



UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

“GOBIERNO CORPORATIVO. EL CARÁCTER DEL INTERÉS DEL DIRECTOR
CUANDO ES PARTE RELACIONADA”

Memoria para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Año: 2007

Profesor Patrocinante:

Carlos Carnevalli Dickinson

María Elisa Morales Ortiz

Valdivia, 20 de diciembre de 2007

Sr.

Juan Andrés Varas Braun

Director Instituto de Derecho Privado

Presente

Estimado Director:

En cumplimiento de lo dispuesto por el Reglamento correspondiente, hago llegar a Ud. la evaluación de la Memoria de Prueba de doña María Elisa Morales Ortiz titulada "Gobierno Corporativo: El carácter del interés del director cuando es parte relacionada".

Para un mejor entendimiento de la evaluación de dicha Memoria de Prueba, útil es ordenarla tal como se hace en el trabajo, esto es, comenzando por los contenidos de la introducción, y siguiendo con cada uno de los tres capítulos en los cuales se divide, las conclusiones y la bibliografía.

La Memoria de Prueba comienza con una breve introducción que cumple la función de enmarcar este estudio dentro del concepto de Gobierno Corporativo de las sociedades anónimas, el problema jurídico que intentará resolver, los objetivos de la Memoria y la forma como se estructura la misma.

En el primer capítulo, denominado "Sobre la operación con parte relacionada como conflicto de interés en la sociedad anónima", se realiza un desarrollo conceptual bastante completo acerca de la noción de conflicto de interés, desarrollo que resulta relevante desde el momento que nuestro legislador no lo define. En tal sentido, la estudiante efectúa un análisis de los distintos elementos que concurren en el conflicto de intereses, resaltando en tal análisis las explicaciones respecto al interés social y la forma como se protege en los deberes de los directores de las sociedades anónimas.

El segundo capítulo, titulado "Regulación de la operación con parte relacionada en el artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas", cumple adecuadamente con informar al lector acerca de la normativa existente en nuestro país, realizando un esfuerzo importante en explicar, en forma simple y didáctica, una materia de alta complejidad. Sin embargo, lo más positivo y original de este capítulo es la relación que efectúa la autora entre la Ley de Sociedades Anónimas y los principios de Gobierno Corporativo formulados por la Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), lo que permite al lector comprender la necesaria adecuación que debe existir entre la normativa interna y los principios internacionales de transparencia y eficacia de los gobiernos corporativos en un mundo cada vez más globalizado.

El tercer capítulo, denominado "Carácter del interés a que se refiere el artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas", intenta dar una solución fundada al

problema planteado en la introducción de la Memoria de Prueba, esto es, si el carácter del interés que relaciona al director de una sociedad anónima es sólo patrimonial o si puede ser también extrapatrimonial. Aún cuando el asunto es discutido en la doctrina comercial, la estudiante adopta una posición, negando la posibilidad de existencia de conflicto de interés cuando éste es meramente extrapatrimonial, y los fundamentos que entrega para adoptar tal posición guardan plena concordancia con lo desarrollado en los otros capítulos de la tesis.

La Memoria de Prueba termina con las "Conclusiones", que resultan coherentes con los capítulos anteriores revisados, ordenando aún más las materias tratadas en la Memoria. Sin embargo, hay que tener presente que las conclusiones de la autora ya se habían formulado en el capítulo tercero.

Por último, la bibliografía utilizada es bastante completa y demuestra lo exhaustiva que fue la investigación realizada.

En virtud de lo anterior, me es grato informar a Ud. que la evaluación de la Memoria de Prueba ya individualizada es de un siete coma cero (7,0). Por tal motivo, se autoriza para empaste.

Saluda atentamente a Ud.



Carlos Carnevali Dickinson
Profesor de Derecho Comercial

ÍNDICE	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: Sobre la operación con parte relacionada como conflicto de interés en la sociedad anónima	3
1. La noción de conflicto de interés	3
1.1. El concepto de conflicto de interés	3
1.2. Elementos del conflicto de interés	4
1.3. El interés social	5
1.4. Aspectos fundamentales del directorio de una sociedad anónima	10
1.4.1. Deberes fiduciarios	12
1.4.1.1. Deberes de diligencia y cuidado	12
1.4.1.2. Deberes de lealtad y transparencia	13
1.4.1.3. Deberes de obediencia	14
2. La operación con parte relacionada	14
2.1. Tipos de interés particular	17
CAPÍTULO II: Regulación de la operación con parte relacionada en el artículo 44 de la LSA	19
1. Fundamento normativo del artículo 44 de la LSA	19
2. Modificaciones introducidas por la ley 19.705 al artículo 44 de la LSA	20
3. Regulación positiva de la operación con parte relacionada en el artículo 44 de la LSA	21
3.1. Supuestos que regula el artículo 44	22
3.2. Requisitos generales	23
3.3. Regulación especial para operaciones que involucran montos relevantes	25
3.3.1. Operaciones que no involucran montos relevantes	25
3.3.2. Operaciones que involucran montos relevantes	26
3.4. Sanción en caso de infracción	27
4. Principios de gobierno corporativo	28
CAPÍTULO III: Carácter del interés a que se refiere el artículo 44 de la LSA	31
1. Carácter del interés del director en las presunciones de derecho del artículo 44 de la LSA	31
2. Carácter del interés del director en los supuestos que no caben en las presunciones de derecho del artículo 44 de la LSA	34
CONCLUSIONES	37
BILIOGRAFÍA	38

INTRODUCCIÓN

En nuestra legislación, el concepto de gobierno corporativo, aparece con la promulgación de la ley 19.705 que Regula las Ofertas Públicas de Acciones y Establece Régimen de Gobierno Corporativo.¹ Es el segundo aspecto del título de esta ley es el que nos interesa. A este respecto, la ley 19.705 introduce importantes reformas a la Ley de Sociedades Anónimas,² entre ellas, se modifica el artículo 44 de dicho cuerpo legal, el cual regula la forma en que deben llevarse a cabo las operaciones de la sociedad en que uno o más de sus directores tengan interés, por sí o como representantes de otra persona. En dicha regulación, el texto del artículo en comento nos enfrenta a un problema de certeza jurídica, ya que no establece cuál debe ser el carácter del interés a que se refiere. Concretamente, el artículo no menciona si el interés susceptible de relacionar al director con la operación de la sociedad que dirige, es de carácter patrimonial o si también puede ser de carácter extrapatrimonial.

Si bien el legislador no ha establecido el carácter del interés en ninguno de los supuestos regulados en el artículo 44, determinar este carácter es especialmente relevante para las situaciones que no caben dentro de los casos en que dicho artículo presume de derecho el interés del director. Esto, ya que, de darse las condiciones establecidas en estas presunciones, no cabe duda que la operación debe llevarse a cabo de acuerdo a los procedimientos previstos en la norma, cuestión que no es así para las situaciones que quedan fuera de ellas.

La relevancia de establecer el carácter del interés, sobretodo para las situaciones que no caben dentro de las presunciones de derecho antes aludidas, radica, principalmente en las consecuencias que puede enfrentar el director al no revelar el interés que lo relaciona. En efecto, el director relacionado debe revelar el interés que lo afecta a fin de someter la negociación a los procedimientos que la norma establece, de lo contrario se expone a sanciones administrativas, civiles e incluso penales.

La gravedad de las sanciones a las cuales puede resultar expuesto el director ha motivado nuestra investigación.

Las siguientes páginas tienen por objeto determinar el carácter del interés a que se refiere el artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas, en los supuestos que no caben en las presunciones de derecho contenidas en él, buscando establecer una interpretación fundada respecto del interés que relaciona al director.

¹ Publicada en el Diario Oficial el 20 de diciembre de 2000.

² Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de octubre de 1981.

En este sentido, pensamos que el interés que uno o más directores de una sociedad anónima tenga, por sí o como representante de otra persona, debe ser acotado sólo a un interés de carácter patrimonial.

Para determinar si lo anteriormente planteado es así, o si el interés extrapatrimonial también es susceptible de relacionar al director, reuniremos, al finalizar nuestro trabajo, las distintas ideas obtenidas durante el desarrollo de la investigación, a modo de premisas que nos permitirán deducir una conclusión respecto del carácter del interés.

De esta forma, organizaremos nuestra tarea en tres capítulos. El primero de ellos estará dedicado a establecer algunas nociones conceptuales relevantes como, conflicto de interés, interés social, operación con parte relacionada, interés patrimonial y extrapatrimonial, además de explicar algunos aspectos fundamentales del directorio de una sociedad anónima. Nuestro segundo capítulo, expondrá la regulación legal de la operación con parte relacionada, y los principios de gobierno corporativo que juegan en este tipo de conflicto de interés. Por último, en el tercer capítulo, trataremos de establecer el carácter del interés que relaciona al director en los supuestos comprendidos en las presunciones de derecho del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas, y el carácter de dicho interés para los supuesto que no caben en estas presunciones.

CAPÍTULO I: Sobre la operación con parte relacionada como conflicto de interés en la sociedad anónima

1. La noción de conflicto de interés

1.1. Concepto de conflicto de interés

La denominada operación con parte relacionada, se inserta dentro de un tema más amplio, cual es el de los conflictos de interés. Es por ello que para entender de qué se tratan este tipo de operaciones, resulta necesario entender primero qué es un conflicto de interés.

El concepto de conflicto de interés fue introducido en el año 1.638 por el autor español José de la Vega en su obra “Confusión de confusiones. Diálogos curiosos entre un filósofo agudo, un mercader discreto y un accionista erudito, describiendo el negocio de las acciones, su origen, su etimología, su realidad, su juego y su enredo”. En dicha obra el autor advierte sobre la necesidad de que el legislador defina pautas a que deben sujetarse quienes enfrentan el problema de privilegiar su interés personal por sobre el interés de la entidad por quien también se actúa.³

Según PFEFFER, bajo la denominación de conflicto de interés “se debe englobar a la generalidad de situaciones que se presentan cuando confluyen en una misma persona diversas calidades, representativas de intereses diversos y no siempre coincidentes, en donde no pueden satisfacerse todos ellos, por lo que se debe optar por uno, posponiendo al otro”.⁴

Pese a la carga emotiva desfavorable que lleva consigo el término, se trata de una expresión que sólo describe una situación específica, que por sí sola no es buena ni mala. No se trata de un concepto tipificado como ilícito, siendo la resolución del conflicto lo que puede llevar al sujeto a incurrir en una ilicitud.⁵

En nuestro ordenamiento jurídico, el término fue incorporado por la Ley N° 19.301 de 1994 que agregó el Título XX a la Ley de Mercado de Valores y el Título XIV al Decreto Ley N° 3.500, referido a aquellas situaciones que enfrentan las sociedades administradoras de fondos de terceros y los fondos que administran.⁶

El legislador chileno no señala un concepto de conflicto de interés y tampoco da a dichas situaciones un tratamiento sistemático. No obstante, existen diversos supuestos reglamentados,

³ Cfr. PFEFFER, FRANCISCO: “Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol.27, N° 3, 2000, pp. 485- 499, pp. 487- 488.

⁴ PFEFFER, FRANCISCO: “El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el contexto del denominado «Caso Chispas»”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol.32, N° 3, 2005, pp. 501- 537, pp. 520- 521.

⁵ *Ibid.*, p.521.

⁶ *Loc.cit.*

especialmente en el caso de las sociedades anónimas.⁷ Es justamente dicho ámbito el que nos interesa.

En las sociedades son diversas las posibilidades de conflictos de interés. En efecto, la sociedad puede ser vista como un medio para satisfacer las necesidades comunes de una pluralidad de sujetos, o bien como un instrumento funcional a las aspiraciones de uno o algunos, o incluso de terceros ajenos a la organización.⁸

Respecto de las reglas referidas a los conflictos de interés en la legislación sobre sociedades anónimas, es posible distinguir, por una parte a aquellos preceptos que se refieren directamente a los conflictos entre accionistas, y por otra a aquellos que miran a la vinculación entre la sociedad y sus directores.⁹

Nos interesa precisar la segunda de las posibilidades descritas. Para ello resulta útil determinar cuáles son los elementos que deben presentarse en una situación para ser calificada como tal. Es decir, enunciar los elementos que deben existir para poder hablar de un conflicto de interés enfrentado por un director de una sociedad en el ejercicio de su cargo.¹⁰

1.2. Elementos del conflicto de interés

Se puede señalar como primer elemento, la presencia de una situación contrapuesta o antagónica, objetiva y real, entre el interés del director de la sociedad anónima y el interés social. Dicha situación debe poder deducirse de hechos exteriores que se presentan indubitadamente.¹¹

Un segundo elemento es la existencia de un nexo de causalidad entre el interés particular del director y el perjuicio del interés social. No es preciso un perjuicio efectivo, basta que exista un peligro o riesgo de lesión del interés social.¹²

Un tercer elemento que debe presentarse es el interés particular o extrasocietario del director implicado.¹³

⁷ Cfr. LYON, ALBERTO: "Conflictos de intereses en las sociedades", en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 29, N° 1, 2002, pp. 47- 93, p. 47.

