

A propósito de los deberes de los directores de sociedades anónimas y de las reglas sobre gobiernos corporativos (Corte Suprema)

*Comentario de Jaime Alcalde Silva**

Santiago, tres de diciembre de dos mil quince.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

I. EN CUANTO AL INCIDENTE DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INFRACCIONAL DEL MULTADO PABLO LAMARCA CLARO:

PRIMERO: Que a fin de determinar los efectos que la muerte del sancionado tiene en el procedimiento de reclamación de la sanción pecuniaria impuesta por un acto administrativo, cabe destacar que, como ya se ha resuelto por la jurisprudencia con anterioridad que, si bien tanto la sanción penal como la administrativa son manifestaciones de un único *ius puniendi* estatal, ello no implica de inmediato la aplicación de los principios del derecho penal a la sanción impuesta por la Administración, por cuanto existen ciertos matices dados principalmente por la finalidad perseguida por el legislador al asociar uno u otro tipo de responsabilidad a una conducta determinada.

Es así como al perseguir el procedimiento administrativo el examen de la legalidad de la actuación de la Administración, la muerte del sancionado produce efectos distintos a los regulados por el artículo 93 del Código Penal. En este caso, debe considerarse que Pablo Lamarca Claro falleció una vez concluido el procedimiento seguido ante la Superintendencia de Valores y Seguros y estando pendiente de fallo su reclamo en sede civil.

SEGUNDO: Que, por tanto, la responsabilidad infraccional de Pablo Lamarca Claro no ha resultado extinguida con su muerte, correspondiendo el rechazo del incidente deducido por su defensa.

* Doctor en Derecho, Universidad de Valencia. Profesor Asistente de Derecho Privado, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Lo anterior, teniendo además presente que Pablo Lamarca Claro compareció en primera instancia a través de su abogado, participando activamente tanto en el proceso administrativo como judicial y habiéndose verificado su fallecimiento solo una vez concluidas las etapas de discusión y prueba, de lo cual se desprende que fue debidamente juzgado, sin que la circunstancia de su muerte haya afectado de manera alguna su correcta defensa.

II. EN CUANTO AL FONDO:

TERCERO: Que el régimen de responsabilidad que el legislador ha querido imponer a los directores de sociedades anónimas se evidencia de una interpretación armónica y sistemática de las diferentes normas de la Ley N°18.046, a la luz de la cual se deben leer los artículos 39 y 41 del mismo cuerpo legal que consagran, por una parte, el derecho de los directores a ser informados plena y documentadamente, en cualquier tiempo, de todo lo relacionado con la marcha de la empresa y, por otro lado, que los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, de manera que por su negligencia responden de culpa leve.

CUARTO: Que, en este orden de ideas, si bien a los reclamantes les asistía el derecho a ser informados, también el ejercicio de sus cargos les imponía la obligación de requerir toda la información que les fuere necesaria para la adecuada toma de las decisiones relacionadas con la administración social, más aun considerando que, antes del 18 de diciembre del año 2008 ya habían tomado conocimiento de la existencia de una investigación seguida en contra de Farmacias Ahumada S.A. por la Fiscalía Nacional Económica, tanto a través de la prensa como por lo que les fue informado en sesión de directorio de fecha 5 de junio de 2008 [...]

QUINTO: Que, de lo anterior, aparece manifiesto que asiste a los directores reclamantes la responsabilidad infraccional que les ha sido imputada por el órgano administrativo, fundada en su culpa por omisión, al no realizar acciones positivas de exigir la entrega de la información que les había sido ocultada, a objeto de cumplir con el estándar de cuidado exigido por la ley en el ejercicio de sus cargos.

[...]

SÉPTIMO: Que, por tanto, habiéndose acreditado por el órgano administrativo que los directores sancionados incurrieron en la culpa por omisión que se les imputa, corresponde la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara:

I. Que se revoca la sentencia apelada de seis de septiembre de dos mil trece, escrita a fojas 1.919 de autos, rectificadas por resolución de tres de octubre de dos mil trece,

escrita a fojas 1.997, dictada por el Vigésimo Cuarto Juzgado Civil de Santiago, solo en cuanto acoge la solicitud de declarar extinguida la responsabilidad infraccional de Pablo Lamarca Claro, promovida por su defensa en lo principal de fojas 1.906 de autos y, en su lugar, se rechaza la reclamación deducida por Pablo Lamarca Claro, dejando a firme la Resolución Exenta N°859 de 31 de diciembre del año 2009, que lo condena al pago de una multa ascendente a 300 Unidades de Fomento.

