



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Facultad de derecho
Escuela de derecho



Memoria

*Responsabilidad patrimonial de directores y del administrador de hecho
de sociedades anónimas en un grupo empresarial*

Miguel Ángel Ampuero Maldonado
Profesora guía: Dra. Lorena Carvajal Arenas

Valparaíso, noviembre de 2017



Índice

1. Introducción.....	3
2. Capítulo 1: Responsabilidad patrimonial de directores de sociedades anónimas.....	4
2.1 Reseña de la figura del grupo empresarial.....	4
2.2 Responsabilidad patrimonial de directores de sociedades anónimas.....	9
3. Capítulo 2: Formas de hacer efectiva la responsabilidad en el marco de un grupo empresarial.....	19
3.1 Responsabilidad extracontractual.....	20
3.2 Levantamiento del velo societario.....	26
3.3 Administrador de hecho.....	32
4. Propuesta interpretativa acerca del administrador de hecho en Chile.....	43
5. Conclusión.....	48
6. Bibliografía.....	51



Introducción

En el contexto actual de los grupos empresariales, donde existe una gran concentración de la propiedad, que genera que los accionistas mayoritarios ejerzan el control de las sociedades, supeditando los intereses de los accionistas minoritarios a los de aquéllos, se produce una situación en la cual las sociedades islas se encuentran subordinadas al poder y dirección empresarial de los directores de la sociedad matriz, o bien, de quien ejerza, en el hecho, tal control. Esto determina que, muchas veces, el interés de las sociedades islas cede ante un interés superior, el cual se entiende como interés del grupo. Tal interés no cuenta con reconocimiento a nivel legal. Por lo tanto, incluso, tendrán que soportar perjuicios que, en último término, tienen como principales afectados a los accionistas minoritarios, quienes no poseen poder de decisión que permita dar una orientación a la gestión empresarial.

Como se analizará a continuación, las sociedades islas ejecutan las órdenes recibidas por aquellas personas que, dentro de la estructura jerárquica tipo pirámide que predomina en Chile, se encuentran en un nivel superior. Tales actuaciones pueden acarrear perjuicios. Por lo tanto, es necesario determinar a quién corresponde la responsabilidad por los mismos. En los hechos, la responsabilidad puede corresponder a los directores de la sociedad dominante, o bien, a personas que, sin encontrarse investidos en dicha calidad, actúan decidiendo y dando curso a la actividad de la sociedad y del grupo empresarial, no siendo, por tanto, sujeto de los deberes y obligaciones que se imponen a los individuos que ostentan un cargo directivo.

En tal contexto, este trabajo apunta a determinar cómo hacer responsable al sujeto que, en los hechos, ofrece directrices y determina el actuar de la sociedad isla –aun cuando dicho sujeto carezca de una investidura formal dentro del grupo– ocasionando perjuicios, ya sea, a la misma sociedad, a los accionistas o a los stakeholders.

Para establecer esto, en primer lugar, se realizará una identificación y, luego, la delimitación de los distintos intereses que interactúan dentro del grupo empresarial, para ver cómo estos se encuentran comprometidos con las instrucciones que emanan del sujeto que, materialmente, ocasiona el daño. Además, para entender de mejor forma el grupo empresarial, se identificarán las conexiones entre las sociedades que lo conforman. Estas operaciones permiten reconocer la estructura del grupo desde el punto de vista de su funcionamiento.

En segundo lugar, desde un punto de vista específico, se indican algunas notas acerca de la responsabilidad patrimonial de directores en el marco de una sociedad anónima, como antesala al análisis del problema que aborda este trabajo. Luego, se revisarán tres fórmulas, a través de las cuales es posible hacer efectiva la responsabilidad de los individuos que



generan perjuicios con sus decisiones o directrices, en el marco de un grupo empresarial a: sociedades dominadas; a accionistas minoritarios y/o a stakeholders.

Este examen es el punto central de este trabajo, el cual se focaliza en individuos que se encuentran fuera de la relación contractual que vincula a los directores –formales– con la sociedad. Las fórmulas que se analizan para determinar el estatuto de responsabilidad de estas personas son las siguientes: el estatuto de la responsabilidad civil extracontractual; la teoría del levantamiento del velo societario; y, por último, la figura del administrador de hecho.