⁸ Cfr. ALCALDE, ENRIQUE: *La sociedad anónima*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, p.30.

⁹ *Ibid.*, pp.58-59.

¹⁰ Al respecto seguimos la enumeración establecida en BERNET, MANUEL: "El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°8, 2007, pp. 107- 153, p. 120.

¹¹ Cfr. MARTORELI, ERNESTO: *Los directores de las sociedades anónimas*, Buenos Aires, De Palma, 1990, p. 373, cit. por BERNET, MANUEL: *Op. cit.*, p. 120.

¹² Cfr. SÁNCHEZ, MERCEDES: *Conflictos de intereses entre los socios en sociedades de capitales. Art. 52 de la ley 2/1995, de 23 de marzo*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 154, cit. por BERNET, MANUEL: *Op. cit.*, p. 120.

¹³ Cfr. BERNET, MANUEL: *Op.cit.*, p. 120.

Se puede mencionar un cuarto elemento que versa sobre el carácter del interés del director implicado. Sin embargo, hace falta detenerse en este punto ya que, en nuestra doctrina existen posiciones antagónicas al respecto. A continuación enunciaremos las distintas posturas.

Para BERNET, un cuarto elemento que configura este tipo de conflictos, es el carácter patrimonial del interés del director afectado. Dicho carácter se mantiene aunque él mismo esté inspirado en finalidades ajenas al lucro. Lo determinante es que tenga una repercusión de orden económico.¹⁴ En el mismo sentido, ALCALDE, sostiene que el interés del director debe tener un carácter patrimonial, definiéndolo como aquel susceptible de apreciación pecuniaria.¹⁵

Según PFEFFER, el contenido del interés del director implicado puede ser tanto patrimonial como extrapatrimonial. Cualquier circunstancia –amistad, enemistad, convivencia, influjo de un tercero, resentimiento – que afecte la imparcialidad del director y que pueda ser traducida en una situación que desfavorezca a la sociedad que dirige, es constitutiva de interés.¹⁶

Determinar cuál es el contenido de dicho interés, es justamente nuestro objetivo. No obstante existir referencias al respecto en nuestra doctrina, no pasan de ser eso mismo, “referencias” u “opiniones”. Los autores no se extienden demasiado al respecto en sus trabajos, tampoco vinculan extensamente sus posiciones con legislación y principios relacionados que permitan llevar a una conclusión fundada y adecuada a las reglas que rigen actualmente este tipo de operaciones. Pensamos que resulta ineludible presentar un conjunto de argumentos suficientes para decantar por una u otra postura, debido a la importancia que conlleva especificar el carácter del interés que afecta a un director en este tipo de conflictos, con el fin de determinar cuándo debe actuar conforme a lo dispuesto en la ley para estos supuestos y eventualmente su exposición al sistema de responsabilidad que la ley señala. Trataremos de arribar a una conclusión en el último capítulo de nuestro trabajo (*infra* Capítulo III).

Volviendo al tema de este primer acápite, “la noción de conflicto de interés”, es menester referirnos a un concepto fundamental dentro de dicha noción, el interés social.

1.3. El interés social

En doctrina ha debatido acerca del sustrato del interés social. Existen dos posiciones al respecto. Se trata de teorías en torno al concepto de interés social que constituyen un reflejo de las principales doctrinas que intentan explicar la naturaleza jurídica de las sociedades.

¹⁴ BERNET, MANUEL: “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, p. 120.

¹⁵ Cfr. ALCALDE, ENRRIQUE: “Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 5, enero 2002, pp. 243- 253, p. 246.

¹⁶ Cfr. PFEFFER, FRANCISCO: “Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 12, julio 2005, pp. 145- 160, p. 151.

La primera de ellas es la teoría contractual o clásica. Esta tendencia prevaleció hasta fines del siglo XIX. Esto explica que tanto en el Código Civil como en el de Comercio, la sociedad sea tratada como un contrato típico, pluripersonal, de tracto sucesivo y de carácter organizativo.¹⁷

Dentro de la tendencia en torno al concepto de interés social, inspirada en la teoría contractualista, existen posiciones que van desde reducir el interés social a la mera sumatoria de los intereses individuales del conjunto de accionistas, hasta aquellas que lo identifican con el interés que representa a la mayoría de los socios. No obstante, lo distintivo de esta postura, consiste en situar el tema en la estructura misma de la sociedad, concibiendo al interés social como uno de los elementos que integran o forman parte del contrato que origina a la sociedad.¹⁸

La concepción contractualista excluye toda configuración de un interés social superior y diverso del de los socios. El concepto de interés social es sintetizado como el interés común de los socios en su calidad de tales, la tendencia a la realización del fin último de la sociedad, es decir, lograr mediante la actividad social, el máximo de lucro posible.¹⁹

La segunda teoría, respecto de la naturaleza jurídica de la sociedad y que a su vez inspira otra de las doctrinas acerca del interés social, es la teoría institucionalista. Esta posición, reconoce el origen contractual de la sociedad, pero agrega que el contrato de sociedad nace como una institución, un ser o ente intermedio entre el individuo y el Estado. La sociedad nace como un sujeto de derecho con intereses distintos de aquellos de los socios.²⁰ Para estas teorías la sociedad anónima constituye un instrumento al servicio de la organización social, donde la autoridad tiene una participación activa.²¹

Para esta concepción, la sociedad anónima constituye un núcleo en torno al cual giran múltiples intereses, entre los cuales el de los accionistas es uno de varios. De este modo las sociedades pasan a cumplir una función pública dentro de la organización global de la economía, como medio necesario para el desarrollo de la comunidad nacional.²² Es así como una perspectiva institucionalista del interés social, tiende a confundirlo con objetivos que poseen otros actores de la comunidad, pudiendo llegar al extremo de identificarlo con las exigencias derivadas del interés nacional.²³

¹⁷ Cfr. PUELMA, ALVARO: *Sociedades*, t. I (Generalidades y principios comunes, sociedad colectiva, sociedad en comandita, sociedad de responsabilidad limitada), t. II (Sociedad anónima), 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p.56.

¹⁸ Cfr. ALCALDE, ENRIQUE: “Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima”, p. 244.

¹⁹ Cfr. ALCALDE, ENRIQUE: *La sociedad anónima*, pp. 36-37.

²⁰ Cfr. PUELMA, ALVARO: *Sociedades*, p.58.

²¹ Cfr. ALCALDE, ENRIQUE: *Op. cit.*, p.32.

²² *Ibid.*, pp. 32-33.

²³ Cfr. ALCALDE, ENRIQUE: *Op. cit.*, p. 245.

En nuestra opinión, se debe seguir una teoría inspirada en los principios de la doctrina contractualista.²⁴ Esto, dado que nos parece más coherente con la regulación que en nuestro ordenamiento reciben las sociedades. No cabe duda de que tanto nuestro Código Civil como nuestro Código de Comercio adoptaron las doctrinas contractualistas, vigentes al momento de su dictación.²⁵ Sin embargo, cabe mencionar que en las últimas reformas a la Ley de Sociedades Anónimas²⁶ y Ley de Mercado de Valores²⁷ (en lo sucesivo LSA y LMV respectivamente), se puede vislumbrar una tendencia inspirada en principios institucionalistas.²⁸ En efecto, se han incorporado normas que intentan proteger el interés del público en general y de terceros que contratan con la sociedad, como por ejemplo aquellas que tienden a proteger la transparencia de los antecedentes sociales mediante el deber de información establecido a favor del público inversor.²⁹

No obstante lo anterior, y como ya dijimos, nos inclinamos por la doctrina contractualista, por existir algunas normas fundamentales en nuestra legislación que aun no han sido formalmente modificadas. A saber, el Código Civil, en su artículo 2.053, que define a la sociedad, tipifica a ésta como un contrato: “La sociedad o compañía es un contrato en el que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan.” Y agrega: “La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. Se trata de una definición común para los diversos tipos de sociedades reconocidos en su artículo 2.061, a saber: civiles y comerciales, colectivas, en comanditas, y anónimas.³⁰

Así, el interés social es un elemento que forma parte del contrato de sociedad. A partir de esta consideración, es posible atribuir al interés social una significación objetiva, ajena y diferente a las motivaciones personales de los socios. Como se trata de una persona jurídica, la sociedad es titular de intereses jurídicamente protegidos, distinto del de los socios individualmente considerados. En este contexto, con la palabra interés acompañada de la expresión “social”, se está haciendo referencia a un interés compartido por todos los socios, un interés común que los conduce a constituir la sociedad o a ingresar a ella.³¹

Ayuda a reforzar la idea anterior, una referencia a la noción de persona jurídica. Cuando un fin social, que viene a satisfacer necesidades de carácter permanente, no puede conseguirse

²⁴ Siguiendo en este sentido la opinión dominante en nuestra doctrina. Por todos ALCALDE, ENRIQUE: *La sociedad anónima*, pp. 39-40; ZEGERS, MATIAS Y ARTEAGA, IGNACIO: “Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 31, N° 2, 2004, pp. 239- 268, p. 245.

²⁵ Cfr. PUELMA, ALVARO: *Sociedades*, p.59.

²⁶ Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de octubre de 1981. En lo sucesivo LSA.

²⁷ Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, publicada en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1981. En lo sucesivo LMV.

²⁸ Cfr. ALCALDE, ENRIQUE: “Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima”, p. 244.

²⁹ Cfr. PUELMA, ALVARO: *Op. cit.*, p.546.

³⁰ *Ibid.*, p.46.

³¹ *Ibid.*, pp.39-40.

individualmente, se forman entes complejos por la reunión de varios seres humanos y/o la destinación de un patrimonio a dicho fin, y a estos entes creados se les reconoce una individualidad propia.³²

En este sentido, el interés social, se traduce en la consecución del lucro o utilidad de la misma sociedad. Esto se infiere a partir del tenor literal del artículo 2.053, que establece que los socios se obligan a poner algo en común con miras a repartir las utilidades respectivas. Esta concepción resulta confirmada por el artículo 2.091 del Código Civil, al expresar que “Los productos de las diversas gestiones de los socios en el interés común, pertenecen a la sociedad; y el socio cuya gestión haya sido más lucrativa, no por eso tendrá derecho a mayor beneficio en el producto de ella”.³³

Todas las ideas enunciadas nos sugieren que es el interés común de los socios, y no algún interés extrasocietario, el que debe calificarse como interés social, siendo la misma sociedad la que directamente, e indirectamente los socios, la que se aproveche de las gestiones que los socios realicen como tales, es decir, en interés de todos ellos y en el marco de del objeto social definido por ellos mismos.³⁴

Antes de aventurarnos en una definición de interés social, es preciso deslindar esta noción de la de objeto social y la causa del contrato de sociedad, debido a la estrecha relación que presentan.

El objeto o giro de la sociedad es la actividad que los socios se han propuesto ejecutar a fin de que la persona jurídica obtenga los beneficios que más tarde distribuirán entre sí. Así podemos distinguir el interés social del objeto social, diciendo que éste último es un medio o instrumento que está destinado a la consecución del primero. Entender esta distinción resulta útil sobretudo para saber cuándo se encuentra verificado o no un conflicto de interés en la sociedad anónima, que atendida su naturaleza contractual, aquello que los socios convengan como giro de la sociedad, permite establecer el espectro de actividades o negocios que pueden ser exigidos a los administradores en orden a satisfacer las demandas que impone el interés de la sociedad y cuáles ellos pueden realizar sin comprometerlo.³⁵

En otras palabras, el objeto social, así entendido, viene a condicionar aquello que se debe ejecutar y aquello que no, a fin de satisfacer la función típica del contrato social. Así, está permitido todo lo que hallándose comprendido dentro del objeto social, sea adecuado o apto para que los

³² Cfr. DE RUGGIERO, ROBERTO, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción castellana, tomo I, Madrid, 1929, p. 215, cit. por, ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL Y VODANOVIC, ANTONIO: *Tratado de Derecho Civil*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, pp. 356- 357.

³³ Cfr. ALCALDE, ENRIQUE: *La sociedad anónima*, p. 46.

