GERENTES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS	29
Responsabilidad Civil	30
Responsabilidad Solidaria	36
Presunciones de culpabilidad	37
Responsabilidad Penal	38
Responsabilidad Administrativa	39
Eximentes de Responsabilidad de los Directores y Gerentes de Sociedades Anónimas	41
CAPÍTULO CUARTO	42
ANÁLISIS LEGISLATIVO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y GERENTES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS	42
Responsabilidad de los Directores de acuerdo a la Ley 18.046 Sobre Sociedades Anónimas	43
Responsabilidad de los Directores de acuerdo Decreto 702 del año 2011: Reglamento De Sociedades Anónimas.....	49
Responsabilidad de los Directores de acuerdo Ley 18.045 De Mercado De Valores ...	52
Responsabilidad de los Directores de acuerdo según Ley 20.393 Sobre Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas	55
Responsabilidad de los Directores de acuerdo Decreto Ley 3.835, Ley Orgánica de la Superintendencia De Valores y Seguros	57
Ley 20.282: sobre Gobiernos Corporativos.....	58
CAPÍTULO V.....	61
DERECHO COMPARADO	61
Argentina	61
México	63
España	64
Estados Unidos	65

CONCLUSIÓN.....	66
BIBLIOGRAFÍA	72

INTRODUCCIÓN

Es un hecho en nuestros tiempos cada vez son más las personas que deciden independizarse, emprender, crear sus propios negocios. En la mayoría de los casos, lo primero que se aconseja es crear una sociedad, para que así el negocio tenga vida propia, y sea independiente de las personas que la componen.

En Chile cada vez son más las personas que se asocian, no sólo para que adquiera personalidad jurídica, sino que por los demás beneficios que la creación de una conlleva, a modo de ejemplo: dar seriedad al negocio, desde un punto tributario, en cuanto a la persecución de responsabilidad, entre otros.

Nuestro Código Civil ya en el año 1855 daba luces de estas asociaciones, viniendo nuestro país varios años más tarde a regular con mayor precisión esta figura. Dada a la importancia de esta asociación de personas que deciden emprender con un negocio, se dio vida en el año 1981 una ley especial sobre Sociedades Anónimas, número 18.046 donde en su artículo primero se encarga de dar una definición específica de este tipo de sociedades señalando que *“La Sociedad Anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables, solo por sus respectivos aportes y **administrada por un directorio** integrado por miembros esencialmente revocables”*

Tal como lo señala el artículo citado, las sociedades anónimas son administradas por un directorio, integradas por personas que cumplan con los requisitos que señala la ley para poder ser parte de este órgano administrador. Ser director de este tipo de sociedades suena atractivo y en muchos casos hace que las personas “merecedoras” de este puesto se sientan importantes, pero

lamentablemente la ambición, falta de información y responsabilidad les puede jugar una mala pasada.

¿Cuál es el problema? El problema es que las sociedades en muchos casos comenzaron a ser el vehículo para cometer delitos, irregularidades y así ser de alguna manera, inimputable, por no ser una persona que pueda ser objeto de penas corporales. Determinar la responsabilidad de quienes hubieren cometido el delito detrás de una sociedad anónima es una tarea difícil. Es por eso que la ley frente a este tipo de escenarios hace responsables solidariamente a los directores de las sociedades anónimas, de manera de poder perseguir a cualquiera de ellos y subsanar el daño causado, pero ¿será justo que deba pagar un directorio que no se entero de lo cometido por la sociedad a través de otro integrante del directorio o los accionistas?

El problema es que mucho de los llamados directores de las sociedades anónimas nunca se enteran de las decisiones que se adoptan porque confían plenamente en el resto de los integrantes y autorizan a ojos cerrados, firmando cualquier documento que se le presente, a veces de buena fe, pero otras de manera totalmente negligente porque simplemente no les interesa y sólo esperan su remuneración. Lo anterior es un grave problema que se vive actualmente en nuestro país, debido a que es el directorio quienes representan a la voluntad de la sociedad, en la que se supone están todos de tener conformidad con las decisiones y acuerdos que se adopten, y en caso de contrario, deberán ceñirse a lo establece la ley, ¿Se cumplirá en su totalidad con lo prescrito en la ley? ¿Los directores de las sociedades anónimas se informaran cautelosamente de lo que pasa diariamente dentro de la sociedad para posteriormente autorizar o no lo solicitado por los demás integrantes del órgano que forman parte?

La Ley de Sociedades Anónimas número 18.046 en su artículo primero se encarga de señalar que las sociedades anónimas serán **administradas por un Directorio**, es decir por un órgano colegiado, esencialmente revocable, cuya labor es la administración y representación de la sociedad. En nuestro país cada vez es más fácil crear una sociedad, basta con buscar un par de amigos o conocidos que querían asociarse, ponerse de acuerdo con el capital, y cumplir con los demás requisitos formales legales que exige la ley, que en el caso de las sociedades anónimas establecer la organización y modalidades de la administración social, que tal como lo señalamos estará a cargo de un directorio, por tanto quien quiera crear este tipo de sociedad, busca a quien nombrar director de su nuevo emprendimiento, y hoy incluso con un click del mouse del computador ya tienes vida jurídica, pero sabrá este llamado director de una sociedad anónima ¿cuál es la importancia que conlleva aceptar el cargo que se le está ofreciendo? ¿cuál es realmente la labor que este desarrolla?

La verdad es que hasta hace como 10 años atrás la labor de un director de una sociedad anónima, podríamos decir que era más bien pasiva. Muchos elegían estos cargos debido a que se veía como un premio a la trayectoria política o empresarial que éstos tenían y como ya habían llegado a la cúspide de su carrera, pues sonaba atractivo y los hacía sentir importante tener un cargo así, pero claramente no sabían donde se estaban metiendo. Eran de utilidad para la empresa ya que uno no elegía a "cualquiera", uno aprovechaba que fuesen personas connotadas dentro del rubro, que tuviese buenos contactos, etc. Antiguamente, bastaba con darse una vuelta por la empresa, ver los negocios, y opinar de acuerdo a su experiencia. No se interesaban en absoluto con lo que pasaba en los negocios de la empresa, firmaban, autorizaban y decidían sin informarse de lo que realmente pasaba en la empresa, pues bastaba la firma para seguir adelante, y no se percataban del error cometido hasta que se empezaba aplicar la ley y la responsabilidad contra estos.

Hoy, podemos ver que la actitud que tenían estos señores de un cargo que no sólo suena tan importante, sino que lo es, fue un gran error y altamente irresponsable.

Varios han sido los casos que han salido a la luz pública, hemos visto cómo las empresas grandes han tomado pésimas decisiones que afectan no sólo a los socios, sino que a los accionistas e incluso terceros, basta recordar el reciente y mediático Caso La Polar, para poder entender la trascendencia e importancia del rol de los directores de una sociedad anónima para haber podido evitar la magnitud de daños que ocasionaron por no hacer uso de su cargo con la diligencia que correspondía.

Formulación del Problema

En atención a las diversas leyes que dicen relación con las sociedades anónimas en nuestro país y a la falta de conocimiento de parte de quienes la constituyen y administran: ¿Cuáles son las normas jurídicas que extienden responsabilidad a los directores y gerentes de las sociedades anónimas en Chile?

Objetivos

Objetivos Generales:

- Analizar y detectar las normas jurídicas que extienden responsabilidad a los actos u omisiones por culpa o dolo de los directores y gerentes de sociedades anónimas en Chile.

Objetivos específicos:

- Responsabilidad de los administradores ante la sociedad y ante terceros.
- Analizar cómo y ante quién responden.

- Reconocer las facultades que las leyes le otorgan a los directores y gerentes en el desempeño de su cargo
- Señalar los deberes de de los directores y gerentes que la leyes le otorgan en el desempeño de sus funciones.
- Detectar casos relevantes en nuestro país y relacionar con el tema en cuestión.
- Comparar lo que ocurre en esta materia respecto a países como: México, Argentina, España y Estados Unidos.

Metodología del Trabajo

Teniendo como objetivo analizar la responsabilidad de los directores y gerentes de las sociedades anónimas en Chile según la variada legislación existente entre los años 2000 al año 2012, el presente trabajo se desarrollará mediante una metodología de investigación documental bibliográfica, la que nos permitirá recopilar la información necesaria para determinar el alcance de las normas, las teorías existentes respecto de la responsabilidad de los administradores de este tipo de sociedad, permitiéndonos organizar y ordenar la materia objeto de este estudio. Lo anterior complementado con una investigación descriptiva que nos permita dar respuesta a las interrogantes señaladas en la formulación del problema.

Este análisis se realizará basado en fuentes que nos permitan lograr detectar, organizar y determinar casos ante los cuales estos administradores de las sociedades anónimas deban responder, ya sea civil, penal o administrativamente. Es por eso que emplearemos fuentes directas inmediatas de formas, es decir, en el estudio de las variadas leyes que tratan de alguna manera la responsabilidad de los directores y gerentes de sociedades anónimas, y aquellas que hacen extensiva la responsabilidad a estos.

En consecuencia de lo anteriormente señalado, el método aplicable a este estudio será el método exegético consistente en el estudio y análisis de las disposiciones legales que, en este caso rigen la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas, que a su vez se hace extensiva a los gerentes de las mismas, por orden expresa de la ley. Lo que nos permitirá ordenar y aclarar ante qué situaciones se hace aplicable la responsabilidad a éstos, ya que existen diversas normas que la plantean, siendo poco práctico al momento de aplicar las normas frente a casos en que sea efectiva la responsabilidad de estos sujetos del derecho. A su vez, al finalizar nuestro análisis, se complementará con un análisis o metodología comparativa con otras legislaciones, para lograr tener una visión más amplia del tema, detectar diferencias y similitudes entre las legislaciones estudiadas.

Antecedentes de la Investigación

Desde el año 2000 en adelante nuestra legislación relativa a las sociedades anónimas, sea directa o indirectamente, ha sufrido diversas modificaciones, especialmente en lo referente a las responsabilidades que recaen sobre los directores encargados de la administración de las empresas que tienen a cargo. Cada vez, se ha ido delimitando legalmente las atribuciones y alcances del ejercicio de su cargo, estableciendo con el paso de los años fuertes sanciones a los actos que éstos realicen sean por culpa o dolo, que cause perjuicio a la sociedad, accionistas, y en menor medida a terceros.

Con la introducción de la Ley número 19.705, que regula la oferta pública de adquisición de acciones (OPAS) y que además establece el régimen de gobiernos

corporativos, encargados de dar las directrices y lineamientos generales y específicos por los cuales se va a guiar la administración de la empresa, teniendo que aplicar, dicha administración, los lineamientos en el día a día dentro de la empresa, también surgieron diversas modificaciones a la Ley de Sociedades Anónimas (18.046) y a la Ley de Mercado de Valores (18.045). Teniendo como objetivos importantes la creación de esta Ley, lo siguiente: Buscó perfeccionar el régimen jurídico de administración de las sociedades anónimas abiertas, mediante la figura de Gobiernos Corporativos, refuerza fiscalización del órgano administrador e hicieron más expedita la gestión de administración, ya sea estableciendo plazos para firmar las acta de las sesiones del directorio, permitiéndole contratar asesores especializados, permitiendo que las sesiones del mismo puedan hacerse a distancia; se otorga autorización para representar legalmente a cualquier director para demandar perjuicios en nombre de la sociedad, entre otros. En cuanto a la Ley de Mercados de Valores, esta Ley de Opas, vino a mejorar y perfeccionar la regulación de sobre tomas de control de las sociedades anónimas que hacer oferta pública de sus acciones, establece un sistema orgánico y armónico que soluciones las inequidades del mercado, tipifica conductas ilícitas no tipificadas anteriormente, además regula y perfeccionas conductas relacionadas con la información privilegiada, entre otras.

Posteriormente, en el año 2009 se discute en el Congreso la figura creada por la Ley anteriormente comentada, por lo que se perfecciona a través de la promulgación de la conocida Ley de Gobiernos Corporativos (20.382), entrando en vigencia en enero del 2010. Dentro de sus puntos discutidos encontramos que esta norma buscó fortalecer los directorios de las empresas, esto es, con la designación de a lo menos un director independiente, que no tenga vinculación con la empresa en la cual participa. Además, se fortalece el Comité de Directores compuesto por una mayoría de directores independientes, esto con el fin de transparentar los

actos de los directores de las sociedades y proteger los intereses de los accionistas, especialmente de los minoritarios.

Por su parte, en el año 2010 también entra en vigencia una normativa de gran importancia para nuestro país, ya que fue clave para el ingreso de nuestro país a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Ley 20.393 sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, que busca establecer medidas sancionatorias más fuertes de las existentes, como consecuencia de la comisión de sólo ciertos delitos. Normativa que ha sido un poco criticada, ya que si bien es un gran avance respecto a esta materia, pues en varias ocasiones se han utilizado las empresas como vehículo para la comisión de delitos, siendo impunes los responsables, esta ley le faltó más precisión, claridad, y amplitud en los delitos sancionados, ya que cumpliendo no serán sancionados y quedarán impunes.

Existen memorias en diversas universidades que se relacionan de igual forma con el tema en desarrollo, dentro de las más relevantes y recientes, encontramos la de Antonio Vilches Nuñez (“Responsabilidad de los integrantes de los órganos de la administración de las sociedades anónimas”, Universidad Finis Terrae, año 2000) y la de María José Zapata Bernal (Responsabilidad de los directores de las Sociedades Anónimas abiertas, en cuanto al conflicto de interés y el uso de la información privilegiada en el caso Enersis”, de la Universidad de Talca, año 2004). En ambas tesis se desarrolla capítulos correspondientes al análisis de esta memoria, pero limitada solo hasta la última modificación legislativa hecha hasta ese entonces, es decir a la ley de OPAS.