De las fórmulas enunciadas, se postula que la figura del administrador de hecho es la menos explorada en Derecho chileno. Con todo, la más efectiva. Por lo tanto, esta memoria analiza tal figura en detalle.

El administrador de hecho, pueden ser él o los directores de la sociedad dominante, o bien, uno o varios individuos sin una investidura formal en las sociedades que conforman el grupo. El administrador de hecho ejerce una influencia sobre la sociedad dominada, para que ésta adopte decisiones que benefician el interés grupal y que, a su vez, causan un perjuicio a las sociedades isla, los stakeholders y/o accionistas minoritarios.

Para probar la hipótesis, se utilizará el Derecho Comparado y también la doctrina y jurisprudencia nacionales. Se realizará un análisis de la doctrina y jurisprudencia españolas, para apreciar en profundidad, en qué consiste la figura del administrador de hecho y por qué es la más efectiva para exigir responsabilidad, fuera del contexto de la sociedad isla propiamente tal, por perjuicios causados en materia de sociedades en el marco de un grupo empresarial.

Capítulo 1: Responsabilidad patrimonial de directores de sociedades anónimas

1.- Reseña de la figura del grupo empresarial

Según dispone la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores en su artículo 96, grupo empresarial es “*Conjunto de entidades que presentan vínculos en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten*”. Es una definición que destaca por su extensión, aludiendo al tipo de dependencia que puede existir entre las distintas sociedades que forman parte del grupo empresarial. Se entiende que, con dicha definición, se adopta



una relación de subordinación en la conformación del grupo¹, la cual puede ser vertical, a modo de pirámide, siendo ella la clásica, donde una sociedad llamada *holding*, ejerce la dirección unitaria del grupo, en una estructura en que cada sociedad se une a otra en una relación de dependencia o subordinación a través de mecanismos de control. La otra forma de estructura que existe, es la radial, donde una sociedad controla directamente el 50% o más del capital de otras múltiples sociedades de giros distintos o complementarios al que ejerce la controladora.

La Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA) hace énfasis especial en la ligazón financiera que debe existir entre la sociedad controladora y las controladas, lo que se desprende de lo preceptuado por los artículos 86 y 87², que señalan las relaciones de matriz-filial y coligante-coligada respectivamente, que pueden darse entre distintas sociedades dependiendo del porcentaje de participación que la sociedad dominante tenga en la otra, existiendo un vínculo de mayor poder e influencia en el caso de la relación matriz-filial³.

La existencia de los grupos empresariales es reconocida en nuestro derecho, lo cual, además, es una tendencia en el derecho comparado. El grupo se construye sobre la base de ciertos elementos, a saber:

- a) Influencia dominante: que consiste en la subordinación de unas sociedades a otra, denominada controladora o dominante, la cual, en nombre del grupo, impone la voluntad de éste, ya sea en forma directa o a través de persona relacionada⁴;

¹ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el Derecho Chileno*, en Revista chilena de derecho, vol.41 no.1, Santiago abr. 2014.

² Artículo 86. *Es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores.*

La sociedad en comandita será también filial de una anónima, cuando ésta tenga el poder para dirigir u orientar la administración del gestor.

Artículo 87. *Es sociedad coligada con una sociedad anónima aquella en la que ésta, que se denomina coligante, sin controlarla, posee directamente o a través de otra persona natural o jurídica el 10% o más de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones, o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar por lo menos un miembro del directorio o de la administración de la misma.*

³ En este sentido TORRES ZAGAL, Óscar, *Derecho de sociedades* (Editorial Legal Publishing, 2006) p.325

⁴ Vid. JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Grupos empresariales: Notas sobre la responsabilidad del administrador de hecho en el derecho chileno (Estatuto general y responsabilidad por insolvencia)* (Santiago, Thomson Reuters, 2015) p.42

Son personas relacionadas, conforme al artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de valores:

a) *Las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad;*

b) *Las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada, en conformidad a las definiciones contenidas en la ley N° 18.046;*



- b) Dirección unitaria: que se desprende del anterior elemento, implica que la sociedad dominante ejerce la conducción del grupo y, en ese sentido, lo dirige como un ente económico unido, una empresa pluricorporativa, hacia un objetivo⁵. Se diferencia respecto al primer elemento, en que ya no es solo el poder que tiene la sociedad controladora para determinar la actividad empresarial de las sociedades dominadas, sino que es ese poder más una orientación en único sentido, al que deben encaminarse todas y cada una de las sociedades del grupo empresarial; e
- c) Interés del grupo, consistente en la búsqueda del máximo beneficio y la mayor rentabilidad para las sociedades agrupadas en su conjunto y para los accionistas de cada cual.