³⁴ *Loc. cit.*

³⁵ Cfr. ALCALDE, ENRIQUE: *Op.cit.*, pp.41-42.

accionistas incrementen sus posibilidades de aumentar las utilidades provenientes del giro y disminuyan el riesgo de pérdidas, lo cual responde a una finalidad compartida por los todos ellos.³⁶

Distinguir el interés social de la causa del contrato de sociedad no resulta tan sencillo, dado que aquí la relación se estrecha aún más. Como nuestro fin es sólo deslindar ambas nociones, no expondremos aquí las complejas teorías que existen al respecto,³⁷ simplemente enunciaremos la opinión de ALCALDE, que nos parece muy adecuada a nuestras metas. Según este autor, la diferencia entre ambas nociones, radica en que la de interés social resulta más amplia que la de la causa del contrato de sociedad. Para este autor, del artículo 2.053 del Código Civil se desprende el motivo presunto que induce a los socios a celebrar el contrato y que para los socios constituye su causa, cual es la mira de repartir entre sí los beneficios que provengan de los aportes, que a su vez se obligaron a efectuar en común. El interés social, por su parte, no se agota en la mera referencia a esta finalidad común de todos los socios, ya que dicho objetivo común –generación de utilidades que después será distribuidas– debe realizarse, necesariamente de un modo específico y determinado: la explotación del giro u objeto social. De este modo, la noción de interés social ayuda a objetivizar la de causa del contrato social e identificar cuál es el interés jurídicamente protegido en este contrato, pasando a ser un límite para las finalidades o causas personales de los socios, sirviendo además para corregir sus actuaciones desviadas del interés social.³⁸

Luego de realizar algunas precisiones necesarias, podemos intentar una definición de interés social para las sociedades anónimas, y decir que el interés social es un elemento que forma parte del contrato de sociedad que se identifica con el interés compartido por todos los accionistas, distinto del objeto y causa del contrato de sociedad, que los induce a constituir la sociedad o ingresar a ella y que coincide con la realización del fin último de la sociedad, cual es, lograr mediante la actividad social el máximo de lucro posible, el que a su vez orienta tanto sus actuaciones como las de los directores de la sociedad, dentro del giro de la misma.

Una vez hechas las aproximaciones necesarias a la noción de conflicto de interés e interés social, cabe enunciar algunos aspectos fundamentales del directorio de una sociedad anónima, para luego entender, con mayor propiedad, el concreto conflicto de interés que los puede afectar en el desempeño del cargo: la operación con parte relacionada.

³⁶ Cfr ALCALDE, ENRIQUE: “Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 16, julio 2007, pp. 115- 126, p. 115.

³⁷ Ver PUELMA, ALVARO: *Sociedades*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, pp. 122 y 123.

³⁸ *Ibid.*, pp. 42- 45.

1.4. Aspectos fundamentales del directorio de una sociedad anónima

El directorio de una sociedad anónima es un órgano colegiado que tiene a su cargo la administración y representación judicial y extrajudicial de la misma.³⁹

De la definición legal de sociedad anónima se desprende que el directorio es un órgano esencial dentro de su estructura, es decir, no se puede concebir a la sociedad anónima sin este órgano.⁴⁰ En efecto, dicho artículo establece: “La sociedad anónima es una persona jurídica 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”.

En términos generales y desde un punto de vista jurídico, administrar, significa realizar todos los actos necesarios o conducentes, directa o indirectamente, a conseguir los fines de la persona jurídica. En otras palabras, el directorio es el encargado de desarrollar el objeto de la sociedad, el cual a su vez constituye un límite en el ejercicio de su administración. Así, todos los actos de administración que escapan del objeto social, escapan también del ámbito de sus facultades, y por ello resultan inoponibles.⁴¹

Conforme al artículo 40 de la LSA, el directorio no sólo es el órgano administrador de la sociedad anónima, sino que también la representa judicial y extrajudicialmente. Esto significa que tiene la facultad de obligar a la sociedad frente a terceros. El directorio es el elemento integrante necesario para la manifestación de la personalidad jurídica de la sociedad.⁴²

El poder de representación es un elemento esencial de la administración. En efecto, la consecución del objeto de la sociedad supone necesariamente la realización de negocios, y con ello la celebración de actos jurídicos. De este modo, la administración desprovista de representación importa privar al órgano administrador del más importante medio para llevarla a cabo.⁴³

Respecto a la naturaleza de esta representación, se trata de una representación legal. Es decir, queda excluido que en la base de la relación sociedad- administradores exista un contrato que explique la representación de la sociedad en la persona de los miembros del directorio. Se trata de una representación especial, o sui géneris, emanada de la ley y de los estatutos, que tiene su origen en una situación objetiva propia de la organización de la sociedad anónima. SANDOVAL sostiene que se trata de una “representación orgánica”, es decir, en ella no existen dos voluntades – la del

³⁹ Artículo 31 y 40 de la LSA.

⁴⁰ Cfr. TORRES, ÓSCAR: *Derecho de Sociedades*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006, pp. 377-378.

⁴¹ LYON, ALBERTO: *Personas Jurídicas*, 4ª ed. ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2006, pp. 153- 154.

⁴² Cfr. SANDOVAL, RICARDO: *Derecho Comercial*, t. I, 4ª ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, p. 479

⁴³ Cfr. LYON, ALBERTO: *Personas Jurídicas*, p. 155.

representante y la del representado – sino que una sola, cual es la voluntad del órgano, que es la voluntad originaria de la sociedad, y mediante la manifestación de dicha voluntad, la sociedad actúa.⁴⁴

Además, cabe tener presente que el nombramiento de los miembros del directorio no es un acto contractual, sino una declaración unilateral de voluntad de la junta de accionistas,⁴⁵ cuya validez no depende de la aceptación del cargo de la persona elegida. La aceptación constituye una condición de eficacia. Esta idea refuerza el carácter orgánico y legal de la representación de la sociedad anónima que asume el directorio.⁴⁶

Hasta aquí podemos decir que el directorio es un órgano social que cuenta con amplias e importantes facultades. Queda ahora dar luces acerca de cómo debe ejercer dichas facultades, haciendo hincapié en cuáles son los deberes de los directores de una sociedad anónima, y a qué tipo de responsabilidad se enfrentan. Comenzaremos haciendo una breve referencia al segundo punto.

Según el artículo 41 de la LSA los directores deben emplear en el ejercicio de su cargo el cuidado ordinario –cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios – en la administración de la sociedad y responden solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables. LYON sostiene que la responsabilidad del directorio no es colectiva, sino individual, infiriendo tal idea del tenor literal del artículo 41 que establece que los directores responden por *sus* actuaciones.⁴⁷ En otro extremo, VIDAL sostiene que dicha responsabilidad es colectiva, ya que los directores ejercen sus funciones colectivamente y no en forma individual, regidos por el principio de la mayoría. Así, cuando los directores actúan en el desempeño de su cargo, en verdad, lo está haciendo el órgano, siendo la responsabilidad solidaria una consecuencia de la actuación conjunta de los directores como órgano social.⁴⁸

No obstante, según lo dispone el artículo 48 de la LSA, los directores pueden salvar su responsabilidad haciendo constar su oposición al acuerdo del directorio en el acta respectiva y debiendo darse cuenta de ello en la próxima junta ordinaria de accionistas.⁴⁹

⁴⁴ Cfr. SANDOVAL, RICARDO: *Derecho Comercial*, p. 479.

⁴⁵ Artículo 31 inciso 1° de la LSA.

⁴⁶ Cfr. SANDOVAL, RICARDO: *Op.cit.*, p. 479.

⁴⁷ Cfr. LYON, ALBERTO: *Personas Jurídicas*, p. 174.

⁴⁸ Cfr. VIDAL, ÁLVARO: “Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. Bases para la construcción de un sistema unitario”, en Juan Andrés Varas- Susan Turner Saelzer (coordinadores): *Estudios de derecho civil*, pp. 733-774, p. 734.

⁴⁹ No nos extenderemos más acerca del tema de la responsabilidad de los directores de la sociedad anónima, ya que no está dentro de los objetivos del presente trabajo. Para una mayor ilustración respecto del complejo régimen de responsabilidad que afecta a los directores de una sociedad anónima, ver: LAGOS, OSVALDO: “La responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas”, en *Revista de Derecho de la Empresa*, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, Legis, vol. 1, enero- marzo 2005, pp. 81- 118; OYANEDER, PATRICIO: “Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de

Respecto de los deberes que deben observar los directores de una sociedad anónima en el ejercicio de su cargo, hay que precisar que el origen de éstos es la relación orgánica constituida desde la aceptación de su cargo.⁵⁰ Desde que el director acepta el cargo, se constituye una relación jurídica entre éste y la sociedad, lo cual implica el sometimiento de éste a una serie de reglas que rigen su desempeño como director. El régimen jurídico a que queda sometido el director, está compuesto por las reglas contenidas en los estatutos, en la LSA y su Reglamento.⁵¹ En los estatutos se haya el concreto ordenamiento de la actividad de los directores. El límite a la regulación estatutaria es la ley y su reglamento, cuyas normas, por regla general son de orden público. Además, la ley y su reglamento suplen todo aquello que sin ser elemento esencial no fue previsto en los estatutos.⁵²

Es importante el análisis de estos deberes ya que sirven como criterio orientador de la correcta resolución de eventuales conflictos de interés que puede enfrentar un director.⁵³ Dentro del análisis de cada uno de ellos, haremos una breve referencia a la relación que guardan con el interés social, esto en atención a que en nuestra legislación, el interés social es el fundamento de todas las obligaciones de quienes administran una sociedad.⁵⁴

1.4.1. Deberes fiduciarios

Los llamados deberes fiduciarios se pueden agrupar en tres grandes categorías: deberes de diligencia y cuidado; deberes de lealtad y transparencia; y deberes de obediencia.

1.4.1.1. Deberes de diligencia y cuidado

Al respecto, el artículo 41 de la LSA, ya citado, dispone: “Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios...”. Este deber impone a los directores observar el estándar de conducta establecido en la norma. De este modo, el deber de diligencia se materializa en la exigencia de actuar, en el ejercicio de su cargo, como lo haría una persona prudente en la administración de sus propios negocios empleando un cuidado medio.⁵⁵

hecho”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 7, enero 2003, pp. 325- 337, y VIDAL, ÁLVARO: “Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. Bases para la construcción de un sistema unitario” pp. 733-774.

⁵⁰ Cfr. VIDAL, ÁLVARO: *Op. cit.*, p. 734.

⁵¹ Decreto Supremo N° 587, que aprueba el Reglamento de Sociedades Anónimas, publicado en el Diario Oficial el 13 de noviembre de 1982. En adelante RSA.

⁵² Cfr. VIDAL, ÁLVARO: *Op. cit.*, p. 739.

⁵³ Cfr. PFEFFER, FRANCISCO: “El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el contexto del denominado «Caso Chispas»”, p. 521.

⁵⁴ Cfr. ZEGERS, MATIAS Y ARTEAGA, IGNACIO: “Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos”, p. 245.

⁵⁵ Cfr. VIDAL, ÁLVARO: *Op. cit.*, pp. 746- 747.

El deber de cuidado se ha definido como “el cuidado con que una persona ordinariamente prudente se desempeñaría en una función análoga en circunstancias similares y de una manera como razonablemente estime que protege el mejor interés de la sociedad”.⁵⁶

Como se ve, existe una manifiesta relación entre este deber y el interés social. En efecto, los administradores deben desempeñar su cargo procurando satisfacer la finalidad que ha determinado que los accionistas se organicen a través de una sociedad, es decir, maximizar las utilidades y el valor de la respectiva compañía.⁵⁷

En todo caso, las obligaciones que impone este deber de diligencia, son “obligaciones de medio”⁵⁸, es decir, es una actividad o cierto comportamiento lo que constituye la substancia del cumplimiento de la obligación, y el resultado no forma parte directa de dicho cumplimiento. El resultado sólo otorga dirección a la actividad comprometida y permite evaluar su cumplimiento.⁵⁹

De acuerdo a lo anterior, y siguiendo a PFEFFER, el cumplimiento de este deber presupone que el director debe hacer sus mejores esfuerzos por desplegar una conducta que presuponga: buena fe en la adopción de una decisión comercial; desinterés, o sea ausencia de interés personal; decisiones informadas; y una falta de discreción abusiva, que implica la existencia de una razonable convicción de los mejores intereses de la sociedad están siendo cautelados.⁶⁰ Todo esto sin que le sea exigible un resultado concreto.⁶¹

En general, el incumplimiento de este deber, se relaciona con los casos de abuso o desvío de poder e infidelidad, en cuanto la conducta importa desconocer el interés social en beneficio propio o de terceros.⁶²

1.4.1.2. Deberes de lealtad y transparencia

Es el deber que más estrecha relación guarda con la protección del interés social. Se traduce en el deber que tiene todo director de una sociedad anónima de proteger, con sus actuaciones, el

⁵⁶PAZ-ARES, CÁNDIDO: “Deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores”, disponible en www.oecd.org, abril 2002, cit. por PFEFFER, FRANCISCO: “El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el contexto del denominado «Caso Chispas»”, p. 522.

⁵⁷ Cfr. ALCALDE, ENRIQUE: *La sociedad anónima*, pp. 100-101.

⁵⁸ LAGOS, OSVALDO: “La responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas”, p. 97; en el mismo sentido PFEFFER, FRANCISCO: “El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el contexto del denominado «Caso Chispas»”, p. 523; y VIDAL, ÁLVARO: “Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. Bases para la construcción de un sistema unitario” p. 748.

⁵⁹ Cfr. PEÑAILLILLO, DANIEL: *Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, pp. 223- 224.

⁶⁰ Cfr. PFEFFER, FRANCISCO: *Op. cit.*, p.522.

⁶¹ *Ibid.*, p. 523.