De igual forma encontramos diversas publicaciones en revistas electrónicas, dentro de las cuales podemos destacar las del profesor Francisco Pfeffer Urquiaga (“Nuevos Deberes Informativos y Precisiones en Torno al Concepto de Información en el Contexto de la Ley que perfecciona el Gobierno Corporativo en Empresas Privadas”, Revista de Actualidad jurídica nº22, de la Universidad del Desarrollo, año 2010). Por otro lado, el informe de la Dirección de Estudio, análisis y evaluación de la Corte Suprema (“Algunos Comentarios sobre la Ley 20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas” año 2010), entre otras. También destacamos el aporte de las discusiones legislativas que surgieron a partir de la creación y modificación de las leyes mencionadas anteriormente, es el caso de la Historia de la Ley 20.393 sobre las Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y de la Ley 20.382 que introduce Perfeccionamiento a la Normativa que Regula los Gobiernos Corporativos de las Empresas.

Hoy, con la rapidez del flujo de la información y el fácil acceso a ésta, nuestra sociedad esta más interesada en lo que ocurre en nuestro país. Últimamente importantes casos de irregularidades respecto al funcionamiento de ciertas sociedades anónimas han salido a luz pública, transformándose en un tema de interés para varios, ya que no solo han sido perjudicados las mismas sociedades o accionistas, sino que repercute en terceros que no tienen que relación directa con la toma de decisiones de las empresas, pero que se ven afectados, basta recordar el reciente y polémico caso La Polar (2011) y el actual caso de Enersis (2012), respecto de los cuales ha costado determinar las responsabilidades que proceden y no solo eso, sino que también respecto de quién, cómo y hasta qué punto responden.

Ante las diversas legislaciones existentes y normas jurídicas que regulan la responsabilidad en esta materia y la extensión de la misma en varias ocasiones a

los administradores de las sociedades, ya sea por una u otra ley, es que pretendemos hacer un análisis de ¿cuál es la responsabilidad que tienen los directores y gerentes de las sociedades anónimas? A partir de esta pregunta surgen diversos estudios respecto de las obligaciones y deberes que conlleva ser director de una sociedad anónima.

Por un lado, obligaciones que establece expresamente la Ley de Sociedades Anónimas, donde se distinguen algunas básicas en función de su cargo y otras obligaciones de *no hacer*, que se desprenden del artículo 42.

En lo relativo a los deberes, se distinguen en doctrina aquellos que principios que son de carácter general y que están intrínsecos en su labor de director, conocidos como *deberes fiduciarios*¹ y que desprenden tanto de la Ley señalada anteriormente como la de Mercados y Valores.

Por su parte, también encontramos la distinción de responsabilidades que la misma Ley menciona, y se desprende de artículo 133 en donde se señala que por las personas jurídicas responderán civil, penal o administrativamente sus administradores o representante legales, es decir los directores o gerentes, según sea el caso, salvo que conste que no tuvo participación o su oposición al hecho que dio lugar a la infracción, pero ¿podrá un director siempre tener la instancia de poder hacer constar su falta de participación u oposición a la decisión constitutiva de delito o infracción?

¹ Zapata Bernal, María José. Responsabilidad de los Directores de las Sociedades Anónimas Abiertas, en Cuanto al Conflicto de Interés y el Uso de la Información Privilegiada en el Caso Enersis. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Talca, Chile. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2004. Pág. 9

Además, es de importancia la responsabilidad penal que recaería sobre las personas jurídicas de la Ley N° 20.393 publicada en año 2010 donde por determinados delitos se haría responsable la empresa, dejando con poca claridad en relación las penas que proceden y además dejando abierta la posibilidad de dejar impunes delitos que no se encuentran tipificados por esta ley, ya que ésta solo trata los delitos de cohecho a funcionario público extranjero, lavado de activos y financiamiento al terrorismo, ¿Qué pasa con el resto?. Deja entrever esta normativa que esta lo que se busca son *medidas de seguridad*².

Estas son unas de las principales perspectivas que se pueden extraer acerca de cómo llevar a cabo el estudio de la responsabilidad personal de los directores y gerentes de las sociedades anónimas. A partir de la cuales haremos un estudio profundo para poder reconocerlas, ya que el peso de la responsabilidad que recae sobre los administradores o representantes legales de las empresas es grande, pero se ha hecho cada vez más compleja su aplicación. Es por eso que en el marco de esta investigación, nos dedicaremos a analizarlas y ordenarlas de tal manera que sea de utilidad práctica para quienes deseen estudiarlas y aplicarlas, basándonos especialmente en la legislación existente, esto es: Sociedades Anónimas, Mercados y Valores, Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y aquella que vino a perfeccionar la normativa que regula los Gobiernos Corporativos.

A continuación en el presente trabajo se analizará a grosso modo la responsabilidad que corresponde a los directores de las sociedades anónimas,

² Diputado Pedro Araya. Historia de la ley 20.393 sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Discusión en Sala. Biblioteca del Congreso Nacional. 2009. Página 138

partiendo del estudio de los tipos de responsabilidades, para luego determinar qué tipo de responsabilidad cabe en la materia en estudio. Finalizaremos con un estudio de derecho comparado para dar a conocer y comparar lo que ocurre con otros países.

CAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES

En este capítulo se pretende dar una visión general de qué es lo que se entiende por sociedades anónimas en general, por ley y su clasificación. Con esto, a modo de introducción, nos permitirá estructurar de manera ordenada el presente trabajo.

Origen de las Sociedades Anónimas

Las sociedades tienen su origen en tiempos anteriores al Derecho Romano. Nos referimos a los orígenes de este periodo, ya que fueron los romanos quienes recopilaron y codificaron sus leyes

La mayoría de los autores establecen la Edad Media como inicio de la creación de éstas, teniendo como primeras manifestaciones los negocios bancarios³. Nacieron en Europa durante el siglo XVII de la necesidad de agrupar a personas que desarrollaban actividades económicas complementarias, mediante un contrato, con el fin de mejorar sus negocios.

³ Sergio Espinoza Castillo, Monografías, Sociedades Anónimas, 1983

En sus inicios las sociedades se encontraban bajo la tutela del Estado, quien estaba a cargo de su control desde el nacimiento hasta el término de su liquidación. Posteriormente, en el siglo XIX, el rol mencionado del Estado se ve disminuido, pasando a manos de las Asambleas o Juntas de los socios, órgano a cargo de administrar la empresa por acuerdo de la mayoría⁴. Volviendo a intervenir el Estado pero de manera menos sobresaliente en el control de las sociedades en el siglo XX.

En los tiempos actuales esta figura ha ido evolucionando y la gran diferencia de las sociedades que existían en el derecho romano, por ejemplo, es que hoy les otorga y reconoce **personalidad jurídica**, lo que le permite ser una persona distinta de los socios que la componen.

Sociedades Anónimas en Chile

En el año 1855 en el proyecto del Código Civil se define las sociedades anónimas, no existiendo, sino hasta 10 años más tarde una compilación de leyes que regulara y reglamentara esta figura, dando lugar al Código de Comercio. Código basado en los principios de libertad contractual que se arrastra de los modelos europeos, con la salvedad, de que para la existencia de este tipo de sociedad se requería de un Decreto Supremo el cual debía ser emanado del Presidente de la República, una vez dado el cumplimiento a las exigencias establecidas por ley.

⁴ Sergio Espinoza Castillo, Monografías, Sociedades Anónimas, 1983

Una de las reformas más importantes que suscito en el Siglo XX en nuestro país fue la publicación del Decreto con Fuerza de Ley 251 del año 1931, el cual vino a modificar el Código de Comercio señalado anteriormente. En cuanto a sus modificaciones se destaca: la creación de la Superintendencia de Compañías de Seguros y Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, siendo un organismo dependiente del Estado a través del Ministerio de Hacienda, hoy un organismo autónomo y especialmente conocido como “Superintendencia de Valores y Seguros” que tiene por objetivo la fiscalización de las sociedades no solo desde un punto de vista legislativo, sino que también con lo relativo a la gestión de las mismas. A su vez, se crean normativas especiales más estrictas, con mayor intervención estatal en este tipo de sociedades.

El 22 de octubre de 1981 se publica la ley 18.046 en el Diario Oficial, ley especial que rige hasta la actualidad y que viene a regular **las Sociedades Anónimas**, sin perjuicio de otras disposiciones especiales referidas a bancos, compañías de seguros, entre otras, además de las normas contenidas en el Código Civil y Código de Comercio y el Reglamento de Sociedades Anónimas. Además, hay que considerar de las recientes leyes como Ley de Mercados y Valores promulgada el año 1985, Ley 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas del año 2009 y la Ley 20.382 sobre Gobiernos Corporativos que viene a modificar la Ley de Sociedades Anónimas y de Mercados y Valores, regulando con mayor rigurosidad lo que respecta a los directores de sociedades anónimas.

En relación con lo señalado anteriormente, una de las grandes reformas hechas en esta materia fue traspasar la responsabilidad del Estado a los propios socios o accionistas de la sociedad, y no a la sociedad propiamente tal, quien se entiende una persona jurídica distinta de los socios que la conforman, recayendo sobre esta responsabilidad solo hasta el monto de sus aportes. Se establecen

normas de orden público en materia de responsabilidad en relación a los directores y gerentes de las sociedades anónimas, para así otorgar una mayor seguridad en caso de ocasionar un perjuicio ya sea a la sociedad misma, sus socios o terceros ajenos a la sociedad.

La Ley de Sociedades Anónimas no es clara, y pareciera que resta importancia la naturaleza de las responsabilidades que afectan a los administradores de las sociedades, entregándole como sanción por verse como un incumplimiento, por regla general, el resarcimiento de perjuicios causado por infringir la ley, reglamento o estatutos sociales, sin distinguir claramente el tipo de responsabilidad que recae sobre estos, siendo el fin de esta memoria hacer un estudio a fondo de las legislaciones relativas a este tipo de sociedades para poder determinar el tipo de responsabilidad, quiénes y cómo responden.

Definición de Sociedades Anónimas

El diccionario de la lengua española define a la sociedad como *“Agrupación natural o pactada de personas, que constituyen unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o algunos de los fines de la vida”*⁵

Por otro lado, el mismo diccionario citado anteriormente, desde un punto de vista comercial señala que la sociedad es una “Agrupación de comerciantes,

⁵ Diccionario de la Lengua Española (DRAE), Definición nº2, versión electrónica de 22ª edición del año 2012.

hombres de negocios o accionistas de alguna compañía”⁶. Sin perjuicio de estas definiciones, nuestro Código Civil, primer cuerpo legal que se refiere a este tipo de sociedades, en su Título XXVIII *DE LA SOCIEDAD* prescribe en su artículo 2061 inciso final que *“es aquella formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables solo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables”*⁷

Por su parte, la Ley especial sobre Sociedades Anónimas número 18.046 en su artículo primero se encarga de dar una definición específica de este tipo de sociedades señalando que *“La Sociedad Anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables, solo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables”*⁸

De esta definición podemos desprender diversas características:

1) Es una persona jurídica, por lo tanto es una entidad jurídica, sujeto de derecho.

Con esto, las sociedades anónimas, tienen nombre, domicilio, nacionalidad, entre otros atributos de la personalidad, ya que es considerada una persona distinta de los socios que la conforman.

2) Se forma por la reunión de un fondo común.

⁶ Diccionario de la Lengua Española (DRAE), Definición nº4, versión electrónica de 22ª edición del año 2012.

⁷ Ministerio de Justicia, Código Civil, DFL 1, artículo Nº 2061, Santiago, 2000

⁸ Ley Nº18.046, sobre Sociedades Anónimas, artículo 1, año 1981

Lo que es reflejado en el patrimonio o capital de la sociedad, debido a los aportes hechos por sus propios socios o accionistas.

3) Según podemos desprender del artículo que estamos analizando, podemos señalar que la responsabilidad de los accionistas se encuentra limitada hasta el monto de sus respectivos aportes.

Con esto podríamos entender que aquellos terceros que contraten con la sociedad no podrán dirigirse contra bienes personales de los socios, ya que como menciona el artículo se limita hasta la cantidad de sus respectivos aportes.

4) El mismo artículo señala que la administración de la sociedad estará a cargo de un Directorio conformado por un miembros esencialmente revocables.

Antiguamente, el Código de Comercio señalaba que era administrada por “mandatarios revocables”. Hoy esto fue modificado, entregándole la administración al órgano social llamado Directorio, cuyos miembros serán esencialmente revocables.

Clasificación de la Sociedades

Nuestro ordenamiento jurídico distingue diversos tipos de sociedades. El Código Civil en su título de XXVIII, señala que la sociedad puede ser civil o comercial, pudiendo estas a su vez ser Sociedades Colectivas, en Comanditas Simples y por Acciones, y en Anónimas, pudiendo ser éstas abiertas o cerradas.

El mismo título del Código Civil señala que las sociedades anónimas serán siempre mercantiles aun cuando se forme para la realización de materias de carácter civil.

Para efectos de esta memoria nos enfocaremos en la Sociedad Anónima, sin dejar de mencionar que el Código de Comercio en su artículo 424 referente a las Sociedades por Acciones, inciso final señala que estas sociedades se regirán supletoriamente y solo respecto de aquellos que no contravenga la naturaleza de las mismas, por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas.

CAPÍTULO SEGUNDO

DE LA ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Una vez introducido el tema a lo que se entiende por sociedades anónimas planteado en el capítulo anterior, es necesario señalar de qué manera se organiza ésta y en quién recae su administración. Así, poco a poco se nos permite llegar a analizar el tema que trata nuestro estudio.

Organización de las Sociedades Anónimas

La administración de una sociedad anónima está a cargo de tres órganos:

- a) El directorio.

- b) Gerentes.
- c) La Junta General de Accionistas.

Para efectos de este estudio nos enfocaremos en los dos primeros órganos de administración.