En Chile, el modelo que se sigue para regular el grupo empresarial es el modelo orgánico, donde la ley establece las características que deben reunir esta conjunción de sociedades para considerarse como tal, siendo el factor determinante de ello, la dirección unitaria, que, no se señala expresamente, pero a partir de la dependencia que existe de las sociedades respecto a su matriz puede desprenderse. Esto se dispone en el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores. Los tres elementos anteriormente mencionados, se considera, dan cuenta en conjunto de una voluntad única que emana de esta estructura supraindividual.

Cabe destacar, que, desde la crisis del sistema financiero que experimentó el país el año 1982, la legislación ha venido incorporando una serie de exigencias en materia de control, inversión, grupos empresariales y personas relacionadas, todas conducentes a regular, en la medida de lo posible, los efectos de la concentración económica y del crédito que originaron la crisis de la banca de aquel año⁶. La Ley N° 18.045 de Mercado de Valores es relevante en este contexto. La concentración económica y la conformación de grupos empresariales, en cierta medida, son consecuencia natural de la actividad económica que tiene lugar en un estado neoliberal como el que tenemos en Chile, donde el Estado asume una actividad fiscalizadora, ejerciéndola a través del establecimiento de una regulación básica, dejando lo restante a la libertad de los actores que intervienen en el mercado⁷. Por ello, en lugar de prohibir o restringir la conformación de grupos económicos, lo que hace nuestro ordenamiento jurídico es reconocer su licitud y revelar que existen, regulándolos, pero de manera incipiente.

Sin embargo, la gran diferencia respecto a otras legislaciones, que resulta patente, es el tratamiento de esta realidad, ya que, si bien, en el Derecho chileno se define qué es un grupo empresarial, su tratamiento como una figura distinta a las sociedades que le integran

c) *Quienes sean directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores de la sociedad, y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, así como toda entidad controlada, directamente o a través de otras personas, por cualquiera de ellos, y*

d) *Toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones.*

⁵ *Ibid*

⁶ Vid, JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Grupos empresariales*, cit. (N.4), p.2-5

⁷ *Ibid*



es incompleto y poco armónico, lo que genera distintos problemas, entre ellos, el problema que aborda este trabajo, es decir, cómo hacer efectiva la responsabilidad de las personas que administran al grupo empresarial y encargan decisiones a las sociedades islas, cuando aquéllas ocasionen perjuicios a la sociedad dominada, sus accionistas, o a los stakeholders.

Para determinar conforme a qué estatuto jurídico hacer efectiva la responsabilidad de los administradores dentro del grupo empresarial, es necesario, primero, definir y, luego, delimitar los distintos intereses que confluyen en esta realidad. Con ello, podrá apreciarse cómo éstos se ven vulnerados, a efectos de establecer cuándo es posible pretender el resarcimiento de perjuicios. Los intereses son cuatro: interés social; interés de los accionistas; interés de los administradores; e interés del grupo.

En primer lugar, el interés social se erige una vez que se aúnan los intereses de los distintos accionistas, en aras de participar en las ganancias que obtenga la sociedad y soportar en conjunto las pérdidas que sufra.

En segundo lugar, interés del accionista, consiste en obtener una rentabilidad con el aporte que efectúa a la sociedad, en conjunto a los demás accionistas.

En tercer lugar, interés de los administradores, el de dirigir la sociedad, conducirla de tal manera que las utilidades sean las mayores posibles y buscar así el afianzamiento de la sociedad dentro del mercado, cumpliendo con los deberes fiduciarios que se les ha encomendado (deber de lealtad y deber de cuidado).