⁶² *Loc. cit.*

interés social y de abstenerse de toda acción que pueda perjudicar el mismo,⁶³ velando en todo momento por el mejor interés de la sociedad.⁶⁴

La estructura de este deber corresponde a la de una obligación de resultado, en cuanto el director compromete una conducta que depende exclusivamente de su propia voluntad, y la realización de dicha conducta se mira como resultado.⁶⁵ Es decir, el director debe ajustar su conducta obligatoriamente a aquellos deberes descritos en los preceptos legales. Sólo de su voluntad depende el cumplimiento de lo exigido en la ley.⁶⁶

Este deber encuentra regulación en los artículos 39 inciso final, 42 números 1, 3, 4, 6, 7, y 44 de la LSA. Como resulta evidente su relación con uno de los conflictos de interés que pueden enfrentar los directores de una sociedad anónima, a saber, la operación con parte relacionada, dicha regulación será tratada en el siguiente capítulo a propósito de la regulación legal de la operación con parte relacionada (*infra* Capítulo II 3.1.).

1.4.1.3. Deberes de obediencia

Este deber señala que los directores de una sociedad anónima deben actuar cumpliendo con las restricciones y obligaciones establecidas en las leyes, reglamentos, estatutos y en el caso de sociedades anónimas abiertas, en las normas e instrucciones dictadas por la Superintendencia de Valores y Seguros.⁶⁷

En lo principal, este deber consiste en informarse e informar íntegra y oportunamente a la autoridad, a los accionistas y al público en general, y en lo pertinente a la contraparte de la relación contractual, según lo prescriba la ley y los estatutos. Lo anterior se desprende de los artículos 39 inciso 1°, 42 números 2 y 3, 46 y 48 de la LSA.

Luego de haber señalado algunas precisiones necesarias acerca del directorio de una sociedad anónima, podemos ahora abordar concretamente la operación con parte relacionada, como conflicto de interés que puede afectar a uno o más de los miembros del directorio.

2. La operación con parte relacionada

El concepto de personas relacionadas es incorporado en nuestra legislación por la LSA y la LMV, como supuesto de las normas que regulan la operación con parte relacionada en el contexto

⁶³ Cfr. por PFEFFER, FRANCISCO: “El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el contexto del denominado «Caso Chispas»”, p. 523.

⁶⁴ Cfr. ZEGERS, MATIAS Y ARTEAGA, IGNACIO: “Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos”, p. 250.

⁶⁵ Cfr. VIDAL, ÁLVARO: “Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. Bases para la construcción de un sistema unitario”, p. 749.

⁶⁶ Cfr. PFEFFER, FRANCISCO: *Op. cit.*, p.524.

⁶⁷ Cfr. ZEGERS, MATIAS Y ARTEAGA, IGNACIO: *Op. cit.*, p.251.

de los conflictos de interés en la sociedad anónima.⁶⁸ Según algunos autores, este tipo de negocios recibe también regulación en nuestra legislación común, como régimen general supletorio.⁶⁹ Sin embargo, como anteriormente dijimos (*supra* 1.4.1.2), la regulación legal de la operación con parte relacionada, como conflicto de interés que puede afectar a los directores de una sociedad anónima, será tratada ampliamente en el próximo capítulo de este trabajo (*infra* Capítulo III), acotando el análisis sólo a lo prescrito fundamentalmente en la LSA. Por el momento, nos ocuparemos de ciertos aspectos doctrinales que es necesario adelantar antes de preocuparnos de la regulación.

En términos generales, la operación o contrato con parte relacionada, es una categoría negocial que consiste en una “convención realizada entre personas vinculadas personal o patrimonialmente entre sí. Por ejemplo la compraventa entre cónyuges o entre el director de una sociedad y la entidad que administra.”⁷⁰

Suele confundirse esta noción con la de autocontrato, por lo que resulta necesario realizar la diferenciación.

El autocontrato puede definirse como “el negocio del representante consigo mismo, por sí o por otro representado, es decir, por simple o doble representación.”⁷¹

Existe una conexión natural entre ambas figuras, dado que comparten un elemento central: la existencia de un individuo con poder de disposición sobre dos patrimonios distintos, lo cual origina el peligro de que el otorgante del negocio vele únicamente por sus intereses en desmedro del interés de quien representa.⁷²

Sin embargo, la confusión antes aludida entre ambas figuras, se supera en una primera aproximación, si situamos nuestra atención en la operación con parte relacionada como conflicto de interés que afecta a los directores de sociedades anónimas –que es lo que nos ocupa–. En este caso, en vez de una confusión de figuras, podemos hablar, en primera instancia, de una superposición normativa, donde estos tipos de conflicto de interés son regulados tanto por el Derecho Común como por reglas especiales aplicables a la sociedad anónima,⁷³ lo cual se resuelve recurriendo al principio de especialidad.

En virtud de lo recién afirmado, podemos contextualizar ambas figuras dentro de marcos normativos distintos. El autocontrato, regulado por las normas del Derecho Común, y la operación

⁶⁸ Cfr. LYON, ALBERTO: “Conflictos de intereses en las sociedades”, pp. 47- 93, p. 49.

⁶⁹ Ver LYON, ALBERTO: *Op. cit.*, pp. 47- 49; y RODRÍGUEZ, MARÍA: “Disciplina común de los contratos entre partes relacionadas”, en Juan Andrés Varas- Susan Turner Saelzer (coordinadores): *Estudios de derecho civil*, pp. 343-372, pp. 344- 345.

⁷⁰ RODRÍGUEZ, MARÍA: *Op. cit.*, p. 344.

⁷¹ *Loc. cit.*

⁷² Cfr. BERNET, MANUEL: “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, p. 121.

⁷³ *Loc. cit.*

con parte relacionada –como conflicto de interés que puede enfrentar uno o más directores de una sociedad anónima – regulado por las normas relativas a la sociedad anónima.

Teniendo claro este primer punto, podemos arribar a una diferencia más especial entre ambas figuras negociales. El autocontrato siempre está inserto dentro de un fenómeno más amplio: los conflictos de interés en la representación,⁷⁴ existiendo, por lo tanto, una relación bilateral interna entre representante y representado. En dicho marco, el Derecho Común permite la autocontratación siempre que se cuente con la autorización del representado.⁷⁵ En cambio, en la operación con parte relacionada, aunque no cabe duda que el directorio representa a la sociedad anónima, se trata de una representación orgánica. En virtud de esto, y según los postulados de la teoría del órgano, el directorio actúa como principal, no habiendo una relación bilateral interna entre representante y representado.⁷⁶

No se puede decir, por lo tanto, que los directores sean mandatarios de la sociedad, sino órganos sociales, y esto hace que este tipo de conflictos de interés revistan una especial naturaleza en la sociedad anónima, lo que a la postre hace imposible aplicar las normas sobre el autocontrato contenidas en la legislación común. Y esto sería un problema si el legislador no hubiera dispuesto las pertinentes normas especiales, pero contamos con una regulación al respecto en la LSA, que establece una serie de normas a las que deben someterse los directores cuando se enfrentan a una operación en la que son parte.⁷⁷

En el ámbito de la sociedad anónima, los llamados negocios con persona relacionada son aquellos actos de la sociedad anónima en que uno o más de sus directores tienen interés.

Como ya dijimos, la ley ha establecido un sistema de control para la celebración de estos actos, y el fundamento de ello descansa en diversas razones. En primer lugar, existe una posición privilegiada de parte del director implicado, esencialmente por el acceso a la información que pertenece a la esfera societaria. Además, se evidencia un conflicto de interés, toda vez que el administrador que pretende celebrar el contrato con la sociedad va a tener una tendencia a mejorar su propia situación, con detrimento a la posición económica de la sociedad.⁷⁸

Siguiendo con el análisis de la operación con parte relacionada, como ya hemos advertido, se trata de operaciones que llevan implícito un conflicto de interés, y como tales reúnen todos los elementos de un conflicto de interés (*supra* 1.2.). Esto quiere decir que en la operación con parte

⁷⁴ Cfr. RODRÍGUEZ, MARÍA: “Disciplina común de los contratos entre partes relacionadas”, p. 345.

⁷⁵ *Loc. cit.*

⁷⁶ *Loc. cit.*

⁷⁷ Cfr. BERNET, MANUEL: “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, p. 121

⁷⁸ Cfr. TORRES, ÓSCAR: *Derecho de Sociedades*, p. 401.

relacionada existe una confrontación del interés particular o extrasocietario del director y el interés social, pudiendo ser, dicho interés, propio o ajeno; está presente además, un nexo de causalidad entre dicho interés particular y el perjuicio a la sociedad. Hablamos también de un cuarto elemento acerca del carácter de dicho interés, y dijimos que nuestro objetivo principal es determinar, al concluir nuestro análisis, cuál es en definitiva dicho carácter, partiendo de la base de dos posibilidades: interés patrimonial o un interés que abarca además los de tipo extrapatrimonial. En otras palabras, pretendemos saber si para hablar propiamente de la existencia de un conflicto de interés –más específicamente de un supuesto en que el director es parte relacionada, por tener interés en la operación y, consecuencia de ello, debe sujetarse a toda la normativa que la LSA dispone para estas situaciones – es preciso la patrimonialidad del interés del director, o basta con cualquier tipo de interés incluyendo los de índole extrapatrimonial.

Creemos que para lograr dicho objetivo, y con un afán sistematizador, es necesario intentar ahora, en la etapa conceptual de nuestro trabajo, una definición para interés patrimonial y una para interés extrapatrimonial.

2.1. Tipos de interés particular

Entre las distintas acepciones que el Diccionario de la Real Academia Española señala para interés, se encuentra: “conveniencia o beneficio en el orden moral o material”.⁷⁹ A partir de lo señalado, podríamos sostener como primera aproximación, que el interés patrimonial es la conveniencia o beneficio en el orden material y el interés extrapatrimonial es la conveniencia o beneficio en el orden moral.

Según ALCALDE, en un plano amplísimo y abstracto, podemos entender interés como “la legítima aspiración que posee un sujeto en orden a que un determinado bien le sirva de medio para satisfacer una cierta necesidad”.⁸⁰

Si entendemos lo legítimo, como lo conforme a la ley, preferimos desechar esa parte de la definición, ya que no existe razón para creer que un interés debe necesariamente ajustarse a la ley. No podemos dejar de reconocer existencia a los intereses ilegítimos.

Conjugando ambas definiciones podríamos decir, hasta aquí, que el interés patrimonial es la aspiración que posee un sujeto dirigida a que un determinado bien le sirva de medio para satisfacer cierta necesidad de orden material, y el interés extrapatrimonial es la aspiración que posee un sujeto dirigida a que un determinado bien le sirva de medio para satisfacer cierta necesidad de orden moral.

⁷⁹ R.A.E., “Diccionario de la Lengua Española”, 22ª ed., 2001, p.874.

⁸⁰ ALCALDE, ENRQUE: *La sociedad anónima*, p. 29.

Ahora bien, no podemos lograr construir un concepto de interés patrimonial o extrapatrimonial sólo a partir de la definición de interés. Hace falta determinar que entendemos por patrimonio.

Desde el punto de vista jurídico, que es la acepción que nos interesa, patrimonio se define tradicionalmente como “el conjunto de derechos y obligaciones de una persona valuables en dinero”.⁸¹ Es decir, son patrimoniales sólo aquellos derechos y obligaciones que pueden apreciarse económicamente, y *a contrario sensu*, los que no admiten semejante estimación quedan fuera, y por eso se llaman extrapatrimoniales.⁸² A partir de esto, podríamos afirmar que un interés es patrimonial cuando es susceptible de apreciación pecuniaria, o sea valuable en dinero, y un interés es extrapatrimonial cuando no lo es.

Antes de sostener qué entenderemos por interés patrimonial y extrapatrimonial, conviene exponer lo que BERNET ha sostenido en este punto, a fin de complementar aun más nuestro concepto. Este autor, ha dicho que un interés patrimonial no deja de tener ese carácter por estar inspirado en finalidades ajenas al lucro, ya que lo determinante es que tenga una repercusión de orden económico.⁸³

Entonces, para objeto de nuestro trabajo entenderemos por interés patrimonial a aquella aspiración que posee un sujeto, dirigida a que un determinado bien le sirva como medio para satisfacer cierta necesidad de orden material, susceptible de apreciación pecuniaria, y capaz de provocar una repercusión en el orden económico; y por interés extrapatrimonial a aquella aspiración que posee un sujeto, dirigida a que un determinado bien le sirva como medio para satisfacer cierta necesidad de orden moral, es decir, no susceptible de apreciación pecuniaria, e incapaz de repercutir en el orden económico.

Luego de haber analizado las nociones conceptuales necesarias para el mejor desarrollo y entendimiento de nuestro trabajo, estamos en condiciones de comenzar con el análisis positivo de la operación con parte relacionada.

⁸¹ ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL Y VODANOVIC, ANTONIO: *Tratado de derecho civil*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 476.

⁸² *Ibid.*, p.477.

⁸³ *Cfr.* BERNET, MANUEL: “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, p. 120.