La Ley de Sociedades Anónimas trata este tema en su Título IV artículo 31, señalando un **sistema de administración obligatorio**, recayendo en manos de un directorio elegido por la junta de accionistas. En el caso de las sociedades anónimas cerradas, la ley exige un mínimo de tres directores, en cambio, para las sociedades anónimas abiertas el número mínimo exigido es de cinco directores. Al estar prescrito por ley la cantidad mínima de directores existentes en un directorio según el tipo de sociedad anónima, los estatutos de la sociedad no podrán establecer una cantidad inferior a la señalada por ley, pero si podrán tener más de 3 o 5 directores, esto debido a que a mayor cuantía de accionistas lo que debe ser administrador por mas personas.

Podríamos definir el Directorio como un *órgano colegiado encargado de la administrar y representar una sociedad anónima*. En cuanto a características sobresalientes del Directorio podemos destacar la temporabilidad y la revocabilidad de sus miembros, esto se depende de la ley que señala que la renovación del directorio será total al final de su periodo, el que no podrá exceder a los tres años, a falta de disposición expresa en sus estatutos se entenderá que la renovación será cada un año. Podrán ser reelegidos indefinidamente en su cargo, y podrán ser remunerados según lo que se establezca en los estatutos. Además serán

solidariamente responsables de los perjuicios que causen a la sociedad por sus actos, ya sea por culpa o dolo, según se desprende del artículo 41 de la Ley.

Por otro lado, los gerentes, si bien la administración de la sociedad anónima recae en el directorio según señala expresamente la Ley, el artículo 49 de la misma, establece la existencia los gerentes, los que será designados por el directorio, fijando sus atribuciones y deberes, pudiendo sustituirlos cuando el directorio lo estime pertinente. Le corresponde además, la representación judicial de la empresa, contando con las facultades entregadas por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 7º; tendrá derecho a voz en las reuniones del directorio, extendiéndosele la responsabilidad que recaiga sobre el directorio por acuerdos perjudiciales para la sociedad, si es no consta su opinión contraria en el acta de la sesión del directorio donde se tomaron las respectivas decisiones.

El artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas hace extensiva la aplicación de diversas normas que tienen relación con los directores en lo que sean compatibles con las responsabilidad propias del cargo o función, es por eso que estudiamos ambos órganos como uno solo.

Requisitos para ser director e inhabilidades

Los requisitos para ser director de una sociedad anónima, no están expresamente establecido en la Ley, pero se puede desprender de su artículo 35, ya que se encarga de señalar quienes no pueden optar al cargo de directores, estableciendo lo siguiente: “No podrán se directores de una sociedad anónimas:

- 1) Los menores de edad.
- 2) Las personas afectadas por la revocación a que se refiere el artículo 77 de esta ley.
- 3) Las personas condenadas por delito que merezca pena aflictiva o de inhabilitación perpetua para desempeñar cargos u oficios públicos, y los fallidos o los administradores o representantes legales de personas de personas fallidas condenadas por delitos de quiebra culpable o fraudulenta y demás establecidos en los artículos 203 y 204 de la Ley de Quiebras.
- 4) Los funcionarios fiscales, semifiscales, de empresas u organismo del Estado y de empresas de administración autónoma en las que el Estado efectúe aporte o tenga representantes en su administración, en relación a las entidades sobre las cuales dichos funcionarios ejercen, directamente y de acuerdo con la ley, funciones de fiscalización o control.

Las personas que adquieran la calidad de funcionarios en los organismos o empresas publicas indicadas, cesaran automáticamente en el cargo de director de una entidad fiscalizada o controlada”⁹

Es bastante clara la ley al señalar en este artículo quienes no podrán ser directores, entendiéndose a contrario sensu, que podrá serlo cualquier persona que no esté dentro de los casos que señala el artículo citado.

Por otro lado, el artículo 36 agrega a los casos mencionados anteriormente, las incompatibilidades del cargo de director, esto es con: Senadores y Diputados;

⁹ Ley N°18.046, sobre Sociedades Anónimas, artículo 35, año 1981

Los ministros y subsecretarios, jefes de servicio y el directivo superior inmediato que deba subrogar a cada uno de ellos, con excepción de los cargos de director de las sociedades anónimas abiertas en las que el Estado, por ley, deba tener representantes en su administración. Además, señala que no podrán ser directores los funcionarios de la Superintendencia de Valores y Seguros y los corredores de bolsa y agentes de valores, salvo en las bolsas de valores.

Facultades y atribuciones del directorio

El artículo 40 de la Ley de Sociedades Anónimas le otorga al directorio la representación judicial y extrajudicialmente y para el cumplimiento del objeto social, para lo que no necesitara de un mandato especial, ya que es la ley la que entrega esta facultad, sin perjuicio de la representación que le corresponde al gerente. Por lo tanto, el directorio tiene todas las facultades de administración y disposición.

Los límites de esta facultad amplia de administración entregada al directorio son las siguientes:

- Las que establezcan los estatutos.
- El giro u objeto de la sociedad.

Las facultades por expresa disposición de la ley en el artículo 40 inciso final, dispone que podrán delegarse las facultades de los directores en los gerentes, subgerentes o abogados de las sociedad, en un director o comisión de directores. Esta delegación se deberá hacer por escritura pública, si el acto sobre el cual recae requiere solemnidad especial, o por el acta del directorio reducido a escritura

pública, debe ser una delegación específica, es decir no es amplia, y solo respecto de facultades, ya que el cargo de director en si, es indelegable.

Deberes y Obligaciones de los Directores

Es relevante considerar y al menos hacer una pequeña referencia a los deberes que según la ley alcanzan a los directores de sociedades anónimas. Si bien no permite precisar de forma concreta las obligaciones y deberes inherentes al director, si no da una aproximación para determinar las prestaciones, comportamiento y/o conductas estándar que deben los directores dentro de la esfera de su administración, y en caso de ser incumplidas y que acarree daños que les sean imputables, deberán resarcir del perjuicio causado.

A continuación solo haremos mención a los deberes más destacados que alcanzan a los directores de una sociedad anónima.

El deber de diligencia o cuidado

En el artículo 41 de la Ley 18.046 se desprende que, los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres ejercen ordinariamente en sus propios negocios, y responderán solidariamente por los perjuicios ocasionados a la sociedad o terceros, no pudiéndose liberarse de responsabilidad, siendo nula toda estipulación relativa a esto.

En la jurisprudencia extranjera¹⁰ se ha definido este deber como “aquel cuidado que una persona razonablemente prudente usaría, en circunstancias similares, en el cuidado de sus propios asuntos.” En nuestro país, esto se asimilaría a la culpa leve que define el Código Civil en su artículo 44.

Se ha podido recoger de algunas sentencias de Tribunales de nuestro país, algunas expectativas básicas, en cuanto al comportamiento que se espera de un director, para que pueda cumplir con este deber de cuidado, tales como: mantenerse informado sobre las actividades de la empresa; asistir a reuniones del directorio; revisar los estados financieros, entre otros.

El Deber de Lealtad

Este deber supone que en aquellos casos en que exista un conflicto de interés entre los directores y la sociedad, el administrador debe anteponer los intereses societarios por sobre los suyos, y además, en no realizar actos contrarios al interés social.

Es menester señalar que la Ley 18.046 también establece ciertas obligaciones que podemos estudiar dentro de esta categoría, en cuanto en su artículo 43 obliga a los directores a **guardar reserva** respecto de los negocios y de la información que tengan acceso por causa de su cargo. Por su parte el artículo 46 alude a la obligación que tienen los directores de **proporcionar información**, ya sea a los accionistas y público, de forma suficientes, fidedigna y oportuna, que la

¹⁰ Teodoro Wigodski, Los Deberes del Director de Empresa y Principales Ejecutivos, Santiago, Pág. 3, 2011

ley o la Superintendencia en su caso señalen relativo a la situación legal, económica y financiera de la sociedad.

Designación y Funcionamiento del Directorio

La designación del directorio puede hacerse en un principio en la escritura social de constitución, el que tendrá carácter provisorio, de no hacer la designación provisorio, se sancionara con nulidad absoluta. Luego, el directorio “definitivo” será elegido en la Junta Ordinaria de Accionistas. Podrá designarse por medio de votación o, si cuentan con el acuerdo unánime de la Asamblea con derecho a voto, podrá designarse por aclamación.

Las reuniones del directorio se constituyen con la mayoría absoluta de los titulares integrantes de este órgano según establezcan los estatutos, y los acuerdos adoptados en estas reuniones, se lograrán con la mayoría absoluta de los directores presentes con derecho a voto.

Fiscalización de la Administración

Son varios los motivos por los cuales requieren ser fiscalizados los actos realizados por la administración, con el fin de evitar o detectar cualquier acto por culpa o dolo en que pueda verse afectado o perjudicado la sociedad, accionistas o terceros, y así hacer presente la responsabilidad que recae sobre quien ha infringido las normas que establece la ley o los deberes que sobre ellos recaen, en este caso sobre los directores. Hoy, existen en nuestro país gran número de sociedades anónimas, lo que hace que sea muy necesario la existencia de entes

fiscalizadores. Como un planteamiento base, podemos considerar que la fiscalización se hará por medio de los accionistas, según podemos desprender del artículo 4 número 6 segunda parte de la ley 18.046, pero la verdad es que nuestra legislación no contempla órganos sociales permanentes que tengan a su cargo la fiscalización de la administración de la sociedad. Sin embargo, señala que en el caso de las sociedades anónimas cerradas se deberán nombrar por la junta ordinaria de accionistas a inspectores de cuentas o bien auditores externos independientes, con el objeto de examinar la contabilidad, inventario, estados financieros, balances, entre otros. Por su parte, en el caso de las sociedades anónimas abiertas, la junta ordinaria de accionistas deberá designar actualmente una empresa de auditoría externa con el mismo objetivo señalado anteriormente.

Hay que agregar que hoy contamos con la existencia de la Superintendencia de valores y seguros, entidad que desde hace varios años ha actuado como un organismo supervisor de las entidades que participan en el mercado de valores de nuestro país, entre ellas, la sociedad anónima.

Gerentes de las Sociedades Anónimas

La Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 49 señala que este tipo de sociedades pueden tener uno o más gerentes, lo que serán designados por el Directorio, que fijará sus atribuciones y deberes, pudiendo sustituirlos a su arbitrio. Según el diccionario de la real academia española se entiende por Gerente toda aquella “persona que lleva la gestión administrativa de una empresa o institución”¹¹

¹¹ Diccionario de la Lengua Española (DRAE), versión electrónica de 22ª edición del año 2012. www.rae.es/drae/?val=gerente

De lo anterior, se puede desprender que el Gerente de la sociedad responde a las normas del mandato que deriva de la contratación, a las que se le aplicarán tanto las normas del Código Civil, Código de Comercio e incluso normas del Código del Trabajo, toda vez que se entenderá que es un trabajador dependiente.

El mismo artículo mencionado anteriormente, prescribe que los Gerentes pueden representar judicial y extrajudicialmente a la sociedad, y el cargo es incompatible con el de presidente, auditor o contador de la sociedad y, en las sociedades anónimas abiertas, con el cargo de director.

Continúa la Ley de Sociedades Anónimas señalando en su artículo 40 que el Directorio podrá delegar parte de sus facultades a los gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o comisión de directores y, solo para objetivos especialmente determinados, en otras personas. El artículo 50, por su parte, prescribe que “A los gerentes, a las personas que hagan sus veces y a los ejecutivos principales, les serán aplicables las disposiciones de esta ley referente a los directores en lo que sean compatibles con las responsabilidades propias del cargo o función, y en especial, las contempladas en los artículos 35, 36, 37, 41, 42, 43, 44, 45 y 46, según sea el caso”. Lo anterior es relevante, toda vez que según veremos en el estudio de estas normas en el Capítulo IV, le son aplicables las normas que dicen relación a los deberes a que están subordinados los Directores de las sociedades anónimas, es decir, al deber de cuidado, lealtad y de información, entre otras obligaciones.

Cabe señalar y analizar, que según señalamos anteriormente, existe una relación contractual respecto del Gerente donde se señalan sus atribuciones por lo que deberán actuar dentro de las que estén debidamente descritas y contenidas en

el contrato, pero ¿Qué pasa si es un Director el que le pide realizar una conducta dolosa o culpable que cause perjuicio a las sociedad, accionistas o terceros? ¿Tiene responsabilidad el Gerente por ese acto, pese haber realizado una conducta que le ha sido ordenada?

En un principio, entendiéndose que existe una figura de mandato entre ambos, donde el Directorio fija sus deberes y atribuciones, debiendo el Gerente ejecutar la voluntad del Directorio (mandante), siempre que actúe dentro del margen de atribuciones que se le ha entregado, podríamos creer que el Gerente (mandatario) se liberaría de responsabilidad, toda vez que ejecuta la voluntad del órgano de la sociedad. Sin embargo, al ser aplicables los deberes fiduciarios señalados anteriormente deben los Gerentes informarse de lo que pasa en la sociedad al igual que los Directores, actuar con la debida diligencia y cuidado y lealtad a la sociedad, por lo que también podría perseguirse su responsabilidad, pues no basta con ejecutar lo ordenado por el Directorio, sino que deberá realizarlo dentro los márgenes de atribuciones y conforme a la ley.

Algunos tienden a no diferenciar las funciones entre la Gerencia y el Directorio, sin embargo diferencias entre ambos existe, entendiéndose por el primero por la “administración ejecutiva, que implica un seguimiento diario y constante de los negocios de la sociedad, mientras que el segundo es un órgano esencialmente político en la cual reside la dirección general de la sociedad.”¹²

¹² La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas, Responsabilidad Civil y Penal Administrativa, Enrique Alcalde Rodríguez. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013. Pág.144.