Finalmente, el interés del grupo es discutido, doctrinalmente, hay quienes estiman, como Manóvil⁸, que no existe un interés del grupo propiamente tal, el cual pueda prevalecer sobre el interés social de cada una de las sociedades agrupadas. En el derecho chileno no existe tutela de este interés. En cambio, otros, como Galgano reconocen la existencia efectiva de un interés grupal, derivado del principio de unidad de empresa⁹ que imbuye al grupo empresarial, y que, como tal, es distinto al de las sociedades individualmente consideradas, pudiendo, por ejemplo, adoptarse una decisión o acuerdo en beneficio del grupo que vaya en desmedro del interés social de alguna sociedad “isla”. Esto no quiere decir que los intereses de las sociedades agrupadas sean en esencia, incompatibles o totalmente distintos al común del grupo. Si recordamos, conforme a la definición que nos entrega la Ley de Mercado de Valores de grupo empresarial, alude a que entre las

⁸ Este autor dice: “El grupo carece de personalidad jurídica, por lo que no resulta posible identificar un especial “interés grupal”. El único interés visible, es el de la sociedad dominante”

MANÓVIL, Rafael Mariano, *Interrogantes sobre la responsabilidad y los deberes de los funcionarios societarios en grupos* (Apud, JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Grupos empresariales: Notas sobre la responsabilidad del administrador de hecho en el derecho chileno (Estatuto general y responsabilidad por insolvencia)* (Santiago, Thomson Reuters, 2015) pp.92-93

⁹ GALGANO, Francesco (Apud, JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Grupos empresariales: Notas sobre la responsabilidad del administrador de hecho en el derecho chileno (Estatuto general y responsabilidad por insolvencia)* (Santiago, Thomson Reuters, 2015)



sociedades que forman el grupo empresarial puede haber vínculos de propiedad, administración y responsabilidad crediticia, entonces, algún punto de encuentro debe existir entre los intereses de la sociedad controlada, sociedad matriz y la estructura de la que son integrantes.

Es posible ensayar una definición de interés del grupo, que sería aquél que se superpone al interés individual de cada sociedad que forma parte de esta estructura, y, como tal, redirecciona todos ellos a un propósito común, el de ser unidad económica que se apoye, tanto financiera como crediticiamente, con el objeto de alcanzar las rentabilidades mejores con la explotación de los giros comerciales correspondientes.

Según expresa Pfeffer *“El interés social grupal se manifiesta en la búsqueda del máximo beneficio conjunto, aunque no necesariamente para todos los miembros ni para todos los miembros por igual, el cual debe de ser concebido como un interés consciente de su necesaria coordinación con el interés individual de las empresas que constituyen el grupo, de forma tal que si la sociedad ejecuta un acto contrario a su interés social inmediato en favor del interés del grupo, está, en realidad, persiguiendo su interés social propio en la medida en que puede razonablemente atender una contrapartida futura por este sacrificio¹⁰”*. Esto da cuenta que el interés social se subordina al interés grupal, incluso, pudiendo ser sacrificado. Existe una delimitación de cada uno, según la extensión en que se proyectan.

Se considera, a efectos de exigir la responsabilidad del administrador del grupo empresarial, además de la lesión a un interés, en lo que respecta a accionistas y sociedades dominadas, su permanencia en el tiempo. Según la dinámica que dota a esta empresa pluricorporativa, el interés social se subordina al interés grupal, por lo que puede el primero ser vulnerado siempre que haya un objetivo mayor a alcanzar. Si el logro de ese objetivo mayor implica ganancias o beneficios para el grupo, en general, y para las sociedades, en particular, no existiría una legitimación para exigir perjuicios, ya que el daño al interés, aún sin declararse en sede jurisdiccional, ya fue resarcido. Se estima que el hecho de formar parte de un grupo empresarial implica conocer este tipo de funcionamiento, por lo que el daño ocasionado debe ser estable y no presentarse, posteriormente, un beneficio que sitúe a la sociedad perjudicada o sus accionistas en un estado similar o mejor que el que tenían antes del perjuicio.

A partir de esta distinción relativa a los intereses inmersos en la dinámica de los grupos empresariales, es posible ver que, si bien, no son incompatibles, pueden confrontarse y ocasionar conflictos entre sí. Estos conflictos asumen relevancia cuando una de las sociedades del grupo, accionistas, o los stakeholders resultan perjudicados.

¹⁰ PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascadas*, en Revista actualidad jurídica N°32, Universidad del Desarrollo, 2015, p.225.