CAPÍTULO II: Regulación de la operación con parte relacionada en el artículo 44 de la LSA

1. Fundamento normativo del artículo 44 de la LSA

La operación con parte relacionada, como conflicto de interés que puede enfrentar uno o más directores de una sociedad anónima, encuentra regulación en el artículo 44 de la LSA. Este artículo fue modificado por la Ley 19.705 que regula Las Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones (OPAS) y Establece Régimen de Gobierno Corporativo.⁸⁴ Como del título de la ley es posible advertir, se introducen importantes modificaciones en materia de gobiernos corporativos, que han sido entendidos como “aquel conjunto de mecanismos que aseguran a los proveedores de recursos financieros un justo retorno de su inversión. Lo conforman el conjunto de normas de deben guiar el comportamiento de los accionistas controladores, directores y administradores de las compañías a fin de maximizar el valor de esta, y que definen las obligaciones y responsabilidades de éstos con los inversionistas externos (accionistas no controladores y acreedores)”.⁸⁵ Es esta faz de la ley la que nos interesa analizar, ya que en virtud de ella se introducen importantes reformas a la figura de la operación con parte relacionada.⁸⁶ Más aun, interesa el fundamento normativo del actual artículo 44, lo que a la postre nos ayudará a conocer cuál es el interés que relaciona al director (*infra* Capítulo III).

En general, la ley 19.705, incorpora a nuestra legislación financiera principios regulatorios presentes en mercados más desarrollados –principios de gobierno corporativo que serán analizados al finalizar este capítulo (*infra* 3.) – que tienen como finalidad central, proteger y asegurar a cada inversionista de una sociedad, que sus derechos no sean violentados.⁸⁷ Dentro de los objetivos específicos declarados en el Mensaje del Presidente de la República que dio origen a la discusión del Proyecto de Ley,⁸⁸ se expresa que se pretende perfeccionar el régimen jurídico de administración de las sociedades anónimas, precisar y mejorar las disposiciones relativas a los negocios efectuados por los directores con personas relacionadas, cuando ellos tienen interés, y así dotar de mayor transparencia a dichas negociaciones. Todo esto, a fin de minimizar los conflictos de interés que puedan generarse en una operación determinada.

Para llevar a cabo dichos objetivos, se modificaron varias disposiciones de la LSA. Entre ellas, una de las más importantes fue la modificación al artículo 44 de la misma ley. En dicha

⁸⁴ Publicada en el Diario Oficial el 20 de diciembre de 2000.

⁸⁵ PFEFFER, FRANCISCO: “Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas”, p. 486.

⁸⁶ Cfr. TORRES, ÓSCAR: *Derecho de Sociedades*, p. 402.

⁸⁷ Cfr. CLARKE, ÁLVARO: “Proyecto de ley OPA y Gobierno Corporativo”, en *Centro de Estudios públicos*, N° 213, julio 1999, en www.cepchile.cl/dms/archivo_1927_1448/pdef213_clarke.pdf, (15/06/07)

⁸⁸ La Ley 19.705 tiene origen en una iniciativa del Ejecutivo. El proyecto de ley está contenido en el Boletín N° 02289-05, ingresado a la Cámara de Diputados, para cumplir con el primer trámite constitucional, el 05 de enero de 1999.

modificación se aprecia un interés del legislador por normar con mayor rigor situaciones que pueden implicar mala fe por parte del director, en otras palabras, prevenir conductas desleales.⁸⁹

2. Modificaciones introducidas por la ley 19.705 al artículo 44 de la LSA⁹⁰

La norma, anterior a la reforma, establecía que la sociedad sólo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más directores tengan interés, por sí o como representante de otra persona cuando, dichas operaciones sean conocidas y aprobadas por el directorio, y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que prevalecen en el mercado. En virtud de la Ley 19.705, se exige que dicha aprobación por el directorio sea previa a la celebración del acto o contrato.

Se introduce además el concepto de monto relevante,⁹¹ disponiéndose todo un procedimiento especial para los casos en que la operación involucre dichos montos y no sea posible al directorio determinar si se ajusta a condiciones de mercado. Esta modificación ayuda a disminuir el margen de discrecionalidad de la administración.⁹²

Por otro lado, se amplía el espectro de presunciones de derecho respecto del interés en la operación del director, agregándose que se presume de derecho que un director está interesado: cuando en la negociación, acto, contrato u operación deba intervenir una sociedad o empresa en las cuáles el cónyuge o los parientes hasta el segundo grado sean directores o dueños directos o indirectos del 10% o más de su capital; si en la operación o transacción deben intervenir personas que actúan representadas por el director; cuando el mismo director o personas relacionadas con él presten asesoría para la celebración del respectivo acto o contrato. Se ha entendido que estas nuevas presunciones, se amplían el círculo de personas con interés en la operación y se minimiza la participación de personas con interés en los acuerdos.⁹³ Nosotros no compartimos dicha idea. Pensamos que lo que se amplía es el marco de situaciones en que por el solo ministerio de la ley, se entiende que el director tiene interés y que producto de ello debe someterse a lo preceptuado en el artículo 44 de la LSA. Concluimos esto a partir del tenor literal del mismo artículo 44, que expresa “se presume de derecho que existe interés de un director”. Según la redacción de la norma, lo que se presume es el interés del director y no el de su cónyuge, parientes, representados o asesorados. Más allá del tipo de interés de que se trate (directo, indirecto, propio, ajeno, etc.), lo relevante es que se ha ampliado el marco de situaciones en que, según lo presume el legislador, el director está

⁸⁹ Cfr. LAGOS, OSVALDO: “La responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas”, p. 86.

⁹⁰ No expondremos, en este punto, todas las modificaciones que en virtud de la Ley N° 19.705 se introducen al artículo 44 de la LSA, sino sólo las que estimamos relevantes según el objeto principal de nuestra investigación.

⁹¹ Según el inciso 14 del artículo 44 de la LSA, se entiende que es de monto relevante todo acto o contrato que supere el 1% del patrimonio social, siempre que dicho acto o contrato exceda el equivalente a 2.000 UF y, en todo caso, cuando sea superior a 20.000 UF.

⁹² Cfr. PFEFFER, FRANCISCO: “Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas”, p. 489.

⁹³ *Ibid.*, p. 490.

interesado y que producto de ello debe someterse a todo lo dispuesto por el artículo en comento, ya que al tratarse de presunciones de derecho, no se admite la prueba en contrario.

Se puede inferir que el propósito de la ley, al modificar el procedimiento dentro del cual deben aprobarse las operaciones con parte relacionada, es evitar, de una forma más eficaz, que la existencia de un mismo interés, en los dos lados de la operación, permita que la aprobación de la misma se haga en condiciones diversas de aquellas en que se habría aprobado de no existir comprometido tal interés, como también que tal aprobación sea hecha sin el conocimiento del resto del directorio.⁹⁴ De esta forma se da mayor transparencia a este tipo de operaciones y se minimizan los conflictos de interés en la sociedad anónima.

3. Regulación positiva de la operación con parte relacionada en el artículo 44 de la LSA

Los negocios que un director de una sociedad anónima pretenda celebrar con la sociedad que administra, son los llamados negocios relacionados, negocios con persona relacionada, o negocios en que tiene interés un director de la sociedad anónima.⁹⁵ Dicho concepto constituye el supuesto de las normas que regulan estos tipos de conflicto de interés en la sociedad anónima.⁹⁶

En nuestra legislación no existe una definición de personas relacionadas. No obstante, la LMV, en su artículo 100, establece una lista de personas que se consideran relacionadas a la sociedad. De dicho listado, nos interesa destacar la letra c del artículo mencionado, que señala que son relacionadas con una sociedad: “c) Quienes sean directores, gerentes, administradores o liquidadores de la sociedad y sus cónyuges o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad”. De acuerdo al objeto de nuestra investigación, nos interesa analizar particularmente el caso de los directores como personas relacionadas. Como hemos mencionado en el capítulo anterior (*supra* Capítulo I 1.2.) , subyace en esta calificación de los directores como personas relacionadas, un eventual conflicto de interés, en tanto realicen una negociación con la sociedad que administran de un contrato en que tienen un interés personal, y en cuanto puedan privilegiar dicho interés por sobre el interés de la sociedad.⁹⁷

Este tipo de negociaciones encuentran regulación en el artículo 44 de la LSA y deben ser celebrados con estricto apego a dicho artículo.⁹⁸

⁹⁴ Cfr. PFEFFER, FRANCISCO: “Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónima”, p. 145.

⁹⁵ Cfr. TORRES, ÓSCAR: *Derecho de Sociedades*, p. 400.

⁹⁶ Cfr. LYON, ALBERTO: “Conflictos de intereses en las sociedades”, p. 49.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 50.

⁹⁸ Cfr. TORRES, ÓSCAR: *Op. cit.*, p. 400.

3.1. Supuestos que regula el artículo 44

El artículo 44, en su inciso 1° dispone: “Una sociedad anónima sólo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas previamente por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Los acuerdos que el directorio adopte al respecto serán dados a conocer en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación.”⁹⁹

Del tenor literal de la norma se desprende que para ser aplicada es necesario que exista un interés en la operación por parte del director, por sí o como representante de otra persona. En la norma no se define el tipo de interés que debe afectar al director. Al respecto, intentaremos arribar a una conclusión en nuestro tercer capítulo (*supra* Capítulo III).

No obstante lo anterior, la norma señala una serie de supuestos en que se presume de derecho que existe interés en la operación. Dichas presunciones están establecidas en los incisos 2° y 11° de la norma.¹⁰⁰ Siguiendo la sistematización que de dichas presunciones hace PFEFFER, diremos que, existe interés del director en todos los actos o contratos que la sociedad celebre con las siguientes personas:¹⁰¹

- 1.- Con un director de la sociedad, con el cónyuge del director o con los parientes del director hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- 2.- Con un representado del director, siempre que actúe este último en su representación.
- 3.- Con las sociedades o empresas en las cuales sea también director.
- 4.- Con las sociedades o empresas en las cuales el director sea dueño directo o a través de otras personas naturales o jurídicas de un 10% o más de su capital.
- 5.- Con las sociedades o empresas en las cuales sea dueño directo o indirecto del 10% o más del capital, el cónyuge o los parientes del director hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- 6.- Con las sociedades o empresas en las cuales sea director el cónyuge o los parientes del director hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- 7.- En los casos en que el director o personas relacionadas con él presten asesoría para la celebración del acto o contrato.

⁹⁹ Artículo 44 inciso 1° de la LSA.

¹⁰⁰ Cfr. PFEFFER, FRANCISCO: “Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas”, p. 146.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 146- 147.

En todos estos casos no cabe duda que existe interés en la operación, y por lo tanto, el acto o contrato deberá sujetarse a todo lo dispuesto por el artículo 44.¹⁰²

Es necesario mencionar en este punto que el cúmulo de presunciones de derecho recién enunciadas no cierra el catálogo de situaciones en que el director pueda estar interesado en la operación.¹⁰³ Al respecto se ha sostenido que tanto en los supuestos que caben dentro de las presunciones de derecho establecidas en el artículo 44, como en los que no, existe una obligación del director de revelar el interés que lo afecta, cuando éste existe.¹⁰⁴ Esto porque el mismo artículo dispone en su inciso final una serie de sanciones en caso de infracción, y esto obedece a la existencia de un deber de conducta exigible que impone a los directores dar cuenta del interés que los afecta.¹⁰⁵ Sin embargo, el argumento más fuerte radica en el deber de lealtad que debe observar todo director de una sociedad anónima, deber que se encuentra amparado en el artículo 44, por lo que debe entenderse complementado con las prohibiciones que se establecen en el artículo 42 como expresiones de dicho deber. En efecto, el N° 1 del artículo 42 prohíbe a los directores adoptar políticas o decisiones –no revelar el interés que les afecta –que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados; el N° 3 y 4, le prohíben ocultar información; y el N° 7 le prohíbe usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados.¹⁰⁶

Una vez mencionados los supuestos que la norma en comento regula, procede revisar cuáles son los requisitos que la ley exige para la celebración de una operación en que el director es parte relacionada.

3.2. Requisitos generales

Del inciso 1° del artículo 44 se desprenden condiciones generales que deben concurrir para celebrar este tipo de negocios. Se establece que una sociedad anónima sólo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más de sus directores tengan interés por sí o como representante de otras personas, cuando:

- 1.- dichas operaciones sean conocidas y aprobadas previamente por el directorio,
- 2.- se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado,

¹⁰² Cfr. PFEFFER, FRANCISCO: “Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas”, p. 146.

¹⁰³ Cfr. BERNET, MANUEL: “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, p.124.

¹⁰⁴ Cfr. PFEFFER, FRANCISCO: *Op. cit.*, p. 145.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 149.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 149- 150.