II. Que se confirma, en todo lo demás apelado, la mencionada sentencia.

Se previene que la ministra señora Chevesich fue de opinión de pronunciarse sólo en relación a la situación de Pablo Lamarca Claro, dado que fueron desestimados los recursos de casación en el fondo deducidos por los otros reclamantes y, por lo mismo, se concluyó que la sentencia, a ese respecto, no era nula; razón por la que no comparte el resolutivo II del presente fallo.

Acordada con el voto en contra del abogado integrante señor Arturo Prado Puga, quien estuvo por revocar el fallo apelado, solamente en cuanto niega lugar a las reclamaciones deducidas y condena en costas a los reclamantes, en virtud de los motivos expresados en la disidencia del fallo de casación que antecede.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra señora Sandoval y de la prevención y disidencia, sus autores.

Rol N° 3.389-2015.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Gloria Ana Chevesich R., Sr. Carlos Aránguiz Z., y el Abogado Integrante Sr. Arturo Prado P.

COMENTARIO

Sin duda, la sentencia es destacable porque establece un exigente estándar respecto de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y considera que ella no se extingue con la muerte¹, y así fue señalado por la opinión que acompaña la inclusión de este caso como uno de los fallos más relevantes del año judicial 2015². Pero esta decisión de la Corte Suprema admite un segundo nivel de lectura y, a la vez, sirve para explicar de manera refleja por qué no tenía sentido una acción de responsabilidad civil contra el controlador o el directorio de FASA³. Ciertamente, ella representa una explicitación de un deber fiduciario de información surgido de la diligencia debida que se exige a quien ha de administrar los negocios que se le confían buscando conciliar el interés de

¹ Acerca de este deber, véase Alcalde, E., *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas. Responsabilidad civil y penal administrativa*, Ediciones UC, Santiago, 2013, pp. 146-148.

² Cfr. Chaparro, A., "Los fallos de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional que marcaron este 2015", en Revista *El Mercurio Legal*, núm. 10, p. 48.

³ Véase, en general, Núñez, D./Pardow, D. "¿Por qué no demandan los accionistas? El problema de las costas en la acción derivativa", en *Revista de Estudios Públicos*, núm. 118, 2010, pp. 229-282.

los accionistas y el de la sociedad (artículos 30 y 41 LSA). Pero al mismo tiempo da una señal hacia el mercado de que la ley tiene una función prescriptiva de ciertas conductas deseadas para una adecuada convivencia, cuya observancia no se puede dispensar por otras consideraciones⁴.

Que en ocasiones los negocios se hagan siguiendo unos usos o prácticas asentadas y casi con desprecio de la ley no significa que ella no exista o no se pueda aplicar en los casos que corresponda, sobre todo cuando el sentido de las normas es conformar los gobiernos corporativos bajo parámetros abstractos de profesionalismo, transparencia e independencia de otros intereses contrarios al de la sociedad. El fin, viene a decir la Corte, no justifica los medios, de suerte que la protección del interés social no se puede conseguir al margen de la disciplina societaria existente, incluso cuando en los hechos el propósito práctico no sea contrario al interés social (artículo 30 LSA), como ocurría en este caso, donde se quería evitar que las decisiones acerca del procedimiento derivado de la investigación por colusión que afectaba a FASA fuesen influidas por terceros que tenían intereses distintos o contradictorios a los de la sociedad (artículo 44 LSA). Las normas pertinentes a gobiernos corporativos vienen concebidas como previsiones pensadas en resguardo de los intereses de la sociedad y de los accionistas minoritarios, que no se pueden dejar de aplicar ni siquiera cuando el resultado sea económicamente eficiente o no entrañe perjuicios reales para los intereses protegidos (artículo 11 CC). De esto se sigue que el deber de cuidado de los directores que correspondía sancionar no estaba relacionado con una decisión de negocios en particular (como era la conveniencia o no de llegar a un acuerdo conciliatorio con la Fiscalía Nacional Económica por la investigación respecto de colusión, como se hizo), sino con el procedimiento que se debe seguir para adoptar este tipo de decisiones dentro de una sociedad anónima y en el seno de un órgano colegiado de administración (artículos 39 y 47 LSA). La lección que de esto se extrae es, por tanto, que cualquier reforma sería de los gobiernos corporativos no pasa por incentivar o promover los códigos de conducta como la única solución posible o deseable, dejando al margen la correcta aplicación y, si cabe, el perfeccionamiento de las reglas imperativas que deben estar pensadas como un orden público de protección a favor de los accionistas minoritarios y la propia sociedad. Así pues, la autorregulación y el mejoramiento del marco regulatorio respectivo deben ir a la par, pues uno y otro son insuficientes por sí solos y casos como este o los relacionados con la última crisis económica (desde la quiebra de Lehman Brothers en adelante) vienen a confirmarlo. Porque a fin de cuentas toda ética empresarial requiere de principios, pero sobre todo de responsabilidades efectivas que hagan que aquellos se conviertan en operativos, y ellas solo se exigen en última instancia merced a la ley⁵. Es así como, gracias a una moral