Por lo tanto, es necesario determinar cuándo es responsable quien toma la decisión y cómo puede hacerse efectiva la responsabilidad. Ambos aspectos se desarrollan de manera neta en el capítulo 2. A continuación, se ofrecen elementos que permiten una mejor comprensión de las ideas expuestas en aquel capítulo. El desarrollo que sigue hace hincapié en aspectos problemáticos acerca de la responsabilidad patrimonial de los directores y en la relación jurídica que existe entre éstos y la sociedad. Con ello, podrán extrapolarse algunos elementos a la dinámica del grupo empresarial y entender a cabalidad los problemas con sus respectivas soluciones, al momento de determinar la responsabilidad de los administradores, en lo que respecta al andamiaje de la empresa y desarrollo de actividades de las sociedades subordinadas.

2.- Responsabilidad patrimonial de directores en sociedad anónima

En la doctrina nacional, se ha discutido acerca de la naturaleza y acerca de los elementos que comprendería la responsabilidad civil de los directores. En principio, es posible establecer que no existe una relación jurídica de mandato entre la sociedad y los directores. Éstos no son mandatarios de la sociedad, sino que forman parte de un órgano de la misma, el cual está encargado de la administración y dirección de la empresa. Normas de orden público establecen este carácter orgánico. Al directorio le corresponde representar judicial y extrajudicialmente a la sociedad. Es más, en el propio artículo 1° de la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas, dicho tipo societario es definido como “*una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables solo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables*”, definición que, claramente, da cuenta del carácter orgánico que presenta el directorio.

Es de especial importancia el artículo 49 de LSA que dispone “*El directorio de una sociedad anónima la representa judicial y extrajudicialmente y para el cumplimiento del objeto social, lo que no será necesario acreditar a terceros, está investido de todas las facultades de administración y disposición que la ley o el estatuto no establezcan como privativas de la junta general de accionistas, sin que sea necesario otorgarle poder especial alguno, inclusive para aquellos actos o contratos respecto de los cuales las leyes exijan esta circunstancia*”. A partir de ello, se puede colegir que dicho órgano tiene plena responsabilidad frente a los accionistas, por las consecuencias que acarreen los actos y contratos que ejecuten y celebren, y resulten ajenos al interés social que se pretende satisfacer. Pese a ello, en lo que dice relación con terceros, aquellos actos que no vayan en aras de cumplir con ese interés social que subyace a la sociedad anónima, no podrán considerarse nulos ni inoponibles para aquélla, por lo que será plenamente responsable por los efectos que de esos actos se deriven. Estamos en presencia de una responsabilidad personal de la sociedad, frente a terceros por los actos ejecutados por el directorio.



Sumada a esta responsabilidad personal de la sociedad, es ineludible la responsabilidad que tienen el o los directores que participaron del hecho que irrogó el perjuicio, exigible mediante acciones que pueden ejercer tanto, la propia sociedad (artículo 133 bis LSA¹¹), los accionistas y los terceros. El ejercicio de una acción por parte de un accionista o de un tercero contra el director, a quien considera responsable por el daño ocasionado, deberá apoyarse en el estatuto de responsabilidad extracontractual (Título XXXV “De los delitos y cuasidelitos”, artículos 2314 y siguientes, Código Civil). Toda vez que no hay un vínculo contractual previo. Esto se entiende por la mayoría de la doctrina¹². Puede haber un vínculo de naturaleza contractual, pero respecto a la sociedad donde ese director actúa como parte de un órgano. En otras palabras, en caso de existir un contrato entre la sociedad y un tercero, éste podría ejercer acciones derivadas de dicho contrato.

En Derecho comparado existen otras posturas acerca de la figura aplicable para exigir la responsabilidad de directores de las sociedades. La posición mayoritaria en Chile, que corresponde a la postura que se adopta en este trabajo, no se basa únicamente en la ley, sino que es fruto de una constatación, en parte, de la realidad societaria, y, por supuesto, de la naturaleza de las instituciones a las que se alude. Por lo tanto, se pasan a revisar algunas opiniones de autores extranjeros, acerca de la materia.