3.- y los acuerdos que el directorio adopte al respecto sean dados a conocer en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación.¹⁰⁷

En cuanto al primer requisito, el legislador no ha exigido que el director implicado se abstenga de participar en la aprobación del negocio en que el mismo tiene interés.¹⁰⁸ La doctrina ha aportado varias interpretaciones al respecto.¹⁰⁹ Una primera posición, sostiene que la ley no impone al director el deber de abstenerse de participa en el debate y aprobación de la operación, se trata de una interpretación literal de la ley.¹¹⁰ Una segunda postura, estima que el director implicado en el conflicto de interés debe, en virtud del deber de lealtad, abstenerse de participar en el debate y la votación.¹¹¹ Finalmente, otra doctrina sostiene que los demás miembros del directorio deben imponer al director implicado el deber de abstenerse, ya que sólo en ese caso se comportarían con la debida diligencia exigible a su cargo.¹¹²

Pensamos que, en virtud del deber de diligencia y lealtad que los directores deben observar, podríamos admitir tanto la segunda como la tercera doctrina. Es decir, la observancia de estos deberes conlleva que el director implicado deba abstenerse del debate y aprobación de la operación, y si no lo hiciera, correspondería a los demás miembros del directorio, y en virtud de los mismos deberes, imponer la abstención al director afectado. En concordancia con lo recién expuesto, habría que sostener que la primera posición resulta inadmisibles, ya que si bien la ley no dice expresamente que es deber del director abstenerse del debate y aprobación, si consagra los deberes generales de diligencia y lealtad, que guían todas las actuaciones de los directores de una sociedad anónima.

En cuanto al segundo requisito general, existen dos posibles interpretaciones para la expresión “condiciones de equidad que habitualmente prevalecen en el mercado”¹¹³. Una primera interpretación alude a que se debe buscar el mercado en sus condiciones habituales, de este modo no hay que estarse a aquellas condiciones excepcionales y temporales provocadas, por ejemplo, por un periodo de escasez de dinero que ha traído una alza en las tasas de interés, esto por no ser habituales ni equitativas.¹¹⁴ Una segunda interpretación, sostiene que no existe un mercado en sus

¹⁰⁷ Artículo 44 inciso 1° de la LSA.

¹⁰⁸ Cfr. BERNET, MANUEL: “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, p. 126.

¹⁰⁹ *Loc. cit.*

¹¹⁰ Cfr. CAREY, GUILLERMO: *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores*, 2° ed., Santiago, Editorial Universitaria, 1993, p. 153, cit. por, BERNET, MANUEL: *Op. cit.*, p. 126.

¹¹¹ Cfr. CORREA, OSMAR: *Responsabilidad civil de los administradores de sociedad anónima*, Río de Janeiro, Aide, 1989, p. 47, cit. por, BERNET, MANUEL: *Op. cit.*, p. 126.

¹¹² Cfr. BAIGÚN, DAVID Y BERGEL, SALVADOR, *El fraude en la administración societaria: (el art. 173, inc. 7, del Código penal en la órbita de las sociedades comerciales)*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1981, p. 32, cit. por, BERNET, MANUEL: *Op. cit.*, p. 126.

¹¹³ Cfr. LYON, ALBERTO: *Personas Jurídicas*, p. 247.

¹¹⁴ *Loc. cit.*

condiciones habituales, por lo tanto siempre es necesario buscarlas, ya que son las condiciones generales de la economía las que determinan a un específico mercado, en un momento dado.¹¹⁵

La controversia se resuelve interpretando el artículo 44 de la LSA a la luz de lo dispuesto en el artículo 136 del mismo cuerpo normativo, el cual dispone que cuando la LSA hace referencia a condiciones de equidad imperantes en el mercado, debe entenderse que son aquellas imperantes en la misma época de su ocurrencia. Al referirse a la época de celebración del contrato, adhiere a la segunda de las interpretaciones señaladas. Esta norma tiene como finalidad impedir que personas relacionadas con la sociedad – como por ejemplo sus directores – obtengan beneficios indebidos de ella, aprovechándose de ciertas condiciones de la economía, en un momento determinado.¹¹⁶

También como condición general se establece que la aprobación que hace el directorio de la operación sea informada a la junta de accionistas. No existen problemas de interpretación respecto de este requisito.

Estos requisitos también resultan aplicables en el caso de operaciones de la sociedad filial en que algún director de la sociedad matriz u otra de las personas mencionadas en el artículo 44 tuviere interés, por remisión expresa del artículo 93 del mismo cuerpo legal.

3.3. Regulación especial para operaciones que involucran montos relevantes

El artículo 44, ha dispuesto distintos procedimientos y requisitos dependiendo de si las operaciones involucran o no montos relevantes. Según el inciso 14° del artículo 44 de la LSA, se entiende que es de monto relevante todo acto o contrato que supere el 1% del patrimonio social, siempre que dicho acto o contrato exceda el equivalente a 2.000 UF y, en todo caso, cuando sea superior a 20.000 UF.

3.3.1. Operaciones que no involucran montos relevantes

En este caso, se deben cumplir los requisitos generales arriba mencionados (*supra* 3.2.), esto es: la operación debe ser conocida y aprobada previamente por el directorio, debe ajustarse a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, y los acuerdos que el directorio adopte al respecto, deben ser dados a conocer en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación.¹¹⁷

En el caso de sociedades anónimas que tengan un patrimonio bursátil igual o superior a 1.500.000 unidades de fomento, puede existir la intervención del comité de directores. Esto en virtud del artículo 50 bis de la LSA. Este órgano, conformado mayoritariamente por accionistas

¹¹⁵ Cfr. LYON, ALBERTO: *Personas Jurídicas*, p. 248.

¹¹⁶ Cfr. PUELMA, ALVARO: *Sociedades*, p.553.

¹¹⁷ Artículo 44, inciso 1° de la LSA.

independientes del accionista controlador, tiene facultades de fiscalización respecto de la administración de la sociedad. Dentro de estas facultades se encuentra la de examinar los antecedentes relativos a las operaciones a las que se refiere el artículo 44 y evacuar un informe respecto de éstas. Una copia de estos informes se entrega al presidente del directorio, quien debe dar lectura de dicho informe en la sesión citada para la aprobación o rechazo del acto o contrato respectivo.¹¹⁸

3.3.2. Operaciones que involucran montos relevantes

El inciso 4° del artículo 44 de la LSA, establece que “siempre que el acto o contrato involucre montos relevantes, el directorio deberá pronunciarse previamente si se ajusta a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. En caso que se considere que no es posible determinar dichas condiciones, el directorio, con la abstención del director con interés, podrá aprobar o rechazar la operación o, en su caso, designar para estos efectos a dos evaluadores independientes.” A diferencia de las operaciones que no involucran montos relevantes, aquí se exige declaración expresa por parte del directorio sobre la equidad del negocio.¹¹⁹

En virtud de esta norma, y sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos generales, en relación a los actos o contratos que involucran montos relevantes, es posible distinguir 2 situaciones:¹²⁰

1.- Actos y contratos que se ajustan a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Si el directorio emite declaración positiva en este sentido, la operación se podrá llevar a efecto cumpliendo los demás requisitos generales.

2.- Actos y contratos que no se ajustan a tales condiciones. Si el directorio se pronuncia en este sentido, y determina que no es posible determinar las condiciones a que la ley se refiere, puede aprobar la operación, rechazarla, o designar a dos evaluadores independientes que se pronunciarán al respecto.¹²¹ Tanto el acto o contrato sometido a aprobación, como los informes de los evaluadores independientes, deben ser informados como hecho esencial.¹²² Se trata de una medida de publicidad, en virtud de la cual tanto los accionistas como el mercado se enteran de que se está gestando una posible operación entre partes relacionadas, donde no es posible conocer las condiciones de equidad.¹²³

¹¹⁸ Artículo 50 bis, inciso 3°, N°3 de la LSA.

¹¹⁹ Cfr. BERNET, MANUEL: “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, p. 130.

¹²⁰ ALCALDE, ENRIQUE: *La sociedad anónima*, p. 117.

¹²¹ Cfr. BERNET, MANUEL: *Op. cit.*, p. 130.

¹²² Artículo 44, inciso 5° de la LSA.

¹²³ Cfr. PFEFFER, FRANCISCO: “Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los

Merece algún análisis la posibilidad de designar a evaluadores independientes. Según el inciso 6° del artículo 44 de la LSA, estos evaluadores independientes deben pronunciarse acerca de las condiciones de la operación y de la forma en que se proponga pagar el precio cuando se trate de bienes que no consistan en dinero.

Se trata de evaluadores independientes, lo que significa que son independientes respecto del accionista controlador y del director implicado, que como sabemos, no interviene en su designación.¹²⁴

De los incisos 8° y 9° del artículo 44 de la LSA, se desprende que, una vez elaborados los informes de los evaluadores independientes, el directorio, luego de 20 días hábiles contados desde el día en que se recibió el último informe, podrá aprobar o rechazar el acto o contrato, con la abstención del director con interés. Dichos informes no sólo son puestos a disposición del directorio, sino que también a disposición de los accionistas. Se trata de una situación excepcional en que puede ser la junta extraordinaria de accionistas la que se pronuncie sobre la operación con el acuerdo de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto. Esto procederá en los casos en que accionistas que representen un 5% de las acciones emitidas con derecho a voto, estimen que las condiciones no son favorables a los intereses sociales, o que los informes de los evaluadores independientes fueren substancialmente distintos entre sí. En dichos casos pueden solicitar al directorio que se cite a junta extraordinaria de accionistas.

3.4. Sanción en caso de infracción

En su inciso final, el artículo 44, dispone expresamente que la infracción a este artículo no afectará la validez de la operación. En este sentido, el legislador se aparta de las normas generales al no disponer la nulidad para el acto viciado con una actuación contraria a la ley.¹²⁵ Se ha sostenido que esto se fundamenta en la intención del legislador de evitar perjuicios al tráfico mercantil.¹²⁶ Se señala también que además de las sanciones administrativas y penales que correspondan, se otorga a la sociedad, a los accionistas o a los terceros interesados, el derecho de exigir indemnización por los perjuicios ocasionados y pedir reembolso a la sociedad por el director interesado, por el equivalente a los beneficios que a él, a sus parientes o a sus representados le hubieren reportado las negociaciones. Además, se invierte la carga de la prueba al establecerse que en caso de demandarse los perjuicios ocasionados por la infracción de este artículo, corresponderá a la parte demandada probar que el acto o contrato se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de negociación reportaron beneficios para la sociedad, salvo que la operación haya sido aprobada por la junta extraordinaria de accionistas.

directores de sociedades anónimas”, p. 489.

¹²⁴ Cfr. BERNET, MANUEL: “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, p. 131.

¹²⁵ *Ibid.*, p.133.

¹²⁶ Cfr. CAREY, GUILLERMO: *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores*, 2° ed., Santiago, Editorial Universitaria, 1993, p. 155, cit. por, BERNET, MANUEL: *Op. cit.*, p. 133.

4. Principios de Gobierno Corporativo

Antes de concluir con este segundo capítulo, nos parece pertinente hacer mención de los principios de gobierno corporativo que se encuentran involucrados en la operación con parte relacionada como conflicto de interés que puede enfrentar el director de la sociedad anónima. Esto por la estrecha relación que el tema del gobierno corporativo guarda con el fundamento normativo del artículo 44 de la sociedad anónima, lo cual nos ayudará a entender los intereses que la norma protege, además de servir como elemento de interpretación a la hora de determinar el tipo de interés del director como parte relacionada.

En este punto, revisaremos las principales manifestaciones de algunos de los principios de gobierno corporativo que establece la OECD,¹²⁷ debido a que estos principios han proporcionado en materia de gobiernos corporativos, una orientación específica para puesta en marcha de iniciativas de carácter legislativa y reglamentaria, tanto en países miembros de la organización como en aquellos que no los son.¹²⁸

Cabe hacer presente, que el gobierno corporativo abarca toda una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, sus accionistas y otras partes interesadas.¹²⁹ Respecto de estas relaciones, los principios de gobierno corporativo no tienen carácter vinculante, y no pretenden la incorporación de disposiciones detalladas en las legislaciones nacionales. Lo que se pretende es plantear objetivos y diversos medios para alcanzarlos. En otras palabras, servir como supuestos de referencia.¹³⁰

Dentro de los principios de gobierno corporativo propuestos por la OECD, guardan relación con la operación con parte relacionada, regulada en el artículo 44 de la LSA, los siguientes:

1.- Principio I. Garantizar la base de un marco eficaz para el gobierno corporativo. Según este principio, el marco para el gobierno corporativo debe promover la transparencia y eficacia de los mercados,¹³¹ lo cual genera confianza en los agentes del mercado a la hora de establecer sus relaciones contractuales privadas.

Uno de los tópicos en que se debe poner atención para lograr dicha transparencia y eficacia, es la gestión de los conflictos de interés que se pueden dar dentro de un gobierno corporativo.

¹²⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development. Organización internacional creada en 1961 formada, en sus inicios, por los países más desarrollados del mundo. Hoy, Chile es uno de sus Estados miembros. Constituye un foro mundial en el que se analizan problemas de tipo económico, principalmente, estableciendo normas y orientaciones.

¹²⁸ Cfr. OECD: "Principio de gobierno corporativo de la OECD", 2004, p. 3, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf> (20/09/07)

¹²⁹ *Ibid.*, p. 11.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 14.

¹³¹ *Ibid.*, p. 29.