CAPITULO TERCERO

DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y GERENTES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

En el presente capítulo abordaremos la responsabilidad en general, es decir desde sus diversos puntos de vista. Esto nos permitirá poder distinguir cuál en la responsabilidad que recae sobre los directores respecto determinadas conductas. Hay que tener presente que el cargo de director o gerente de una Sociedad Anónima conlleva una serie de posibles riesgos que podrían generar un daño, y a consecuencia de ello responsabilidad por quienes lo comenten o bien, sin querer causarlo, por razón de sus obligaciones deben responder frente a quienes se vean afectados.

La palabra responsabilidad proviene de latín *responsum*, que deriva de *respondere*, la cual es posible dividirlo en dos: el prefijo *re* (que significa reiteración) y el verbo *spondere* (*prometer, ofrecer*). De esta raíz etimológica del latín es que proviene la palabra responsabilidad, que es una forma latina del verbo responder y se conoce como la habilidad de responder. La Real Academia Española lo define como “*Deuda, obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal*” o “*Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado*”¹³

En nuestra legislación y doctrina encontramos diversos tipos de responsabilidad, según el acto u omisión cometida y por la sanción que ésta

¹³ Diccionario de la Lengua Española (DRAE), definición Nº 2, versión electrónica, 22ª edición del año 2012, <http://lema.rae.es/drae/?val=responsabilidad>

conlleva. Entre ellas podemos distinguir la responsabilidad civil, penal y administrativa. Las cuales serán expuestas a continuación:

Responsabilidad Civil

La responsabilidad se puede entender como la obligación que tiene toda persona de indemnizar los daños que ha causado como consecuencia de un incumplimiento o de cualquier otro hecho ilícito.

Para el profesor Juan Andrés Orrego, la responsabilidad civil es “*todo acto voluntario con o sin la intención de producir efectos jurídicos origina para su autor la consiguiente responsabilidad*”¹⁴. Agrega, que las consecuencias del acto serán imputables a su autor, ya sea en cuanto a la reparación del daño que ese acto haya podido producir por el incumplimiento de obligaciones previamente establecidas (responsabilidad contractual), por la ejecución del acto mismo (responsabilidad extracontractual) o por la omisión de un deber o por el ejercicio de un derecho en la formación del consentimiento que dan origen a un daño (responsabilidad precontractual).

Se puede desprender de lo anteriormente señalado que podemos distinguir distintos tipos de responsabilidad desde un punto de vista civil y esto es, en razón a la fuente de donde se crea la obligación.

¹⁴ Juan Andrés Orrego, Apuntes sobre la Responsabilidad Extracontractual. Delitos y Cuasidelitos Civiles. Pág. 1., año 2014

La **responsabilidad contractual** es aquella obligación que se encuentra previamente establecida en un contrato, y se tendrá que responder por ella cuando dicha obligación no se cumpla. Para que proceda la indemnización de perjuicios deben concurrir distintos elementos, en este caso: i) estar en presencia de un contrato en donde este contenida una obligación; ii) Que se incumpla dicha obligación; iii) Que en razón de lo anterior exista un daño; iv) Imputabilidad, es decir que quién causa el daño tenga capacidad; v) Nexo causal entre la acción u omisión y el daño; y vi) La constitución en mora del deudor.

Por su parte, la **responsabilidad extracontractual**, no supone la existencia de tal vínculo previo, y su antecedente se encuentra en aquellos deberes de cuidados generales y recíprocos que las personas debiesen observar y aplicar espontáneamente. Por tanto, el antecedente para dar paso a este tipo de responsabilidad es haber ocasionado un daño infringiendo alguno de estos deberes de conducta, concediéndose a la víctima una acción que es esencialmente indemnizatoria. Ante esta situación nos podemos cuestionar las razones que el derecho considera para que una persona distinta de la víctima se tenga que hacer cargo de los daños que se le ha ocasionado, toda vez que no existe un vínculo previo que lo haga responsable con anterioridad, para esto, existen los llamados modelos de atribución, dentro de los cuales destacamos dos: **responsabilidad por culpa o negligencia y responsabilidad estricta u objetiva**. La primera hace responsable a quien actuó con culpa o dolo y a propósito de éste causó daño, es decir ha actuado con infracción a un deber de cuidado, que puede estar definido por ley, o bien por el legislador en consideración a la costumbre. De aquí es que estudiamos que los elementos del régimen de responsabilidad extracontractual sean: i) Un hecho ilícito, esto es, una conducta que sea evidentemente contraria a la ley; ii) Un daño; iii) Que el daño provenga por culpa o dolo del autor; iv) Imputabilidad; y v) Un nexo causal. Por su parte la responsabilidad estricta u objetiva, establece la obligación de indemnizar o reparar todo daño ocasionado en

el ejercicio de una actividad considerada riesgosa, sin considerar la diligencia empleada, toda vez que tiene como antecedente un riesgo creado y no la negligencia. Este riesgo que señalamos están expresamente señalados y reglamentados por la ley, ya que nuestra legislación le da un tratamiento especial y por tanto se considera de derecho estricto.

En relación lo anterior, recordar que al estudiar la doctrina tradicional, ésta tendió a enfocar la responsabilidad preferentemente desde el punto de vista si el sujeto causaba daño o no, considerando que la función de la de la indemnización era proporcional a la pena aplicada. Hoy, la doctrina moderna, se plantea la responsabilidad basado en modelos de conductas. Por tanto, según las condiciones de cada sujeto se debe actuar con el cuidado que exige su respectiva condición, y así evitar que a consecuencia de ello se cause daños a terceros.

El artículo 44 del Código Civil es el encargado de definir la culpa, distinguiendo entre culpa grave, leve y levísima, que si bien podríamos creer que tiene sus orígenes en materia contractual, debido a que ésta admite la graduación de la culpa,, nada impide que atendida a su generalidad pueda ser extendida al ámbito de responsabilidad civil o extracontractual.

De lo señalado anteriormente, podemos señalar que que la culpa en materia extracontractual sea aprecia en abstracto, mediante la comparación de la conducta efectiva con un patrón de conducta debida, y que el grado de culpa por el cual responde es cual leve, pues las referencias del legislador a la culpa o negligencia en este ámbito son siempre genéricas, y en consecuencia, se aplica lo dispuesto en el artículo 44 del Código Civil según el cual "cual o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve"

Por lo tanto, en relación a este trabajo, surge la siguiente pregunta: **¿Cuál es la fuente de la obligación de los directores de las sociedades anónimas?**

Para poder contestar la pregunta anterior, habría que determinar a naturaleza jurídica del vínculo existente entre los directores y la sociedad. Antiguamente, la relación que existente entre ambos era derivada de un mandato, esto inspirado en la redacción del Código Civil Francés, es decir, aquella en que los directores eran “mandatarios” de la sociedad en la cual participaban. Actualmente, la situación es distinta, ya que nuestra legislación acoge la *Teoría Organicista*, planteada por la doctrina Alemana que consiste en que los directores expresan la voluntad de la sociedad, así la sociedad adopta sus decisiones a través del directorio. De modo que, la calidad de órgano resulta de la constitución de la empresa o personalidad jurídica, entendiéndose como parte integrante de la existencia de la misma sociedad, siendo esta última responsable por todo acto de sus administradores.

De lo anteriormente señalado, podríamos sostener que la fuente de la obligación de los directores de las sociedades anónimas es la propia ley, debido a que es ésta la que genera un destacado número de obligaciones y deberes a los directores, y al no haber un acuerdo de voluntades que genere una obligación previa. A su vez, podríamos creer que estamos ante un cuasicontrato, toda vez que se trate de un acto lícito, no convencional que genera obligaciones, y por tanto podríamos afirmar que ante estos escenarios estaríamos frente a la responsabilidad extracontractual. A contrario sensu, podríamos considerar que estamos en presencia de una responsabilidad contractual, toda vez que el director adquiere su calidad de tal por aceptación expresa o tácita de su cargo, y al haber aceptación podríamos entender que hay un acuerdo de voluntades. Ahora bien, se debería analizar caso a caso, ya que la conducta de los directores puede afectar a

distintos sujetos, esto es, a la sociedad misma, a los accionistas o a terceros, y podrían participar tanto normas que reglan la responsabilidad contractual como la extracontractual, según sea el caso. Además, como expresan doctrinas modernas, no deberían distinguirse las responsabilidades, ya que el fin que buscan es el mismo y esto es, dar lugar a una acción civil de indemnización de perjuicios para que el daño causado sea reparado.

Por otra parte, hay que hacer mención que la obligación que recae sobre los directores de las sociedades anónimas, es una obligación de medio, que conlleva actuar con la debida diligencia y su infracción, en principio sería difícil de determinar la fuente de esta obligación, esto debido a que estamos ante un deber general de cuidado que, si lo relacionamos con lo señalado anteriormente en cuanto a la responsabilidad por culpa o negligencia, estaríamos ante una responsabilidad de naturaleza extracontractual.

Recordemos que la obligación de medio es aquella en que el deudor se compromete a realizar conductas prudentes y diligentes para tratar de obtener el resultado que el acreedor persigue, y a diferencia de la obligación de resultado, no asume la responsabilidad o no se compromete a lograr la plena realización del fin que se le encarga.

A lo anterior, podemos agregar que existen distintos deberes los cuales deben ceñirse los directores de las sociedades anónimas y dar cumplimiento, debido a la importancia de su cargo, y que fueron señalados someramente en el capítulo anterior. Estos deberes son los que se conocen como **deberes fiduciarios**, que contempla el derecho americano, el que no se trata obligaciones específicas, sino que alude a principios que son de carácter general, y que nuestra

legislación relativa a las sociedades anónimas contempla. Podríamos definir el deber fiduciario, como aquellos que se imponen a una persona que está llamada a actuar en beneficio de otra con el mayor grado de honestidad y lealtad respecto de ésta, así como en su mejor interés. La ley 18.046 no sistematiza de forma clara los deberes impuestos a los directores

Los principales deberes fiduciarios que contempla nuestra ley son:

❖ **Deber de Cuidado (Duty of Care):** a propósito de que la obligación que recae en el director de una sociedad anónima es de medio, esta actividad significa actuar con la debida diligencia en las tareas que le sean encomendadas y en la toma de decisiones referentes a la empresa. Es la misma Ley sobre Sociedades Anónimas en su artículo 41 inciso primero la que expresa de manera general la existencia de este deber por parte de los directores señalando lo siguiente: *“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”*

❖ **Deber de Lealtad (Duty of Loyalty):** se ha dicho la relación de representatividad tiene su base en la confianza y fidelidad, sobre esa base la ley establece indirectamente este deber actuar de los directores. Lo encontramos dentro de la Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 42 N°1, 6 y 7 prescribiendo *“Los directores no podrán: 1) Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social; 6) Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo; 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. 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”.

❖ **Deber de Información (Duty of Disclosure):** esto es, que los directores deben dar conocimiento oportuno de los hechos materiales que los accionistas necesitan para la toma de decisiones correspondientes a la Junta de Accionistas. Así lo contempla en artículo 39 inciso segundo de la Ley de Sociedades Anónimas donde señala *“Cada director tiene derecho a ser informado plena y documentadamente y en cualquier tiempo, por el gerente o el que haga sus veces, de todo lo relacionado con la marcha de la empresa. Este derecho debe ser ejercido de manera de no afectar la gestión social”.*

El incumplimiento de estos deberes fiduciarios, a pesar de no estar específicamente descritos o definidos, se deduce su presencia e importancia que le entrega nuestra legislación y esto, genera responsabilidades que podrá ser carácter civil, penal o administrativo por los actos y decisiones que adoptan en el ejercicio de su cargo.

En efecto, lo que persigue la responsabilidad civil es la indemnización de perjuicios, que afecta el patrimonio de quien cometió el ilícito, es decir quien tenía una obligación previa, sea de fuente contractual o extracontractual, pudiendo incluso responder sus herederos, terceros civilmente responsables y en su caso, las personas jurídicas.

Responsabilidad Solidaria

Entendemos por la responsabilidad solidaria, según se desprende del Código Civil en su artículo 1511, cuando se debe un objeto divisible y habiendo pluralidad de acreedores, de deudores, o pluralidad de ambos cada acreedor puede exigir la totalidad de la obligación a cualquiera de los codeudores y cada deudor está obligado a la totalidad de la deuda, de modo que cumplida así la obligación, ella se extingue, independiente de quien haya dejado de cumplir la obligación y sea el responsable. Esto es, en materia civil excepcional, y podrá hacerse efectivo cuando este expresamente estipulado por las partes o la ley así lo disponga.

En materia societaria, es la ley de sociedades anónimas la que establece en diversos artículos la solidaridad que existe entre los directores para responder frente a distintos sujetos. Tema que será sujeto de análisis en el próximo capítulo.

Presunciones de culpabilidad

Las *presunciones* se entienden como aquellas consecuencias que la ley o el tribunal deducen de ciertas circunstancias o hechos conocidos. En nuestra legislación se clasifican las presunciones en: *judiciales o legales*, y esta última a su vez, se subclasifica en simplemente *legales y de derecho*. Las presunciones simplemente legales, son aquellas que establece la ley y es el demandado quien debe probar que ha empleado el debido cuidado y diligencia, de ser así podrá quedar exento de responsabilidad, de lo contrario deberá responder. Por su parte, las presunciones de derecho son aquellas que también establece la ley, pero que no admiten prueba en contrario. Por regla general, la culpa de quién ha cometido un ilícito debe ser probada por quién la demanda. En determinados casos no es así, debido a que la ley establece una serie de presunciones para poder asegurar

una justa indemnización del daño a la víctima. Debiendo estas últimas probar solo la existencia del hecho y el daño que se le ha ocasionado.

La Ley de Sociedades Anónimas se encarga de establecer expresamente diversas presunciones de culpabilidad de los directores de las sociedades, para que de esta manera se pueda otorgar mayor protección a quienes ellos representan y a terceros.