Parte de la doctrina española, entre cuyos autores se encuentra Picó I Junoy, plantea que si es un tercero quien exige la responsabilidad del director, está será de naturaleza extracontractual, dado que la relación se estableció con el administrador y no con la sociedad. De haber sido con ésta última, se trataría de una responsabilidad contractual y, asimismo, lo será si quien acciona contra el administrador es un socio, producto de que ambos forman parte de la sociedad, que en estricto rigor, nace de un contrato que los

¹¹ Artículo 133 bis Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas. *Toda pérdida irrogada al patrimonio de la sociedad como consecuencia de una infracción a esta ley, su reglamento, los estatutos sociales, las normas dictadas por el directorio en conformidad a la ley o las normas que imparta la Superintendencia, dará derecho a un accionista o grupo de accionistas que representen, a lo menos, un 5% de las acciones emitidas por la sociedad o a cualquiera de los directores de la sociedad, a demandar la indemnización de perjuicios a quien correspondiere, en nombre y beneficio de la sociedad.*

Las costas a que hubiere lugar serán pagadas a los demandantes y no podrán, de forma alguna, beneficiar a la sociedad. Por su parte, si los accionistas o el director demandantes fueren condenados en costas, serán exclusivamente responsables de éstas.

Las acciones contempladas en este artículo, son compatibles con las demás acciones establecidas en la presente ley.

¹² En esta línea se ubican, entre otros, BARROS (*Tratado de responsabilidad extracontractual*), CORRAL (*Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, pp. 309-310) ALCALDE (*La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, p.34). En contra, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Apud, ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013)



vincula¹³. La dogmática argentina, en opinión de Santillán, ha calificado como responsabilidad contractual la de los administradores, siempre que entre los legitimados haya una obligación preestablecida, y como extracontractual cuando no hay una que subyaga¹⁴.

La postura que presenta Otaegui es llamativa, pues señala que, pese a que el vínculo entre la sociedad y el director es convencional, porque requiere por un lado, nombramiento en el cargo por parte de la sociedad, y además, aceptación del designado, la regulación de tal vínculo no es convencional, sino que legal, y en virtud de aquélla, extrapolando esta postura al derecho nacional, corresponde aplicar el estatuto de responsabilidad extracontractual, por ser el estatuto de responsabilidad subsidiario y general¹⁵.

Como puede verse, hay posturas varias y disímiles en cuanto a la naturaleza que presentaría la responsabilidad de los directores de una sociedad anónima. La responsabilidad, en definitiva, será contractual cuando haya un vínculo entre sociedad y terceros, donde el directorio, sus integrantes, actúen cumpliendo sus funciones dentro del órgano, o según Galgano, ejecutando el contrato social¹⁶. Será extracontractual, cuando no haya una relación jurídico-privada previa entre el director demandado y el accionista o tercero, que ejerce una acción reclamando que ha sufrido un daño indemnizable.

La responsabilidad civil de directores, cuando ésta, no queda comprendida en la órbita de actuación del directorio, se regirá por las reglas del estatuto extracontractual, y para estos efectos, se consideran de una importancia especial, como expresa Alcalde, dos elementos: la antijuridicidad y el factor de atribución subjetiva. Se recuerda, a propósito, que deben concurrir los siguientes elementos para estar en presencia de responsabilidad extracontractual: a) Existencia de un hecho o conducta (acción u omisión) ilícito o antijurídico; b) Una acción u omisión que sea imputable a culpa o dolo del agente; c) Relación causal entre el hecho ilícito y el perjuicio que se reclama, de manera que este sea consecuencia directa de aquél; d) El daño o perjuicio originado en el hecho ilícito imputado, sea directo; e) Capacidad delictual o cuasidelictual civil.¹⁷

En cuanto a la antijuridicidad, a priori, pareciera que basta con que el director infrinja el deber de no causar daño a otro para que se configure aquel elemento. Sin embargo, para

¹³ Vid, PICÓ I JUNOY, Joan, *Aspectos procesales de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Apud, ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013), p.36

¹⁴ SANTILLÁN, Jorge, *Responsabilidad civil de los directores y síndicos de la sociedad anónima* (Apud, ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013), p.36

¹⁵ Vid, OTAEGUI, Julio, *Administración societaria* (Apud, ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013), p.36

¹⁶ GALGANO, Francesco (Apud, ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013) p.35