⁴ Así lo anticipaba Lagos, O., "El daño imputable al accionista o al director infractores como límites a la responsabilidad civil en conflictos con sociedades cotizadas", en Figueroa, G./Barros, E./Tapia, M. (coords.), *Estudios de Derecho civil VI*, AbeledoPerrot/LegalPublishing, Santiago, 2011, pp. 715-716.

⁵ Véase, por ejemplo, Cazorla, L. M., *La ética en el derecho de los mercados financieros*, Civitas/ThomsonReuters, Cizur Menor, 2015.

vivida y sentida como propia, podemos corregir los errores de nuestros instintos, según enseñaba Ortega y Gasset.

Por otra parte, la sentencia resolvió que, pese a que uno de los directores había fallecido entre la imposición de la multa por la Superintendencia de Valores y Seguros y su pago, la responsabilidad sancionatoria por las infracciones a los deberes propios del cargo no se extinguía con la muerte, porque se trataba de un castigo pecuniario que se radicada en el patrimonio del infractor (cfr. considerandos 50º-52º de la sentencia de casación) y, por consiguiente, se transmitía a sus herederos (artículo 951 CC). En este punto, la Corte Suprema confirmó el criterio ya sostenido en una situación semejante relacionada con el caso Chispas (sentencia de 30 de octubre de 2014, rol núm. 1079-2014), aplicando principios propios del derecho administrativo a las sanciones impuestas por el órgano fiscalizador (como el de inmediata ejecutoriedad de los actos administrativos conforme al artículo 51 de la Ley 19.880), sin consideración de la regla penal sobre extinción de responsabilidad por muerte del infractor si ella sobreviene antes de que exista sentencia ejecutoriada (artículo 91 núm. 1º CP). De esta forma, además, las multas aplicadas cumplen su función ejemplificadora en un supuesto donde la responsabilidad civil era casi imposible de establecer por no existir un interés lesionado ni el consiguiente daño (artículos 2314 CC y 133 LSA), fuera del denunciado problema de los costes que entraña para los accionistas minoritarios la acción derivativa prevista en el artículo 133 bis LSA. A fin de cuentas, la actuación del controlador de FASA fue beneficiosa y no perjudicial para la sociedad (a diferencia de lo ocurrido, por ejemplo, en el caso Chispas), porque su objetivo era evitar interferencias ajenas a los intereses de la compañía en la adopción de un plan de acción frente a la investigación por ilícitos anticompetitivos⁶. De hecho, el comportamiento observado demostró que el controlador había actuado diligentemente (por ejemplo, contratando los mejores abogados en materia de libre competencia o buscando soluciones alternativas y menos perjudiciales con la Fiscalía Nacional Económica). El problema fue que lo hizo al margen del órgano llamado por ley a guiar la administración de la compañía, y por eso merece un reproche dotado de cierto cariz preventivo.

⁶ Lagos, “El daño imputable al accionista”, cit., p. 717.