Responsabilidad Penal

Siguiendo con lo planteado anteriormente e independiente de la responsabilidad civil que pueda recaer sobre un director de una sociedad anónima, también se podrá dirigir contra éste la responsabilidad penal, por la configuración de acciones u omisiones constitutivas de un delito que reúna los requisitos de tipicidad prescritos en la ley, y que por ello tenga una pena corporal que cumplir.

Esta responsabilidad puede configurarse por actos u omisiones cometidos, ya sea por los directores o por la misma sociedad, pero bien sabemos que quienes deben cumplir con la sanción que corresponda, será una persona natural, teniendo claro que en las actuaciones cotidianas no las realizan las personas jurídicas directamente, sino que son las personas naturales las que actúan por ellas. Es difícil pensar que las personas jurídicas puedan ser responsables penalmente, por su condición de ente ficticio, salvo por algunas sanciones de carácter pecuniario que pueda proceder en su contra. Esta idea es avalada también por el Código Procesal Penal en su artículo 58 inciso segundo, que contempla el Principio de Personalidad e Inimputabilidad de la Persona Jurídica, que prescribe lo siguiente:

“La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”.

Por lo tanto, debemos entender que responderán por las personas jurídicas, tal como se señaló anteriormente quien hubiere intervenido en el acto punible. Recordemos que en el caso de las sociedades anónimas es el directorio el que actúa y representa a la sociedad y es, a través de este órgano que la sociedad expresa su voluntad de actuar, y en caso de cometer un delito, por lo que si bien es cierto, la sociedad como tal puede responder pecuniariamente, no será así con aquellas penas que en materia penal procedan, y quienes deberán cumplir las sanciones corporales serán los directores de la sociedad anónima que representan.

Lo anterior, sin perjuicio de la entrada en vigencia de la ley 20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, para un número restringido de delitos, entre ellos señala la ley: lavado de activos, financiamiento del terrorismo y el delito de cohecho a funcionario público nacional o extranjero. Esta ley será analizada en el capítulo siguiente.

Responsabilidad Administrativa

Estamos en presencia de la responsabilidad administrativa cuando se incumple una obligación o infringe una prohibición que es propio de su cargo o función y ello se encuentra sancionado con una medida disciplinaria establecida por el ordenamiento jurídico y es impuesta por una Administración Pública. Las penas que se aplican en este caso son por ejemplo, la censura, multas, caducidad, cierre o clausura de un establecimiento, revocación de una autorización o permiso,

entre otros. Se le llama sanción administrativa para diferenciarla de las demás sanciones, por ejemplo de la penal.

Al hablar de sanciones administrativas, nos referimos a la Administración del Estado, por lo que fundamentalmente podríamos decir que es una sanción que puede aplicar en nuestro caso y tema en desarrollo, la Superintendencia respectiva.

En muchos casos, se ha sancionado por la vía administrativa previo a las demás responsabilidades y sanciones que pudieran estar presentes.

La Ley de 18.046 señala en su articulado que procede contra los directores de una sociedad anónima esta responsabilidad, y es la Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia, el Decreto Ley 3.538 del año 1980, en sus artículos 28 y siguientes la que se encarga de establecer estas sanciones, las que pueden ser reclamables ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Recordemos que por un acto u omisión culposa o dolosa podrá originarse cualquiera de los tipos de responsabilidades independientes del otro. Es decir, no siempre que proceda la sanción administrativa deberá también hacerlo la penal y así viceversa.

En este capítulo acabamos de hacer una mirada a grosso modo de lo que se entiende por responsabilidad y los diversos tipos de responsabilidad que podrían proceder en contra un director de una sociedad anónima. Esto nos permitirá entender con mayor claridad la siguiente sección de este trabajo, debido a que se enfocará en un profundo análisis de las leyes que regulan y extienden la responsabilidad y por ende, sancionan a los directores de una compañía.

Eximentes de Responsabilidad de los Directores y Gerentes de Sociedades Anónimas

Según lo prescrito en el artículo 48 de la Ley N° 18.046 que dice relación a las deliberaciones y acuerdos del directorio, señala que deberán constar en un libro de actas que se entenderán aprobadas desde el momento en que se encuentre firmadas por los integrantes del directorio. Si un Director quisiera **salvar su responsabilidad** por algún acto o acuerdo del directorio, deberán hacer constar en el acta su oposición o disconformidad, debiendo darse cuenta de ello en la próxima junta ordinaria de accionistas por el Director que la presida. A su vez, si uno de los directores considera que un acta adolece de inexactitudes u omisiones, tendrá derecho a estampar dichas salvedades antes de firmar el acta. Con todo, las sesiones de directorio de las sociedades anónimas abiertas deberán ser grabadas, salvo acuerdo unánime en contrario, las que deberán ser guardadas bajo reserva hasta la aprobación del acta para todos los directores. Se funda la grabación de dichas sesiones para el caso de que uno de los directores no esté de acuerdo con lo plasmado en el acta, de manera que podrá incorporar literalmente lo señalado en el audio.

Al momento de determinar eximentes de responsabilidad es importante distinguir que deber fiduciario es el que se afecta, usualmente se hace gran diferenciación entre los deberes de cuidado o diligencia y el de lealtad, toda vez que las conductas desleales conlleva un juicio más de moral o ético, y que los jueces suelen estar más preparados. Por su parte, tratándose de conductas negligentes, se presentan serios problemas de error “dada a la poca pericia de los jueces en este campo y de la inexistencia de una lex artis consolidada que permita suplir la imperancia con el recurso a expertos. Lo anterior conduce a que la

probabilidad de que lleguen a equipararse o confundirse los malos resultados económicos y las faltas de diligencia sea considerablemente elevada”¹⁵

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS LEGISLATIVO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y GERENTES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

En este capítulo, quizás el más importante de este trabajo, se analizará una a una las leyes que consideramos de importancia para el estudio y extensión de la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas.

En su momento, se hizo alusión a la ley número 20.382 que introdujo perfeccionamientos a la normativa que regula los Gobiernos Corporativos de la Empresas creadas anteriormente a través de la ley 19.075, esta ley de perfeccionamiento es de gran importancia debido a que modificó gran parte de las normativas existentes de sociedades anónimas y de mercado de valores, viene a transparentar los mercados y dar mayor confianza a los inversionistas. Al igual que la ley 20.393 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas como se verá más adelante, se creó esta ley en virtud de cumplir con las exigencias que establecía la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). En esta oportunidad no se estudiará dicha normativa, toda vez que ésta vino a modificar parte importante de la ley de sociedades anónimas y de mercado de

¹⁵ La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas, Responsabilidad Civil y Penal Administrativa, Enrique Alcalde Rodríguez. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013. Pág. 293.

valores, por lo que se entenderá intrínsecas al estudio que se realizará a continuación.

Responsabilidad de los Directores de acuerdo a la Ley 18.046 Sobre Sociedades Anónimas

Al estudiar la ley sobre sociedades anónimas pareciera fácil determinar norma aplicable a la materia objeto de este estudio. Si no remitimos al título XIV llamado "responsabilidad y sanciones", el artículo 133 a simple vista prescribe una de las normas mas relevantes, señalando lo siguiente *"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 las indemnización de perjuicio. 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 de infracción.

Los directores, gerentes, 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 que se refiere esta disposición"

El artículo precedente, es de aplicación general, toda vez que viene a establecer que cualquier persona que infrinja la ley de sociedades anónimas, el reglamento o estatutos sociales o normas que imparta la Superintendencia estará obligada a indemnizar por el daño causado. A su vez, precisa de manera expresa que serán los **administradores o representantes legales** quienes además

responderán civil, penal y administrativamente por las personas jurídicas, es decir por la sociedad, con la salvedad de que constare su falta de participación o su oposición al hecho dio origen la infracción. La importancia que además conlleva este artículo es que establece la solidaridad entre directores, gerentes, liquidadores que resulten responsables entre sí y la sociedad que administren, debiendo responder de todas las indemnizaciones, sanciones civiles y pecuniarias que procedan.

De la lectura del artículo 133 y del nombre del título (responsabilidad y sanciones) pareciera ser el único artículo que regula esta materia, pero no es así. Si leemos detenidamente la ley sobre sociedades anónimas encontraremos una serie de artículos aplicables a la responsabilidad de los directores, normas bastantes recurrentes en cuanto a su aplicación por los tribunales y Superintendencia, cuando de responsabilidad se trata.

El título IV de la administración de la sociedad, contempla uno de los artículos más aplicados e importantes al momento de determinar la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas, el artículo 41 señala lo siguiente “ *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.*

Es nula toda estipulación del estatuto social y todo acuerdo de la junta de accionistas que tienda a liberar o a limitar la responsabilidad de los directores que se refiere el inciso anterior.

La aprobación otorgada por la junta de accionistas a la memoria y balance presentados por el directorio o a cualquier otra cuenta o información general, no libera a los directores de la responsabilidad que les corresponda por actos o negocios determinados; ni la aprobación específica de éstos los exonera de aquella

responsabilidad, cuando se hubieren celebrado o ejecutado con culpa leve, grave o dolo”.

El artículo prescrito es de gran relevancia, pues de la lectura del artículo se desprende que los directores responderán de culpa leve¹⁶, estableciendo el deber de cuidado al que hicimos alusión en el capítulo II del presente trabajo cuando se señaló los deberes del órgano administrador de la sociedad, es decir, del directorio. Bajo este parámetro cuidado y diligencia es que el director de una sociedad anónima debe actuar.

Como ya se señaló, en materia extracontractual la culpa se aprecia en abstracto, mediante la comparación de la conducta efectiva con un patrón de conducta debida, y tal como prescribe el artículo 41 prescrito anteriormente, el grado de culpa por el que se responde en culpa leve.

Este deber de diligencia de los directores, debe apuntar fundamentalmente, a las funciones no regladas, donde la responsabilidad estará conectada por la culpa y el daño. Para ello, se repara en la índole extracontractual de la obligación de responder de los perjuicios originados dentro del marco de las obligaciones de medio, las cuales vinculan al director¹⁷

Tal como lo mencioné anteriormente, este artículo de gran importancia y gran recurrencia cuando de responsabilidad de un director de sociedad anónima se trata. Esta norma viene en determinar el modelo de conducta que se espera de un director, y de no probar que actuó en base a este modelo se le deberá sancionar.

¹⁶ El artículo 44 del Código Civil distingue tres tipos de culpas o descuidos, entre ellos, Culpa Leve, Descuido Leve o Descuido Ligero, definiéndolo como *“La falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.”*

¹⁷ Antonio Vilches Nuñez, “Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración de las sociedades anónimas y las modificaciones a la ley de OPAS”, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, año 2000, página 98.

Por su parte, el artículo 45 de la Ley establece una presunción de culpabilidad de los directores, estableciendo que responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad, accionistas o terceros, en los siguientes casos: Si la sociedad no llevare sus libros o registros; Si se repartieren dividendos provisorios habiendo pérdidas acumuladas, respecto de los directores que concurrieron al acuerdo respectivo; Si la sociedad ocultare sus bienes, reconociere deudas supuestas o simulare enajenaciones. En su inciso segundo señala que se presumirá igualmente la culpabilidad de él o los directores que se beneficien en forma indebida, directamente o a través de otra persona natural o jurídica de un negocio social que, a su vez, irroque perjuicio a la sociedad. El artículo irroga responsabilidad por supuestos particulares que son los que señalan debiendo cumplir o velar por que se cumplan las situaciones señaladas en el artículo citado.

El artículo 46 de la LSA establece otro deber por el que deberá ceñirse el directorio, esto es, el deber de informar, toda vez que el artículo prescribe que “el directorio deberá proporcionar a los accionistas y al público, las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley y, en su caso, la Superintendencia determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad”. El mismo artículo en su inciso segundo establece que en el caso de las sociedades anónimas abiertas la responsabilidad será del directorio este deber, mediante la adopción de medidas apropiadas para evitar que la información sea divulgada a personas distintas de aquellas que por su cargo, posición o actividad en la sociedad deba tener conocimiento de dicha información. El artículo es categórico al señalar más adelante que la infracción por parte de los directores a esta obligación, siempre, que cause perjuicio a la sociedad, accionistas o terceros los hará responsables solidariamente de los perjuicios causados, sin perjuicio de las demás sanciones que sean procedentes. Esto último se incorporó con la dictación de la ley 20.382 del año 2009 que vino a mejorar el sistema de Gobiernos Corporativos. ¿Cuándo se entiende que se cumple con este deber? Se entenderá

que se cumple con este deber de informar cuando simultáneamente a dicha divulgación se proporcione la misma dictación o presentaciones al público conforme a la norma de carácter general que dicte la Superintendencia.

Por otro lado, el artículo 48 dice relación con las deliberaciones y acuerdos del directorio, las que deberán constar en un libro de actas. Se entenderán aprobadas dichas actas desde el momento de la firma. En el caso que un director quiera **salvar su responsabilidad** por algún acto o acuerdo del directorio, deberán hacer constar en el acto su oposición, debiendo darse cuenta de ello en la próxima junta ordinaria de accionistas por aquel director que la presida. Es menester señalar, que si uno de los directores considera que un acta adolece de inexactitudes u omisiones, tendrá derecho a estampar dichas salvedades antes de firmar el acta. Con todo, las sesiones de directorio de las sociedades anónimas abiertas deberán ser grabadas, salvo acuerdo unánime en contrario, las que deberán ser guardadas bajo reserva hasta la aprobación del acta para todos los directores. Se funda la grabación de dichas sesiones para el caso de que uno de los directores no esté de acuerdo con lo plasmado en el acta, de manera que podrá incorporar literalmente lo señalado en el audio.