¹⁷ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013), pp. 45-46



que opere como un criterio de imputación básico o primario de la conducta u omisión que causa los daños, es necesario que se haya violado una obligación legal y cuya inobservancia, precisamente, dé lugar al perjuicio que se reclama.¹⁸ De lo contrario, la responsabilidad del director, podría ser ilimitada, en el sentido de quedar como sujeto pasivo de una acción indemnizatoria por cualesquiera de los actos que ejecute, los cuales, en último término, podrían generar algún perjuicio, no obstante ser beneficioso para la mayoría de los actores que intervienen en la actividad comercial propia de la sociedad. Es necesario recordar, de todos modos, que el director debe cumplir con el estatuto de la sociedad, por lo que la exigencia en cuanto a antijuridicidad de infringir una ley, no debe entenderse necesariamente referida a esa fuente jurídica, sino que en un sentido laxo como toda norma obligatoria. Así, Gesualdi apunta a que la antijuridicidad consiste en la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad, es decir, incluyendo las leyes, costumbres y los principios jurídicos que surgen del sistema.¹⁹ Como se aprecia, esta autora incluye también en su concepción de antijuridicidad otro tipo de fuentes, además de la ley, entre ellos, los principios jurídicos que no tienen una eficacia jurídica directa. Por supuesto, se incluye también el estatuto social, el cual es obligatorio en general, para los accionistas de la sociedad y para los órganos que le conforman, como patrón para evaluar la conducta del director con el fin de delimitar el daño que ha ocasionado.

Con todo, es importante destacar que, la antijuridicidad tiene mayor relevancia en el caso de incumplimiento de los deberes fiduciarios de los directores. Estos deberes trascienden en muchas ocasiones a lo que dispone la ley y a lo preceptuado en el estatuto social. A continuación, se revisan, brevemente, tales deberes.

Lo normal será que, si es la propia sociedad, o bien, sus accionistas quienes exijan la responsabilidad del director que ha causado el daño, recurran a la infracción de los deberes fiduciarios, de lealtad y cuidado, debido a la posición del director, como administrador de negocios ajenos.

Para apreciar de forma clara la antijuridicidad en el incumplimiento de los deberes fiduciarios, ante todo, debe darse una revisión a las dos teorías mayoritarias relativas al interés social, el cual propenden a satisfacer; la institucionalista; y la contractualista. Según cuál de ellas se adopte, podrá establecerse cuándo el interés social se entiende lesionado. Estas teorías difieren en cuanto a la extensión que se le da.

La teoría institucionalista asigna una función pública a la sociedad anónima, que trasciende a la mera conformación de un fondo común y de participar en negocios repartiendo las ganancias y pérdidas. Considera que es, además, un vehículo para conseguir el desarrollo económico de la comunidad nacional, siendo esta la finalidad

¹⁸ *Ibid*, p.46

¹⁹ Vid, GESUALDI, Dora Mariana, *De la antijuridicidad a las causas de justificación* (Apud, ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013), p.47



esencial y a la que debe subordinarse, en ocasiones, el interés de cada accionista²⁰. Corresponde a una concepción de interés social amplio.

La teoría contractualista, en cambio, tiene un alcance menos ambicioso. Se limita a la causa del contrato, que no es más que mediante la actividad social se logre el máximo lucro posible que, vaya en beneficio directo, primero de la sociedad y, en último término, a los patrimonios de cada accionista²¹. Es esta última teoría la que se adecua fielmente a la práctica y legislación de nuestro país. Se desprende del artículo 2053²² que define qué es sociedad, y de la Ley de Sociedades Anónimas que no hace referencias a unas pretensiones sociales, a las que deba propender la sociedad.²³

El artículo 41 de la LSA consagra el deber de cuidado, 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 se encuentra en estrecha relación con la finalidad del contrato social, a la que deben propender los directores a efectos de su cumplimiento, esto es, maximizar las utilidades en el ejercicio y el valor de la respectiva compañía. Por aquello, la medida para entender satisfecho el deber es, si los directores han adoptado el adecuado nivel de diligencia para lograr concretizar ese interés social mencionado anteriormente, creando valor, maximizando las posibilidades de éxito en el desarrollo del giro propio de la sociedad. Debido a esto, si no emplean un nivel de cuidado medio en los negocios de la sociedad, el elemento de antijuridicidad estaría configurado para efectos de buscar hacer efectiva la responsabilidad del director.

El deber de lealtad se consagra principalmente en ciertas prohibiciones que se le imponen al director, concretamente, en los siguientes artículos de la LSA. El artículo 42 N°1, el cual dispone: “*Los directores no podrán: proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados*”; artículo 42 N°6: “*Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo*”; artículo 42 N°7: “*En general, practicar actos contrarios al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social*”. La regulación de este deber es mucho más exhaustiva y hasta casuística, por lo

²⁰ Vid, ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad de los directores*, cit. (n.17), p.57

²¹ *Ibid*

²² Art. 2053 Código Civil. *La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan.*

La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.