No cabe duda, a estas alturas de nuestro trabajo, que uno de los conflictos de interés que pueden darse dentro del gobierno corporativo, es la situación en que el director de la sociedad tiene interés en un acto o contrato de la sociedad que administra, supuesto que como vimos se encuentra regulado en el artículo 44 de la LSA.

2.- Principio II. Los derechos de los accionistas y funciones clave en el ámbito de la propiedad. Este principio establece que el marco para el gobierno corporativo deberá amparar y facilitar el ejercicio de los derechos de los accionistas.¹³²

Dentro de las manifestaciones de este principio, que se relacionan con la materia en estudio, se encuentran el derecho de los accionistas a obtener información relevante y sustantiva de la sociedad, y a participar, de forma efectiva, en las decisiones que impliquen cambios fundamentales en la sociedad. De acuerdo a dichas manifestaciones, el principio encuentra acogida en artículo 44 inciso 1°, 7°, 9°, y 10°, todos ellos analizados en el punto anterior (*supra* 3.).

3.- Principio III. Tratamiento equitativo de los accionistas. De acuerdo a este principio, el marco del gobierno corporativo deberá garantizar un trato equitativo a todos los accionistas, incluidos los minoritarios. Todos los accionistas deben tener oportunidad de recurso efectivo en caso de violación de sus derechos.

En el artículo 44 de la LSA, este principio se manifiesta en la designación de dos evaluadores independientes en el procedimiento de aprobación de una operación que involucre montos relevantes.¹³³ Recordemos que reciben dicha denominación por ser independientes tanto del accionista controlador como del director implicado.¹³⁴ También guarda relación con este principio lo dispuesto en el artículo 50 bis N° 3 de la LSA, el cual establece la facultad del comité de directores de examinar los antecedentes relativos a las operaciones a que se refiere el artículo 44 y evacuar un informe respecto de éstas. No olvidemos que dicho comité está conformado por directores que en su mayoría son independientes del accionista controlador.¹³⁵ Respecto a la oportunidad de recurso efectivo en caso de infracción de sus derechos, la manifestación se encuentra en el inciso final del artículo 44 de la LSA.

Además, de acuerdo a este principio se exige a los directivos principales, que informen acerca de cualquier interés material que pudieran tener de forma directa, indirecta o por cuanta de terceros, en cualquiera de las transacciones o asuntos que afecten a la sociedad.¹³⁶ Esta arista del principio en análisis, guarda estrecha relación con el sustrato de la regulación establecida en el artículo 44 de la LSA. Si bien la referencia apunta principalmente a la relación que un directivo pueda tener con

¹³² Cfr. OECD: “Principio de gobierno corporativo de la OECD”, p. 32.

¹³³ Artículo 44, incisos 4°, 5°, 6°, y 7° de la LSA.

¹³⁴ Cfr. BERNET, MANUEL: “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, p. 131.

¹³⁵ Artículo 50 bis, inciso 4° de la LSA.

¹³⁶ Cfr. OECD: *Op. cit.*, p. 45.

algún accionista controlador,¹³⁷ se refiere específicamente a un supuesto en que el directivo es parte relacionada por estar interesado. En estos casos, se ha considerado buena práctica por parte del interesado, no participar en las decisiones relativas a la operación planteada.¹³⁸

¹³⁷ *Cfr.* OECD: “Principio de gobierno corporativo de la OECD”, p. 45.

¹³⁸ *Loc. cit.*

CAPÍTULO III: Carácter del interés a que se refiere el artículo 44 de la LSA

En el presente capítulo, intentaremos establecer alguna conclusión respecto del cuarto elemento que debe concurrir para que exista conflicto de interés entre la sociedad y uno o más de sus directores. Trataremos de determinar el carácter del interés del director implicado, y en este sentido decantar por alguna de las posiciones que en doctrina se han sostenido (*supra* Capítulo I 1.2.). Esto es, si el carácter del interés que relaciona al director es sólo patrimonial o si puede ser, también, extrapatrimonial(*supra* Capítulo I 2.1.).

Más concretamente, pretendemos determinar cuál es el tipo de interés que relaciona a uno o más directores de una sociedad anónima, en los supuestos regulados en el artículo 44 de la LSA (*supra* Capítulo II 3.1.), norma que regula la operación con parte relacionada como conflicto de interés entre la sociedad y sus directores.

Buscaremos llegar a una respuesta a esta interrogante, recogiendo como premisas las ideas expuestas en los distintos puntos tratados en los capítulos anteriores, estableciendo relaciones entre ellos que nos permitan deducir una conclusión.

Pensamos que en esta empresa, resulta adecuado realizar un análisis dividido en dos etapas. Una primera etapa, abocada a determinar el carácter del interés en el caso de las presunciones de derecho establecidas en el artículo 44 de la LSA, y una segunda etapa, que pretende establecer dicho carácter en las situaciones que no caben en estas presunciones.

No obstante que, en ambos casos el director está obligado a revelar el interés que lo afecta (*supra* Capítulo II 3.1.), lo que nos lleva a realizar la distinción es que, en el caso de las presunciones de derecho, la ley describe las situaciones que relacionan al director, pudiendo resultar la conclusión obtenida respecto del carácter del interés, en este primer supuesto, un importante instrumento para luego determinar el carácter del interés para las situaciones que no caben en las presunciones descritas en la ley.

1. Carácter del interés del director en las presunciones de derecho del artículo 44 de la LSA

Ya en el capítulo II (*supra* Capítulo II 3.1.), examinamos una sistematización de las situaciones contenidas en las presunciones de derecho del artículo 44 de la LSA.¹³⁹ Según dicha sistematización, existe interés del director en todos los actos o contratos que la sociedad celebre con las siguientes personas:

¹³⁹ Cfr. PFEFFER, FRANCISCO: “Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas”, pp.146- 147.

1.- Con un director de la sociedad, con el cónyuge del director o con los parientes del director hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

2.- Con un representado del director, siempre que actúe este último en su representación.

3.- Con las sociedades o empresas en las cuales sea también director.

4.- Con las sociedades o empresas en las cuales el director sea dueño directo o a través de otras personas naturales o jurídicas de un 10% o más de su capital.

5.- Con las sociedades o empresas en las cuales sea dueño directo o indirecto del 10% o más del capital, el cónyuge o los parientes del director hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

6.- Con las sociedades o empresas en las cuales sea director el cónyuge o los parientes del director hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

7.- En los casos en que el director o personas relacionadas con él presten asesoría para la celebración del acto o contrato.

De estas 7 situaciones, las descritas en los números 2, 5, 6, y 7, fueron introducidas por la ley 19.705 (*supra* Capítulo II 2.). Dentro de los objetivos perseguidos al modificar en este punto la LSA, encontramos la intención de dotar de mayor transparencia las operaciones en que los directores tienen interés y así minimizar los conflictos de interés que puedan generarse. Esto guarda perfecta coherencia con los principios I, II y III de gobierno corporativo de la OECD (*supra* Capítulo II 4.), y esto no es novedad toda vez que la ley 19.705 buscó incorporar dichos principios a nuestra legislación.¹⁴⁰ En otras palabras, el establecimiento de estas nuevas presunciones de derecho, así como las otras modificaciones introducidas por la ley 19.705 al artículo 44,¹⁴¹ pretenden regular más rigurosamente las situaciones que pueden implicar mala fe por parte del director, es decir, prevenir conductas desleales,¹⁴² y pensamos que no cabe duda que a la misma inspiración obedecen las otras tres situaciones ya contenidas en la norma del artículo 44, antes de la modificaciones antes aludidas.

De la idea anterior se desprende que, si en cualquiera de las situaciones contenidas en las presunciones de derecho arriba descritas, el director no revela su interés, incurre en una conducta desleal. En estos casos, estaríamos hablando de hipótesis especiales de infidelidad, descritas por la ley LSA, es decir, supuestos tipificados.¹⁴³

Lo anterior quiere decir que, al enfrentarse el director a una de los supuestos contenidos en las presunciones de derecho del artículo 44 y no revelar el interés que lo afecta, está incumpliendo su

¹⁴⁰ Cfr. CLARKE, ÁLVARO: "Proyecto de ley OPA y Gobierno Corporativo", en *Centro de Estudios públicos*, N° 213, julio 1999, en www.cepchile.cl/dms/archivo_1927_1448/pdef213_clarke.pdf, (15/06/07)

¹⁴¹ Ley N° 19.705, artículo 2, N° 10.

¹⁴² Cfr. LAGOS, OSVALDO: "La responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas", p. 86.

¹⁴³ Cfr. BERNET, MANUEL: "El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés", pp. 109-110.

deber de lealtad, esto es, no está protegiendo con sus actos el mejor interés social y por lo tanto, no se ha abstenido de una acción que potencialmente puede perjudicar dicho interés,¹⁴⁴ situación que configura el conflicto de interés.

Recordemos que anteriormente (*supra* Capítulo I 1.3.), conceptualizamos el interés social como el interés compartido por todos los accionistas, que los induce a constituir la sociedad o ingresar a ella, y que coincide con la realización del fin último de la sociedad, cual es, lograr mediante la actividad social el máximo de lucro posible, el que a su vez orienta tanto sus actuaciones, como las de los directores de la sociedad, dentro del giro de la misma.

Pues bien, si el fundamento del establecimiento de las presunciones de derecho contenidas en el artículo 44 de la LSA, es en definitiva prevenir las conductas desleales de los directores de la sociedad, y si concluimos que una conducta desleal es aquella en que el director no se abstiene de una acción potencialmente perjudicial para el interés social, el cual coincide con el interés de los accionistas de lograr mediante la actividad social el máximo de lucro posible, debemos inferir que el carácter del interés que relaciona al director en dichas presunciones de derecho, no es otro que uno de índole patrimonial – entendido como aquella aspiración que posee un sujeto, dirigida a que un determinado bien le sirva como medio para satisfacer cierta necesidad de orden material, susceptible de apreciación pecuniaria, y capaz de provocar una repercusión en el orden económico – Sostenemos esto ya que, un interés extrapatrimonial –entendido como aquella aspiración que posee un sujeto, dirigida a que un determinado bien le sirva como medio para satisfacer cierta necesidad de orden moral, es decir, no susceptible de apreciación pecuniaria, e incapaz de repercutir en el orden económico – no cuenta con la potencialidad de afectar el interés de los accionistas por obtener el máximo de lucro posible.

En atención a lo expuesto anteriormente, la repercusión en el ámbito económico, en estos casos, no puede ser otra que el perjuicio al interés social, es decir, la obtención por parte de los accionistas de un lucro menor del que es posible obtener en la negociación. Lo cual si bien, no es parte del sustrato del interés patrimonial del director, constituye una potencial consecuencia.

Recordemos que según los elementos que deben concurrir para que se configure un conflicto de interés (*supra* Capítulo I 1.2.), debe existir un nexo de causalidad entre el interés del director y el perjuicio al interés social, no siendo menester un perjuicio efectivo a dicho interés, bastando un peligro o riesgo de lesión. Pues bien, el interés patrimonial del director, que se encuentra detrás de

¹⁴⁴ Según como la doctrina mayoritaria ha entendido el deber de lealtad. Por todos, PFEFFER, FRANCISCO: “El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el contexto del denominado «Caso Chispas»”, p.523; ZEGERS, MATIAS Y ARTEAGA, IGNACIO: “Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos”, p. 250.

las situaciones contenidas en las presunciones de derecho del artículo 44, no tiene una efectiva dirección enfocada a perjudicar el interés social, pero si existe una potencialidad en el actuar del director de poner en riesgo la intención de los accionistas por obtener el máximo de lucro posible.

En términos concretos, el interés patrimonial del director, es decir, aquel interés determinado a que, en razón de su cargo un acto o contrato de la sociedad que dirige, le sirva como medio para satisfacer una necesidad de orden material susceptible de apreciación pecuniaria, ya sea para sí mismo, su cónyuge, sus parientes, su representado, su asesorado, la sociedad de la cual es director o dueño él mismo, su cónyuge o algún pariente, no perjudica efectivamente el interés social. No obstante, dicho interés es potencialmente riesgoso para el interés de la sociedad, ya que al pretender el director beneficiar su interés gestionando un contrato con alguna de las personas mencionadas en las presunciones del artículo 44, puede desaprovechar mejores negociaciones que eventualmente puedan significar un mayor lucro para la sociedad, o influir para que la negociación resulte más favorable para la contraparte por ejemplo, situaciones que constituyen una amenaza para el interés social al traer consigo una eventual repercusión económica negativa, esto es, una pérdida para la sociedad.

Según lo expuesto en este punto de nuestra investigación, concluimos que el interés que relaciona al director, en las presunciones de derecho contenidas en el artículo 44 de la LSA, tiene un carácter patrimonial.

Resta ahora determinar el carácter del interés en los supuestos que no caben dentro de dichas presunciones.

2. Carácter del interés del director en los supuestos no comprendidos en las presunciones de derecho del artículo 44

Durante el desarrollo de nuestro trabajo, al tratar los supuestos regulados en el art. 44 (*supra* 3.1.), sostuvimos que el catálogo de presunciones contenidas en dicho artículo, no cierra el espectro de situaciones en que el director puede estar interesado en la operación.