Por su parte, el artículo 77 hace referencia a los balances generales cuando estos son rechazados por la junta de accionistas. Si después de realizar el segundo balance con las observaciones realizadas, y éste se rechaza nuevamente, se entenderá revocado el directorio, sin perjuicio de las demás sanciones que sean procedentes. En su inciso final establece un sanción especial para aquellos directores que hubiere aprobado el balance que que motivó la revocación, quedando inmediatamente inhabilitados para ser reelegidos en el cargo por el periodo completo siguiente.

Por último, el artículo 106 señala que “ sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 133, se presumen culpables y serán solidariamente responsables de los

perjuicios que eventualmente causaren a los accionistas los directores y el gerente de una sociedad que haya sido disuelta por sentencia judicial ejecutoriada o revocada por resolución fundada de la Superintendencia” Lo anterior, al igual como se señaló en el artículo 48, a menos que conste expresamente su falta de participación o su oposición al o los hechos en que se ha fundado la resolución. Por tanto, es de gran importancia la participación activa y a la atención que deben tener los directores en las decisiones con las decisiones que se tomen.

Cabe mencionar, que el título del presente trabajo es la *Responsabilidad de los Directores y Gerentes de las Sociedades Anónimas*, lo anterior toda vez que el artículo 50 de la ley 18.046 hace aplicables las disposiciones de esta ley en todo lo que dice referencia con los directores, siempre que sea compatible con el cargo que desempeñan, a los gerentes y a las personas que hagan las veces de ejecutivos principales.

El Gerente es otro órgano de administración de las sociedades anónimas, a quién le corresponde la representación judicial de la sociedad. Es designado por el directorio, siendo este último además el encargado de señalar sus atribuciones y deberes. A los gerentes le son aplicables, en cuanto a la responsabilidad, las normas de la ley de sociedades anónimas, y en todo lo no contemplado en ésta, las reglas de responsabilidad contractual. Lo anterior, debido a que evidentemente existe un vínculo contractual.¹⁸

Es importante señalar, que el gerente está legalmente investido de las facultades señaladas en ambos incisos del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil. Al mismo tiempo, será responsable de todos los acuerdos que adopte el directorio y

¹⁸ Antonio Vilches Núñez, “Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración de las sociedades anónimas y las modificaciones a la ley de OPAS”, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, año 2000, página 104.

que resulten perjudiciales para la sociedad y los accionistas, siempre que no exista constancia en el acta de su opinión contraria haciendo uso de su derecho a voz, que menciona el artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Bien sabemos que la administración de la sociedad comprende tanto la dirección y ejecución de los negocios sociales. Una de las tareas importantes del directorio comprende también la de gobernar la sociedad, que implica dar la directrices o lineamientos generales y específicos por los cuales se va a guiar la administración de la empresa, las relaciones de los socios entre sí y la sociedad con terceros. Es lo que hoy se conoce como Gobierno Corporativo de la empresa, entendiéndose por tal él, el interprete o ejecutor del contrato social y voluntad de los socios. Este gobernar implica una labor esporádica pero con cierta continuidad en el tiempo, para que las políticas y directrices generales adoptadas sean estables y sujetas a revisión cada cierto tiempo.

Conforme a lo anterior, el directorio podrá delegar facultades para objetos especialmente determinados, en otras personas, tales como los gerentes, ejecutivos principales, abogados, entre otros, según se desprende del artículo 40 inciso 2 de la ley de 18.046.

Responsabilidad de los Directores de acuerdo Decreto 702 del año 2011: Reglamento De Sociedades Anónimas

En varias ocasiones la ley de sociedades anónimas deja en manos del reglamento de la misma materia la regulación de ciertos aspectos, de manera que el objetivo del reglamento en estudio viene a complementar lo regulado por la ley 18.046.

En cuanto a la materia objeto del presente trabajo es importante señalar que a partir del título IV de dicho reglamento se regula lo relacionado a la administración de las sociedades. En primer lugar, a partir del artículo 70 regula el nombramiento,

renuncia de los directores y lo que sucede en caso de vacancia. Continúa en los siguientes artículos señalando que el gerente general deberá informar a los accionistas por el medio más pertinente, la lista de candidatos a director, la situación de haber aceptado la nominación y la declaración de no tener inhabilidades para desempeñar el cargo.

Continúa el capítulo IV el título de los *derechos y deberes de los directores*, parte señalando el artículo 75 que en el caso que se determine en los estatutos que las funciones de los directores serán remuneradas, dichas remuneraciones deben ser fijadas con anticipación por la junta ordinaria de accionistas. En el caso de cualquier otra retribución de montos relevantes que se efectúen a los directores por funciones o empleos distintos del ejercicio de sus funciones o de su cargo, deberán ser autorizadas. Si lo anterior no es autorizado o aprobado como se establece, responderán solidariamente quienes en representación de la sociedad hubieren ordenado el pago.

El artículo 78 del reglamento viene a complementar y regular de manera más extensa el deber de cuidado y diligencia que establece y estudiamos a propósito del artículo 41 de la ley de sociedades anónimas. El artículo señala en su primera parte: *“El deber de cuidado y diligencia de los directores incluye, pero no está limitado a, efectuar con el esfuerzo y atención que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, las gestiones necesarias y oportunas para seguir de forma regular y pronunciarse respecto de las cuestiones que plantea la administración de la sociedad, recabando la información suficiente para ello con la colaboración o asistencia que consideren conveniente”*. Lo comentábamos anteriormente, que conforme a lo señalado en el artículo 44 del Código Civil que al hacer alusión al *cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios*, lo entendemos a que deberán responder por culpa leve. Sin embargo, este artículo del reglamento si bien lo incluye no lo limita, dejando abierta la posibilidad de poder responder por los demás tipos de culpas, es decir por culpa

grave o levísima. Continúa el artículo prescribiendo que “Salvo que no fuere posible atendido que el directorio hubiere sesionado de urgencia, cada director deberá ser informado plena y documentadamente de la marcha de la sociedad por parte del gerente general o el que haga sus veces. Dicho derecho a ser informado puede ser ejercido en cualquier tiempo y, en especial, en forma previa a la sesión del directorio respecto de la información y antecedentes necesarios para deliberar y adoptar los acuerdo sometidos a su pronunciamiento en la sesión respectiva. El ejercicio del derecho a ser informado por parte del director es indelegable”. A contrario sensu de lo señalado en el artículo 46 donde se establece el deber de informar por parte del director, en el artículo 78 del reglamento se establece el derecho a ser informado que tiene el director, y esto es de gran importancia, debido a que la decisiones que éste debe tomar debe ser en base a este derecho, el que deberá ser ejercido a cabalidad para poder tomar las decisiones para el correcto funcionamiento de la sociedad. Tal es la importancia del derecho señalado que el mismo artículo señala que no podrá delegarse en otra persona que no sea el director. El artículo termina señalando lo siguiente “*El deber de cuidado y diligencia de los directores los obliga a participar activamente en el directorio y comités, en su caso asistiendo a las sesiones, instando que el directorio se reúna cuando lo estima pertinente, exigiendo que se incluya en la orden del día aquellas materias que considere convenientes, de acuerdo con la ley y los estatutos sociales, y a oponerse a los acuerdo ilegales o que no beneficien el interés de la sociedad de la cual es director*”. Esta última parte del artículo viene a dejar en claro la manera en que deben comportarse los directores para un mejor y diligente desempeño de sus funciones, debiendo ceñirse estrictamente a lo señalado en artículo citado.

Del mismo modo que en el caso anterior, el artículo 79 complementa lo señalado en el artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas prescribiendo que “*El director debe también entre otras conductas, abstenerse de proponer, acordar o realizar actos o contratos, o tomar decisiones que no tengan por fin el interés social. Asimismo, debe evitar que eventuales conflictos de intereses perjudiquen a*

la sociedad, comunicando oportunamente la existencia de tales para su debido tratamiento conforme a la ley y, en caso de tener un conflicto, debe abstenerse de votar en los casos que señala la ley, sin perjuicio de poder ejercer su derecho a voz". Recordar que el director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio, deberá hacer constar en el acta su oposición, situación que deberá darse cuenta en la próxima junta de accionistas que tenga lugar.

En el artículo 80 referencia al deber de guardar reserva de los directores en relación a los negocios de la sociedad e información a que tenga acceso en razón de su cargo, y que no haya sido divulgado anteriormente por la sociedad. Señala el artículo que se podrá entregar información a terceros siempre que estos últimos tengan a su vez una obligación de confidencialidad legal o contractual para con el director. De esta manera dará actuar con la diligencia que le exige la ley en el desempeño de sus funciones.

Más adelante, en los artículos 88 y 89 del reglamento se hace mención a la existencia del Gerente General, a quién le corresponderá la representación judicial de la sociedad y que ya habíamos hecho mención anteriormente a propósito de la ley de sociedades anónimas.

Por su parte el artículo 135 inciso final del reglamento señala que los directores o administradores que dolosa o culpablemente concurren con su voto favorable a la declaración de reserva, responderán solidariamente de los perjuicios que ocasionaren.

Responsabilidad de los Directores de acuerdo Ley 18.045 De Mercado De Valores

A propósito del presente trabajo estudiamos esta ley de mercado de valores, ya que una de las áreas que se distinguen dentro del mercado financiero, aparte de

la banca e instituciones financieras, es el mercado de capitales o mercado de valores, donde básicamente se transan las acciones de las sociedades anónimas y los instrumentos de deuda a mediano y largo plazo, que permiten a las empresas captar fondos del público a plazos convenientes para llevar a cabo los proyectos de inversión necesarios para el desarrollo de nuestro país.

A propósito de la materia en estudio y del deber de entregar información señala el artículo 10 de la ley que ésta deberá ser continua y reservada, y se deberá informar tanto al público como a la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS). Se responsabiliza al directorio de cada entidad a adoptar una norma interna que contemple los procedimientos, mecanismos de control y responsabilidades que aseguren dicha divulgación. Sin embargo, señala el artículo, que podrán las tres cuartas partes de los directores en ejercicio dar carácter de reservado ciertos hechos o antecedentes que digan relación con negociaciones aun pendientes que al conocerse puedan causar algún perjuicio con el interés social. Sin perjuicio de lo anterior, dicha decisión de igual manera deberá ser comunicada a la Superintendencia al día siguiente. Agrega, al igual que lo estudiado anteriormente a propósito del reglamento de sociedades anónimas, que los directores que dolosa o culpablemente califiquen o concurran con su voto a declarar como reservado un hecho o antecedentes responderán según lo que señala el artículo 55 de la presente ley.

El título X de la presente ley es llamado *de la responsabilidad*, que dice directa relación con el tema que se estudia y prescribe en su artículo 55 lo siguiente *“La persona que infrinja las disposiciones contenidas en la presente ley, sus normas complementarias o las normas que imparta la Superintendencia ocasionando daño a otro, está obligada a la indemnización de los perjuicios. Lo anterior no obsta a las sanciones administrativas o penales que asimismo pudiere corresponderle. 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 de infracción". Lo anterior, viene a reiterar y confirmar lo ya señalado previamente por la ley de sociedades anónimas. A su vez, el inciso final del artículo en cuestión señala que responderán solidariamente de los perjuicios que causaren los directores, liquidadores, administradores, gerentes y auditores emisores de valores.

El artículo seguido, artículo 56, establece que "que los directores, liquidadores o el gerente de una bolsa de valores que no ejerza sus deberes de fiscalización conforme a sus estatutos, reglamentos internos y demás normas que las rijan, rea respecto del mercado que opera en dicha bolsa o de las persona que en él intervienen quedarán afectos a las sanciones administrativas que aplique la Superintendencia, en conformidad a la ley". Si a propósito de la omisión anterior, es decir, la de no ejercer deberes de fiscalización, resultare daño a cualquier persona, serán obligados a la indemnización de perjuicios respondiendo hasta de culpa leve a menos que probaren haber actuado diligentemente.

Los artículos 59 y 60 establecen las penas que serán procedentes en caso de encontrarse en las situaciones que dichos artículos señalan, las penas irán desde presidio menor en grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, y presidio menor en cualquiera de sus grados, es decir, desde 541 días a 3 años o de 5 años 1 día a los 20 años, y desde los 61 días a 5 años.

Conforme a lo señalado recientemente, las penas aplicables no dejan de tener relevancia, por tanto, es importante tener mayor cuidado en el desempeño de las funciones de los directores, por ejemplo, cuando se entreguen declaraciones maliciosamente falsas en la escritura de emisión de valores de oferta pública, aquellos que revelen información privilegiada con el fin de obtener un beneficio pecuniario, etc.

Responsabilidad de los Directores de acuerdo según Ley 20.393 Sobre Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas

En el año 2009 y a propósito de los requisitos exigidos por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) fue creada y promulgada la ley N° 20.393 que viene a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Como premisa, cabe recordar que el artículo 58 inciso 2 del Código Procesal Penal prescribe que “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de las responsabilidades civiles que las afectare” Es difícil poder aplicar penas corporales a personas jurídicas sin que sea a través de sus representantes o administradores, o directamente por quienes intervinieron en el hecho constitutivo de delito. Sin embargo, para dar cumplimiento a los estándares internacionales y estar a la altura de los países pertenecientes a la OCDE nos vimos en la obligación de establecer la responsabilidad penal a las personas jurídicas, pero lo anterior, sólo respecto de determinados delitos, tales como: Lavado de activos, financiamiento de terrorismo y cohecho a funcionario público nacional o internacional, que sólo podrán ser cometidos por personas jurídicas privadas o empresas en que el Estado tenga participación.

Esta responsabilidad penal se hará efectiva cuando una de las personas naturales con facultades de dirección interior de la empresa, algún subordinado de ella o funcionario que tenga facultades de administración y supervisión, cometa alguno de los delitos mencionado anteriormente a favor de la empresa que tengan

a cargo y que no haya implementado los medios necesarios para prevenirlo, o de haberlo hecho, no fueron necesarios.

Lo que se busca con la dictación de esta ley, además de estar a la altura de la OCDE, es prevenir la comisión de los delitos señalados anteriormente, esto es, a través de las sanciones que lleva aparejada, por ejemplo, las que señala el artículo 8, la disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica, prohibición temporal o perpetua de celebrar actos o contratos con los organismos del Estado, pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un periodo determinado, multas a beneficio fiscal y penas accesorias que establece el artículo 13, tales como publicación de extracto de la sentencia, comiso, el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada, cuando el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera.

Lo que realmente busca la ley a través de la promulgación de esta ley y la “gravedad” de sus penas es la prevención de los delitos señalados, exigiendo la designación de un Encargado de Prevención de delitos, que deberá contar con la autonomía de la administración de la respectiva persona jurídica.

Señalamos en su momento que las sociedades en varias ocasiones son ocupadas como un medio para cometer delitos, esto debido a su calidad de “inimputables”, pero sinceramente la creación de esta ley no cambia mucho la situación existente, debido a que de igual manera gran parte de la responsabilidad recaerá en los administradores o representantes de la sociedad, siendo ellos los llamados a la formalización de la investigación del delito y citados a comparecer a audiencia ante el tribunal, es más, si este último no se presentare injustificadamente se le ordenara que sea arrestado hasta la realización de la audiencia.

Responsabilidad de los Directores de acuerdo Decreto Ley 3.835, Ley Orgánica de la Superintendencia De Valores y Seguros

Por su parte, cabe recordar que las sociedades anónimas abiertas y cerradas que acuerden en sus estatutos someterse a las normas que rigen las sociedades anónimas abiertas, o que por disposición legal estén obligadas a hacerlo, estarán sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros.

Este Decreto Ley 3.835 viene a crear dicha Superintendencia, siendo aplicable de igual manera a la materia en estudio y es el Título III de Apremios y Sanciones en su artículo 27 que señala que “las sociedades anónimas sujetas a fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos o demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones: 1) Censura; 2) Multa a beneficio fiscal, hasta por una mono global por sociedad equivalente a 15.000 unidades de fomento. En el caso de tratarse de infracciones reiteradas de la misma naturaleza, podrá aplicarse multa de hasta tres veces el monto máximo expresado; y 3) Revocación de la autorización de existencia de la sociedad, cuando proceda”, y es su inciso tercero el que señala que las sanciones 1) y 2) podrán ser aplicadas a la sociedad, **directores, gerentes**, dependientes o inspectores de cuenta o liquidadores, según determine la Superintendencia. Es más, en su inciso final manifiesta que en el caso de las primeras dos infracciones, la Superintendencia podrá en conocimiento de la junta de accionistas de las infracciones, incumplimientos o actos en que hayan incurrido los directores, gerentes, inspectores de cuentas o liquidadores, lo anterior con el fin de que, si lo estiman conveniente, puedan ser removidos de sus cargos según corresponda, sin perjuicio de ejercer las demás acciones judiciales que procedan.

Traemos a la palestra la presente norma, debido a que es la Superintendencia la que en gran parte vela por el buen funcionamiento de las sociedades anónimas sujetas a su supervisión, siendo ésta quien siempre en forma paralela, es decir, sin perjuicio de las demás leyes o acciones aplicables, quien sanciona administrativamente a las sociedades, gran parte de sus veces a través de los directores de las sociedades anónimas.

Ley 20.282: sobre Gobiernos Corporativos.

En el año 2000 con la entrada en vigencia de la conocida Ley de OPAS, se creó la figura de *Gobierno Corporativo*, que se entiende como un conjunto de instancias y practicas institucionales, en el proceso de toma de decisiones de la empresa, que tienden a crear un marco de transparencia y responsabilidad empresarial, de manera de alinear los incentivos y promover el respeto a los derechos de los accionistas y grupos que tengan interés en la participación, ya sea directa o indirectamente con la empresa.

En el año 2010 en razón a los cumplimientos a las exigencias de la OCDE se requiere a mejorar la figura descrita anteriormente, de esta manera con la promulgación de la Ley N° 20.282 se mejora la figura y normas que regulan los Gobiernos Corporativos en nuestro país, promoviendo incrementar estándares y mejor eficacia de éstos, y que trajo como consecuencia una serie de modificaciones a la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas y la Ley Mercados de Valores y el mismo Código de Comercio. Las modificaciones a las leyes mencionadas precedentemente buscan como objeto mayor transparencia de los mercados, para así lograr mayor confianza de parte de los inversionistas.

En el estudio de las legislaciones anteriores, se hizo alusión a algunas de las modificaciones que introdujo esta ley, por lo que en esta oportunidad haremos referencia a los cambios o incorporaciones más relevantes que la Ley 20.282 provoca a la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas que tienen incidencia en la materia cuestión de esta investigación:

- **Director independiente:** Esta ley obliga a integrar en el directorio de las sociedades un director independiente, de esta manera lo que se busca es de manera eficaz y eficiente para proteger a los accionistas minoritarios y mejorar la información al mercado, sin privar a los accionistas controladores de sus legítimos derechos.
- **Divulgación de información al mercado:** Esto se realiza a través de diversos mecanismos:
 - a) “El directorio deberá preparar y actualizar una lista de ejecutivos principales de la empresa.
 - b) Los sujetos obligados a comunicar sus transacciones en acciones de la compañía, deberán hacerlo en tiempo más breves y por sistemas más expeditos que los actuales, acorde con la velocidad al cual funcionan los mercados.
 - c) Los ejecutivos deberán informar públicamente su posición en valores de la sociedad y del grupo, y reservadamente su posición en valores de los sociedad principales clientes, proveedores y competidores.
 - d) El directorio deberá definir una política que asegure el flujo de información al mercado en el menor tiempo posible, con un responsable definido y deberá revelar información a todos los accionistas de manera simultánea, reduciendo las ventajas informativas de quienes tienen mayor cercanía con la administración.”¹⁹

¹⁹ Historia de la Ley 20.382.; www.bcn.cl

- **Comité de directores:** Se establece que el comité deberá estar constituido siempre por la mayoría de independientes. Teniendo un presupuesto mínimo que, “le permita acceder a las herramientas necesarias para realizar una labor eficaz y acorde a sus funciones”²⁰. Otorga además mayores atribuciones para facilitar y promover un mejor gobierno de la empresa
- **Uso de información privilegiada:** Prohíbe la venta de los valores con quién se está en posesión de información privilegiada. Esta Ley presume la posición de este tipo de información, la que es aplicable aquellos que se desempeñan dentro de la administración de la sociedad y también se presumirá el acceso a la información privilegiada aplicable a quienes interactúan con la administración, sin ser necesariamente parte de ésta. Respecto de este punto, además establece que es de responsabilidad del directorio que las empresas adopten y hagan pública una política interna que determine las obligaciones y responsabilidades de sus ejecutivos principales respecto de la transacción de valores de la compañía, pudiendo optar por alguna de las alternativas contenidas en un repertorio que ofrece la ley. La multa por contravenir a la responsabilidad que se impone en este punto lo establece expresamente la ley, por un monto de a lo menos igual al beneficio ilegítimo obtenido.
- **Operaciones con partes relacionadas y conflicto de interés:** Con dictación de esta Ley se incorpora un nuevo título de en la Ley sobre Sociedades Anónimas, respecto de operaciones que realicen las sociedades anónimas abiertas. Estableciendo un procedimiento para resolver los conflictos que susciten en esta acción, conteniendo una obligación para explicitar los conflictos, exigiendo además a los directores que estén comprometidos a estas operaciones se abstengan a votar, pero no así de abstenerse a emitir su opinión. Se establece mayor protagonismo al comité de directores para velar por los intereses, en este caso, de los accionistas minoritarios. Se permite también, que las operaciones con

²⁰ Historia de la Ley 20.382; www.bcn.cl

partes relacionadas que son habituales que sean de bajo monto o con sus filiales, se realizaran con la sola aprobación del directorio.

Como podemos apreciar son varias las modificaciones que realiza la promulgación de esta Ley que entro en vigencia el año 2010 a propósito de los requisitos exigidos por la OCDE para ser parte de este Organismo. Pudiendo concluir que Chile con esta Ley da cumplimiento a los estándares internacionales. En cuanto a los directores de sociedades anónimas, son varias las incidencias que tiene sobre la Ley 18.046. Siendo de gran importancia para el estudio de esta investigación.

CAPÍTULO V

DERECHO COMPARADO

En general, se puede señalar que las normas sobre responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas son muy parecidas en todas las legislaciones latinoamericanas. En cuanto a Estados Unidos, su influencia en nuestro país y en el resto del mundo es evidente.

A continuación, estudiaremos brevemente las legislaciones de Argentina, México, España y Estados Unidos, de manera de poder cotejar y compararlas con la existente en nuestro país.

Argentina

La Ley Nº19.550 sobre sociedades comerciales es la encargada de regular esta materia, dentro de la cual encontramos los siguientes artículos pertinentes que dicen relación con la materia en estudio:

El artículo 59 “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

Por su parte el artículo 269 prescribe “El estatuto puede organizar un comité ejecutivo integrado por directores que tengan a su cargo únicamente la gestión de los negocios ordinarios. El directorio vigilará la actuación de ese comité ejecutivo y ejercerá las demás atribuciones legales y estatutarias que le correspondan. Responsabilidad. Esta organización no modifica las obligaciones y responsabilidades de los directores”

Al igual que en Chile, en su artículo 270 hace mención al tratamiento de los gerentes, en cuanto equiparan su responsabilidad a la de los directores y señala “El directorio puede designar gerentes generales o especiales,... a quienes puede delegar las funciones ejecutivas de la administración. Responden ante la sociedad y los terceros por el desempeño de su cargo en la misma forma y extensión que los directores. Su designación no excluye la responsabilidad de los directores”.

El artículo 274 señala “Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de

facultades o culpa grave... la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia”

La jurisprudencia y doctrina argentina, coinciden en que el artículo anteriormente citado, no modifica la esencia del régimen de responsabilidad solidaria del directorio, sino que introduce la posibilidad de asignar una responsabilidad individual, cuando un director asume algunas tareas específicas, lo que no obsta la responsabilidad de los demás directores en cuanto a sus deberes de fiscalización, que los obliga a controlar la calidad de la gestión de la empresa.²¹

De lo anterior, al igual como ocurre en Chile, entendemos que la responsabilidad en este caso se entenderá solidaria e ilimitada, aún cuando se haya delegado facultades en otros apoderados.

México

La Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 04 de agosto del 1934, trata el tema de la responsabilidad de los directores de la siguiente manera en sus artículo 157 y siguientes:

Artículo 157: “Los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen”

²¹ “La Regulación de los Conflictos de Interés de los Directores como una Medida de Protección a Los Accionistas Minoritarios en la Sociedad Anónima”, Tesis para Optar al Grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Económico, Roberto Felipe Días Bravo, Santiago, Chile, 2009, página 36.

Artículo 158: “Los administradores son solidariamente responsables para con la sociedad: I.- De la realidad de las aportaciones hechas por los socios; II. Del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a los dividendos que se paguen a los accionistas; III. De la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley; IV. Del exacto cumplimiento de los acuerdo de las Asambleas de Accionistas”.

Artículo 159: “No será responsable el Administrador que, estando exento de culpa, haya manifestado su inconformidad en el momento de la deliberación y resolución de acto de que se trate”

Artículo 160: “Los Administradores serán solidariamente responsables con los que les hayan precedido, por las irregularidades en que éstos hubieren incurrido sí, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a los Comisarios”.

Artículo 161: “La responsabilidad de los Administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la Asamblea General de Accionistas, la que designará la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente,...”

España

La ley de Sociedades Anónimas de España establece lo siguiente:

Artículo 127: “El ejercicio del cargo: 1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. 2. Deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aún después de cesar sus funciones”

Artículo 133 señala: “Responsabilidad. 1. Los Administradores responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que

causen por actos contrarios a la Ley o Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. 2. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. 3. En ningún caso exonerará la responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general”

Estados Unidos

Es la ley Sabarnes Oxley la más importante en la actualidad en cuanto a esta materia. Ley que se promulgó luego de varios escándalos financieros en dicho país y que viene a regular de forma más rigurosa la responsabilidad de los directores, el buen gobierno corporativo, entre otras materias, estableciendo multas y castigos, incluyendo penas privativas de libertad.

En el caso de los directores altos ejecutivos, la ley los hace directamente responsables de los controles financieros de la compañía, por lo cual las malas prácticas financieras pueden redundar directamente en su patrimonio. Se introduce el concepto de responsabilidad corporativa, que hace responsable al directo a los ejecutivos principales de los procedimientos de control interno de toda la información que se comunica al mercado.²²

²² Sabarnes-Oxley Act. 2002, Título 3, Sección 302.

En Estados Unidos, además de las leyes federales, la mayoría de los Estados tienen sus propias leyes que establecen responsabilidad penal tanto de la sociedad como de sus directores, sin considerar la intencionalidad del autor, es decir, no requiere dolo ni culpa, se trata de una responsabilidad objetiva.²³

CONCLUSIÓN

Los cuerpos legales recientemente estudiados son las normas más importantes y con mayor concurrencia a la hora de ser aplicable y estudiada la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas. Ahora, cabe preguntarse: ¿Por qué deben responder los directores de las sociedades anónimas si entendemos que ellos como órgano de la compañía son meros mandatarios?