Dijimos, en primer lugar, que si el artículo en comento, prevé una serie de sanciones en el caso de su infracción, es porque existe una conducta exigible, cual es, revelar el interés. Esto con el afán de darle una interpretación útil y armónica a la norma, basada fundamentalmente en los deberes fiduciarios que deben observar los directores de una sociedad anónima.

En efecto, ya hemos explicado que en virtud del deber de lealtad, el director debe orientar sus actuaciones hacia un mayor beneficio del interés social, y abstenerse de perjudicar el mismo.¹⁴⁵ Concretamente, así se desprende de lo preceptuado en el artículo 42 N° 1,3,4 y 7, según el cual el director no puede adoptar decisiones que tengan como fin sus propios intereses, no puede ocultar información, ni obtener en el ejercicio de su cargo ventajas indebidas, para sí o para terceros. En virtud del deber de diligencia, el director debe emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado ordinario, de la manera que razonablemente estime que proteger el mejor interés de la sociedad.¹⁴⁶ Según el deber de obediencia, los directores de una sociedad anónima deben actuar cumpliendo con las restricciones y obligaciones establecidas en las leyes.¹⁴⁷

Pues bien, no cabe duda que en los casos en que el director tiene interés, y la situación particular que lo afecta no cabe dentro de las presunciones de derecho que la ley señala, debe revelarlo. Pero ¿qué interés debe revelar? Pensamos que la respuesta a este interrogante no puede ser otra que un interés patrimonial.

Si concluimos que para las hipótesis tipificadas de deslealtad del director, se exige un interés patrimonial, no es razonable sostener que para las situaciones no tipificadas las exigencias sean mayores, y el director deba revelar cualquier interés que lo afecte, aunque este sea completamente irrelevante en términos pecuniarios. Y esto no es capricho. La mayoría de los argumentos que sostienen el carácter patrimonial del interés en el caso de las presunciones de derecho del artículo 44, sirven para sostener esta posición, reafirmados por otros que a continuación exponaremos.

Así, un interés meramente extrapatrimonial en la operación, no es susceptible de situar al director en conflicto de interés, ya que dicho interés no es potencialmente perjudicial para el interés social. Además, siguiendo la misma línea, si la exigencia de revelar el interés que lo afecta sólo se reduce a hipótesis en que el interés es patrimonial, no se infringe ninguno de los deberes fiduciarios que debe observar el director, ya que, se abstiene de perjudicar el interés social, protege razonablemente dicho interés, y actúa conforme a la ley.

Sostener que el carácter del interés, en los supuestos que no caben dentro de las presunciones del artículo 44, es de carácter patrimonial, guarda coherencia con el espíritu general de la legislación comercial, cual es la agilidad en las transacciones. Si cualquier tipo de interés

¹⁴⁵ Cfr. PFEFFER, FRANCISCO: “El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el contexto del denominado «Caso Chispas»”, p.523.

¹⁴⁶ Cfr. PAZ-ARES, CÁNDIDO: “Deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores”, disponible en www.oecd.org, abril 2002, cit. por PFEFFER, FRANCISCO: “El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el contexto del denominado «Caso Chispas»”, p. 522.

¹⁴⁷ ZEGERS, MATIAS Y ARTEAGA, IGNACIO: “Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos”, p. 251.

relacionara al director, serían demasiadas las operaciones que deberían someterse a los procedimientos descritos por el artículo, lo cual entorpecería considerablemente el tráfico mercantil.

Por lo demás, las operaciones más cuantiosas, y por lo tanto, más riesgosas para el interés de la sociedad, siempre deben someterse a los procedimientos descritos por el artículo 44 (*supra* Capítulo II 3.3.2.). Se trata de las operaciones de monto relevante, concepto que fue introducido por la ley 19.705. Esto revela una clara preocupación por parte del legislador de no comprometer y de proteger el patrimonio de la sociedad. Patrimonio que, como ya explicamos en el punto anterior, no corre riesgos si el interés del director es meramente moral, ya que dicho interés no es susceptible que provocar repercusiones económicas para la sociedad. Aquí cabe recordar que un interés patrimonial no deja de tener ese carácter por estar inspirado en finalidades ajenas al lucro,¹⁴⁸ lo que importa es que en el extremo de ese interés se trata de satisfacer una necesidad de orden material, que repercute en el ámbito económico; por ejemplo, existe enemistad entre el director y una eventual contraparte de la sociedad, es posible que el director, inspirado en finalidades ajenas al lucro – la enemistad – utilice su cargo para perjudicar a esa contraparte con una negociación desfavorable para ésta, para así satisfacer su necesidad de perjudicarla económicamente – lo cual es una necesidad material susceptible de apreciación pecuniaria – acción que es potencialmente perjudicial para el interés social, toda vez que puede implicar una mala negociación o el riesgo de que ésta no se lleve a cabo finalmente, provocando la repercusión económica negativa para la sociedad, es decir, una pérdida.

Finalmente, diremos que nuestra interpretación encuentra un claro asidero en una de las manifestaciones de los principios de gobierno corporativo de la OECD. Se trata del principio III, según el cual se considera una buena práctica que los directivos informen acerca de cualquier interés *material* que pudieran tener de forma directa, indirecta o por cuenta de terceros, en cualquiera de las transacciones de la sociedad.¹⁴⁹ La referencia a un interés *material*, no es otra que a un interés susceptible de repercutir económicamente en el patrimonio de la sociedad, esto es, un interés con carácter patrimonial.

¹⁴⁸ *Cfr.* BERNET, MANUEL: “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, p. 120.

¹⁴⁹ OECD: “Principio de gobierno corporativo de la OECD”, p. 45.

CONCLUSIONES

Según argumentos basados en historia fidedigna de la ley, contexto de la ley, principios de gobierno corporativo, y doctrina, se deduce que el interés a que se refiere el artículo 44 de la LSA, es uno de carácter patrimonial.

El interés patrimonial que tiene el director de una sociedad anónima en una operación de la sociedad que dirige, es el único potencialmente perjudicial para el interés social. No así un interés de carácter extrapatrimonial el cual, al no poner en riesgo el interés social, no configura un conflicto de interés, y por lo tanto, no obliga al director a revelarlo.

De acuerdo a la idea recién enunciada, es coherente sostener que el cuarto elemento que debe concurrir para que se configure un conflicto de interés entre el director de una sociedad anónima y la sociedad que dirige, es el interés patrimonial del director en la operación de la sociedad.

El resultado de esta investigación, al afirmar que el interés susceptible de relacionar al director es de carácter patrimonial, no logra dar una real certeza jurídica –cuestión que sólo cabe a la ley – sin embargo, aporta una alternativa de interpretación para el artículo 44 de la LSA, que propone una opción suficientemente fundamentada y coherente con el espíritu de la legislación comercial.

La interpretación dada en este trabajo al artículo 44 de la LSA, complementa y nutre de argumentos a algunas ideas que, a este respecto, han sostenido otros autores, a la vez que refuta otras, lo cual contribuye al desarrollo de la doctrina comercial en un punto del cual los autores no se han preocupado extensamente.

En virtud de la gravedad de las sanciones a que se expone el director al no revelar el interés que lo afecta y someter la operación a lo preceptuado en el artículo 44 de la LSA, es preciso que la ley establezca claramente el carácter de dicho interés para los casos que no caben dentro de los supuestos en que el legislador lo presume de derecho.

BIBLOGRAFÍA

ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL Y VODANOVIC, ANTONIO: *Tratado de Derecho Civil*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.

ALCALDE, ENRRIQUE: “Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 16, julio 2007, pp. 115- 126.

ALCALDE, ENRRIQUE: *La sociedad anónima*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.

ALCALDE, ENRRIQUE: “Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 5, enero 2002, pp. 243- 253.

BERNET, MANUEL: “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°8, 2007, pp. 107- 153.

BERNET, MANUEL: “El gobierno de las sociedades abiertas”, en *Revista de Dereccho*, Valdivia, vol. XVI, julio 2004, p. 33 – 57, en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100002&lng=es&nrm=iso, (15/04/07).

BLÜMER, JOSÉ: “El directorio frente a la crisis de la empresa”, en *Revista de Derecho de la Empresa*, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, vol. 7, julio- septiembre 2006, pp. 59- 86.

CLARKE, ÁLVARO: “Modernización del mercado de capitales chileno: la nueva ley de ofertas públicas de adquisición de acciones y gobierno corporativo”, en Clarke,A. (coord.), *Elementos conceptuales de la ley de opas*, Superintendencia de Valores y Seguros, Santiago, 2001.

CLARKE, ÁLVARO: “Proyecto de ley OPA y Gobierno Corporativo”, en *Centro de Estudios públicos*, N° 213, julio 1999, en www.cepchile.cl/dms/archivo_1927_1448/pdef213_clarke.pdf, (15/06/07).

ECHAIZ, DANIEL: “La exclusión de socios en la sociedad anónima”, en *Revista de Derecho de la Empresa*, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, vol. 7, julio- septiembre 2006, pp. 87- 106.

FERNÁNDEZ, MIGUEL: “Aspectos constitucionales de la nueva ley de opas”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol.29, N° 3, 2002, pp. 685- 697.

FIGUEROA, GONZALO: *El patrimonio*, 2ª ed. actualizada con la ley N° 19.335 de 1994, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

GALGANO, FRANCESCO: “Los grupos societarios”, en *Revista de Derecho de la Empresa*, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, vol. 1, enero- marzo 2005, pp. 25-60.

GARCÍA, PEDRO: “Deberes de los directores de sociedades anónimas bajo la ley N° 19.705. Un enfoque comparado”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 29, N° 3, 2002, pp. 621-636.

HERRERA, CRISTÓBAL: *El conflicto entre los acreedores y el derecho a retiro de las sociedades anónimas*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005.

LAGOS, OSVALDO: “La responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas”, en *Revista de Derecho de la Empresa*, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, Legis, vol. 1, enero-marzo 2005, pp. 81- 118.

LEFORT, FERNANDO: “Gobierno corporativo: ¿qué es? y ¿cómo andamos por casa?”, en *Cuadernos de Economía*, Pontificia Universidad Católica de Chile, año 40, N° 120, agosto 2003, pp. 207- 237, en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-68212003012000002 (30/04/07)

LEÓN, AVELINO: *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 3ªed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990.

LYON, ALBERTO: “Conflictos de intereses en las sociedades”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 29, N° 1, 2002, pp. 47- 93.

LYON, ALBERTO: *Personas Jurídicas*, 4ªed. ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

OECD, White Paper- “Gobierno corporativo en Latinoamérica”, en www.oecd.org/document/61/0,3343,en_2649_201185_18979325_1_1_1_1,00.html (17/06/07)

OECD, “Principio de gobierno corporativo de la OECD”, 2004, en www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf (20/09/07)

OYANEDER, PATRICIO: “Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 7, enero 2003, pp. 325- 337.

PEÑAILLILLO, DANIEL: *Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.

PFEFFER, FRANCISCO: “Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 12, julio 2005, pp. 145- 160.

PFEFFER, FRANCISCO: “Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol.27, N° 3, 2000, 485- 499.

PFEFFER, FRANCISCO: “El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la superintendencia de valores y seguros en el contexto del denominado «caso chispas»”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol.32, N° 3, 2005, pp. 501- 537.

PUELMA, ALVARO: *Sociedades*, t. I (Generalidades y principios comunes, sociedad colectiva, sociedad en comandita, sociedad de responsabilidad limitada), t. II (Sociedad anónima), 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.

R.A.E., “Diccionario de la Lengua Española”, 22ª ed., 2001.

RODRÍGUEZ, MARÍA: “Disciplina común de los contratos entre partes realacionadas”, en Juan Andrés Varas- Susan Turner Saelzer (coordinadores): *Estudios de derecho civil*, pp. 343- 372.

RODRÍGUEZ, SERGIO: “Consecuencias civiles por inexactitudes en el prospecto informativo de OPA”, en *Revista de Derecho de la Empresa*, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, vol. 7, julio- septiembre 2006, pp. 107- 136.

SANDOVAL, RICARDO: *Derecho Comercial*, t. I, 4ª ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994.

TORRES, ÓSCAR: *Derecho de Sociedades*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006.

VIDAL, ÁLVARO: “Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. Bases para la construcción de un sistema unitario”, en Juan Andrés Varas- Susan Turner Saelzer (coordinadores): *Estudios de derecho civil*, pp. 733-774.

WIGODSKI, TEODORO: “Los deberes del director de empresa y principales ejecutivos”, en www.dii.uchile.cl/~ceges/publicaciones/ceges61.pdf (16/05/07)

WIGODSKI, TEODORO Y ZÚÑIGA FRANCO: “El gobierno corporativo en Chile después de la ley opas”, en www.dii.uchile.cl/~ceges/publicaciones/ceges38.pdf (10/05/07)

ZEGERS, MATIAS Y ARTEAGA, IGNACIO: “Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los

Estados Unidos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 31, N° 2, 2004, pp. 239- 268.