Si nos abocamos a lo señalado en el presente análisis podremos entender que es principalmente la ley de sociedades anónimas quién otorga el llamado deber de cuidado y diligencia, y es de gran importancia al momento de estudiar la responsabilidad, pues este deber de diligencia es clave al momento de determinar la responsabilidad. Entendiendo que la sociedad es una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, y al mismo tiempo sabemos que la sociedad anónima es “aquella formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables”²⁴, con lo señalado en este artículo se limita la responsabilidad de los socios accionistas hasta el monto de sus respectivos aportes, debiendo los directores por mandato de la ley ser responsables de las actos que en nombre de

²³ “La Regulación de los Conflictos de Interés de los Directores como una Medida de Protección a Los Accionistas Minoritarios en la Sociedad Anónima”, Tesis para Optar al Grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Económico, Roberto Felipe Días Bravo, Santiago, Chile, 2009, página 42

²⁴ Artículo 2061 ,título XXVIII De la Sociedad, Código Civil y artículo 1º, Título I, De La Sociedad y su Constitución, Ley 18.046

la sociedad se comentan, independiente si formaron parte de ese acto. Lo anterior debido a que la ley de sociedades anónimas señala en su artículo 106 que responden solidariamente por los actos dolosos y culpables que se comenta por la sociedad. Este tipo de responsabilidad se justifica en el entendido que sería ilusorio tanto para la sociedad como para los accionistas, lograr resarcir los daños sufridos por las irregularidades en las decisiones del directorio, si primeramente tuviera que determinarse cuál o cuáles de los directores son los realmente responsables, y cuáles no. Bajo este entendido, los perjudicados podrán dirigirse y reclamar el resarcimiento del daño sufrido a cualquiera de los directores.²⁵

Se debe entender que la voluntad del órgano de la compañía, es decir del directorio, es el resultante de la coincidencia de la mayor parte de las voluntades individuales que lo integran, y así sería lógico que todos los que forman parte de este órgano estén ligados a una misma responsabilidad, sin perjuicio de ser aplicable lo señalado en el artículo 48 de la ley de sociedades anónimas cuando un director quisiera salvar su responsabilidad dejando expresamente señalado en el acta su falta de participación u oposición en los hechos que causen perjuicio.

Como se puede apreciar a lo largo de este trabajo, la ley alude a la responsabilidad de los directores, sin embargo no es clara al momento de su estudio y aplicación, siendo más bien subjetiva su aplicación al momento de aplicar las normas que hacen extensiva su responsabilidad, esto en completa concordancia con lo señalado, por el que consideramos uno de los artículos más importantes al momento de estudiar si existe o no responsabilidad, el artículo 41 de la ley de sociedades anónimas, que hace mención a que los directores deberán actuar con el debido cuidado y diligencia que los hombres emplean en sus propios negocios.

²⁵ Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas, Dr. Heriberto Simón Hocsman, 16 de julio de 2002.

Ahora debemos aclarar cuáles son los escenarios a los que se debe enfrentar un director de una sociedad anónima al momento de demandarse la responsabilidad, es decir, quiénes pueden verse afectados, y esto son: Los socios accionistas, terceros y la sociedad. En primer lugar, es uniforme la doctrina en cuanto a la naturaleza extracontractual de la responsabilidad de los administradores con los accionistas, toda vez que entre ellos no existe vínculo jurídico preexistente. Los directores de la sociedad anónima se entienden como instrumentos o vehículos necesarios de la sociedad, que obra por medio de este órgano, en circunstancias que son mandatarios o representantes de la voluntad de la sociedad en sus relaciones comerciales, jurídicas y sociales. Recordando que el directorio siempre debe actuar dentro de los parámetros del objeto social, entendiendo que su desempeño no sólo se determina por una participación directa en hechos o actos positivos que sean contrarios a la ley o los estatutos, sino también por la omisión la realización de diligencias necesarias que hubieren podido evitar aquel hecho u acto que causa perjuicio.

Los directores de una sociedad anónimas responderán frente a los accionistas en forma ilimitada y solidaria por su mal desempeño o violación a las normas jurídicas o estatutos, por cualquier daño que ocasionen dolosamente dentro del ejercicio de sus funciones.

En segundo lugar, en el caso de responsabilidad de los directores para con terceros, también nos encontramos ante una responsabilidad de extracontractual, toda vez que no existe vínculo jurídico previo entre ambos, deben responder el o los directores y/o gerentes de forma solidaria e ilimitada por los actos que causen daño a consecuencia de su negligencia o dolo en su actuar, salvo que puedan probar su falta de participación u oposición al hecho. Es la misma ley, tanto de sociedades anónimas como la de mercado de valores la que da lugar a la

responsabilidad de los administradores y representantes, salvo que se demuestren lo señalado anteriormente.

Por último, la responsabilidad de los directores respecto de la sociedad, aplicamos directamente el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, que se entiende que regula las llamadas relaciones internas de la sociedad, es decir que se aplica a las relaciones de los directores con la sociedad y los socios. Se entiende que habrá responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas cuando exista una mala gestión.

A diferencia de los dos casos anteriores, la designación de un director proviene de la voluntad de la sociedad manifestada en el acto de constitución de la misma o de la deliberación que emana de un nombramiento que requiere aceptación ejercida por la junta de accionista, por lo que cabe concluir que deriva sin duda una convención que genera derechos y obligaciones para la sociedad y directores, y en consecuencia estaremos presencia de responsabilidad contractual

La responsabilidad de los directores y de los gerentes de las sociedades anónimas, por tanto, se deberá estudiar caso a caso, y a modo de conclusión de este trabajo se entiende que la ley no es del todo clara al momento de regular esta materia, entendiéndose que son varias los cuerpos legales, aparte de los estudiados, que hacen extensiva la responsabilidad a éstos, por lo que cabe entender que esta materia es de gran importancia para su estudio y aplicación, y que se debe informar a las personas que asumen el desafío y riesgo de ser director de las consecuencias de un actuar negligente, que por el mero capricho de querer tener tal calidad, puede acarrear.

Con lo señalado, basta recordar los casos de gran relevancia y repercusión en nuestro país, el Caso Farmacias y Caso La Polar. En el primero, en el primero la Superintendencia de Valores y Seguros formuló cargos contra varios los directores

en cuanto a éstos se coordinaron para aumentar los precios de los medicamentos, entre los años 2007 y 2010, imponiéndoles una sanción de multa, donde el eje de las acusaciones apuntaban a la infracción al deber de cuidado, reflejado en el incumplimiento al deber de informar y de informarse, principalmente a los señalado en Título IV de la Ley 18.046, en relación a los artículos 31, 39, 40 y 41.²⁶ A su vez, sin perjuicio de la sanción administrativa impuesta por la Superintendencia, la Fiscalía pide para todos por igual la pena de presidio menor en grado mínimo, tomando en consideración la comisión reiterada de delitos, además de una multa de 10 UTM, situación que se resolverá a mediados de años en la continuación del Juicio Oral en lo Penal que esta programada. En relación al segundo caso, y a modo de ejemplo, mediante Oficio Ord. N° 333, del año 2011 se formularon cargos por la Superintendencia de Valores y Seguros en contra el director Andrés Ibañez por infracción a los artículos 39, 41 y 50 bis de la Ley de Sociedades Anónimas. También fue condenado el ex director de La Polar Norberto Morita a pagar 1.500 UF (37 millones de pesos aproximadamente) por falta de diligencia en el ejercicio de sus funciones, entre otros. Lo anterior, luego que la La Polar y multitienda reconociera la repactación unilateral a más 418 mil clientes, y que el número de afectados asciende a un número aún mayor. Al igual que el caso anterior, sin perjuicio de la sanciones administrativas a que pudo tener lugar, se está actualmente a la espera de un Juicio Oral en lo Penal que tendrá lugar a mediados del año 2015, donde la Fiscalía Centro Norte ya presentó acusaciones, solicitando penas que van entre los 541 días hasta 14 años de cárcel, para los principales imputados entre los que se encuentra Pablo Alcalde (Ex Presidente de La Polar), María Isabel Farah (Ex Gerente de administración), Julian Moreno (Ex gerente de productos financieros) y Nicolás Ramírez (Ex Gerente General).

²⁶ Resoluciones Exentas N° 854, 855, 859 y 861 de la Superintendencia de Valores y Seguros, de fechas 31 de diciembre del año 2009

A modo de conclusión y viendo la importancia e implicancia que tiene el actuar negligente o doloso de los directores y gerentes de las sociedades anónimas de los casos citados anteriormente, consideramos que es importante no sólo regular de forma más sistemática y clara esta materia, sino que se debe exigir mayor compromiso y exigencia de estudios en particular, que digan relación al trabajo a ejercer por parte de los directores y gerentes y la responsabilidad que significa asumir sus dichos cargos.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE Rodríguez, Enrique. La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas, Responsabilidad Civil y Penal Administrativa. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2013. 498 p.

ALVARADO Piñero, Miguel. La Responsabilidad Civil de Directores y Gerentes de Sociedades Anónimas Abiertas y Seguro Profesional como Medio de Delimitación de Riesgos. Tesis de Magister en Derecho de Empresa. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008. 87 p.

BAEZA Ovalle, Gonzalo. Derecho Comercial. Tomo II. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2003. 250 p.

BIBLIOTECA del Congreso Nacional. Historia de la ley 20.393 sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Discusión en Sala. Biblioteca del Congreso Nacional. 2009. [Fecha de consulta: 02 de septiembre de 2012].

Disponible en:

<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668&buscar=ley+20393>>

DECRETO Ley 3.538, De la Superintendencia de Valores y Seguros. Santiago: 1980. [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2014]. Disponible en

<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=7168&buscar=dl+3.538>>

DÍAZ Bravo, Roberto Felipe. La Regulación de los Conflictos de Interés de los Directores como una Medida de Protección a los Accionistas Minoritarios en la Sociedad Anónima. Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho con

Mención en Derecho Económico. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2009.
140 p.

DICCIONARIO de la Lengua Española (DRAE). Definición de Responsabilidad.
Versión electrónica. 22ª ed. 2012. [Fecha de consulta: 18 de diciembre de 2012].
Disponible en: <<http://lema.rae.es/drae/?val=responsabilidad>>

DICCIONARIO de la Lengua Española (DRAE). Definición de Gerente. Versión
electrónica de 22ª ed. 2012. [Fecha de consulta: 25 de abril de 2015]. Disponible
es: <[www.rae.es/ drae/?val=gerente](http://www.rae.es/drae/?val=gerente)>

DICCIONARIO de la Lengua Española (DRAE). Definición de Sociedad. Versión
electrónica de 22ª ed. 2012. [Fecha de consulta: 10 octubre de 2012]. Disponible
en: <[www.rae.es/ drae/?val=sociedad](http://www.rae.es/drae/?val=sociedad)>

ESPINOZA Castillo, Sergio. Monografías, Sociedades Anónimas. Santiago de
Chile: Facultad de Derecho Depto Derecho Comercial, Universidad de Chile, 1983.
145 p.

HOCSMAN, Heriberto Simón. Responsabilidad de los Directores de Sociedades
Anónimas. Argentina, 2002. [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2014].
Disponible en: <http://justiniano.com/revista_doctrina/directores.htm>

MINISTERIO de Hacienda. Decreto Número 702, Nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas. Santiago, 2011. [Fecha de consulta: 12 de octubre de 2014]. Disponible en:

<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1041586&buscar=decreto+702>>

MINISTERIO de Hacienda. Ley Número 18.045. Ley de Mercado de Valores. Santiago, 1981. [Fecha de consulta: 12 de octubre de 2014]. Disponible en:

<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29472&buscar=ley+18.045>>

MINISTERIO de Hacienda. Ley Número 18.046. Ley sobre Sociedades Anónimas.. Santiago, 1981. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2014]. Disponible en:

<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29473&buscar=ley+18.046>>

MINISTERIO de Hacienda; Subsecretaría de Hacienda. Ley Número 20.393 Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que Indica. Santiago, 2009. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2014]. Disponible en:

<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668&buscar=ley+20393>>

MINISTERIO de Hacienda; Subsecretaría de Hacienda. Ley N° 20.382. Introduce Perfeccionamiento a la Normativa que Regula los Gobiernos Corporativos de la Empresas. año 2009. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2014]. Disponible en:

<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1007297&buscar=ley+20382>>

MINISTERIO de Justicia. Código Civil. DFL 1, artículo N° 2061. Santiago, 2000.

[Fecha de consulta: 06 de septiembre de 2012]. Disponible en:

<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>>

MINISTERIO de Justicia. Ley N° 19.696, que establece Código Procesal Penal. año 2000. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2014]. <Disponible en:

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&idParte=0>>

ORREGO, Juan Andrés. Apuntes sobre la Responsabilidad Extracontractual.

Delitos y Cuasidelitos Civiles. año 2014. [Fecha de consulta: 13 de enero de 2013].

Disponible en: <<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>>

PUELMA Accorsi, Alvaro. Sociedades. Tomo II. Sociedades Anónimas. 2ª.ed.

Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2009. 257 p.

UNITED STATES, Ley Sarbarnes-Oxley of Act. 2002, Título 3, Sección 302 [Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2014]. Disponible en: <<http://interamerican-usa.com/articulos/Leyes/Ley-Sar-Oxley.htm>>

VASQUÉZ Márquez, José Ignacio. Informe de la Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación de la Corte Suprema: Algunos Comentarios sobre la Ley 20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Santiago de Chile: 2010. 55 p.

VILCHES Núñez, Antonio. Responsabilidad de los Integrantes de Los órganos de Administración de las Sociedades Anónimas. Tesis para Obtención de Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago de Chile: Universidad Finis Terrae, 2000. 156 p.

WIGODSKI, Teodoro. Los Deberes del Director de Empresa y Principales Ejecutivos. Santiago, 2011 [Fecha de consulta:15 de octubre de 2012] Disponible en: <<http://www.teodorowigodski.cl/los-deberes-del-director-de-empresas-y-principales-ejecutivos/>>

ZAPATA Bernal, María José. Responsabilidad de los Directores de las Sociedades Anónimas Abiertas, en cuanto al conflicto de Interés y el Uso de la Información Privilegiada en el Caso Enersis. Tesis para Obtención de Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Talca: Universidad de Talca, 2009. 73 p.