²³ Los deberes fiduciarios que deben ser cumplidos por los directores de la sociedad anónima, dan cuenta de que son plenamente responsables ante los accionistas, no existiendo disposiciones que preceptúen obligaciones respecto a terceros o a la comunidad en general, como podrían ser, en temas medioambientales. El artículo 42 de la Ley de Sociedades Anónimas, que sanciona prohibiciones a los directores, lo hace en relación a la sociedad, propendiendo a que aquéllos, cumplan con las funciones propias de su cargo sin vulnerar el interés social, como ocurre, por ejemplo, cuando proponen modificaciones a los estatutos sociales que vayan en beneficio de sus propios intereses y no en el de los socios en general.



que favorece, en el papel, su aplicación, y aclara aquellas situaciones en donde se encuentra un incumplimiento del deber. No obstante, como es del todo lógico, el estatuto social al igual que la ley, no pueden prever todas las situaciones en las que se presente un incumplimiento de los deberes, por lo cual, de igual manera a como se hace en los contratos en general, donde la buena fe es un principio transversal y que sirve para interpretar el contrato en aquellos puntos que susciten discusión, el interés social debe actuar a modo de cláusula general de integración contractual, completando las lagunas que se generan a partir de la regulación y, además, siendo un elemento interpretativo relevante al momento de dictaminar si realmente hay un incumplimiento imputable al director.²⁴

Respecto al factor de atribución subjetiva en la responsabilidad de los directores, en consideración que la mayoría de las obligaciones y deberes que se disponen para los directores se encuentran en la ley y en los estatutos sociales, cabe preguntarse si su responsabilidad es subjetiva u objetiva. La respuesta es sencilla si revisamos el estatuto de la responsabilidad aquiliana, toda vez que el artículo 2314 del Código Civil señala *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro...”*, lo cual indiscutiblemente, exige dolo o culpa en el actuar del sujeto. La duda surge por lo que han postulado autores como Barros, a propósito de la llamada culpa infraccional, quien comenta: *“[a] diferencia de lo que ocurre en materia penal, la culpa civil puramente infraccional no requiere ser completada con una imputación subjetiva del ilícito”*²⁵. Aún más explícita es la opinión de Corral, quien señala que la responsabilidad en este caso *“tiene carácter objetivo, ya que no es necesario probar culpa o dolo. Basta acreditar la culpa de la sociedad en la infracción y la relación de causalidad entre ésta y el daño...; la única excusa liberatoria que es admisible a los directores es que conste su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de la infracción”*²⁶. En el caso de la opinión de Corral, si bien, se habla de *“la culpa de la sociedad en la infracción”*, esta viene dada por el acuerdo al que arriban los directores, los cuales serán responsables solidariamente de los perjuicios que ocasionen, si es que no consta su oposición en el acta de la sesión. Por aquello, podría dirigirse la acción indemnizatoria, en contra del o los directores que concurrieron con su voto a la concreción de acuerdo perjudicial, para la sociedad o sus accionistas²⁷. Conviene comentar estas hipótesis, para cada deber fiduciario en particular.

En lo que se refiere al deber de cuidado, éste corresponde a una obligación de medio que exige en el desempeño de los negocios sociales al director un nivel de diligencia medio

²⁴ Vid, ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad de los directores*, cit. (n.17), p.75

²⁵ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006) p. 99.

²⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003) p.292

²⁷ Art. 41 Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas. *Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables.*



(“*cuidado que emplean los hombres ordinariamente en sus propios negocios*”) por lo que va a ser necesario para establecer si hay un incumplimiento, la valoración de la culpa en abstracto, conforme al modelo objetivo de conducta correspondiente al hombre medio o buen padre de familia. Así se establece en el artículo 41 de la LSA. Además, el factor de imputación subjetiva en el artículo 45²⁸ de la misma ley se presume, por lo que no podría hablarse en este contexto de una culpa infraccional o una responsabilidad objetiva de los directores. La responsabilidad es subjetiva, conforme al régimen general del ordenamiento jurídico nacional.

Cuando se habla del nivel de diligencia que deben observar los directores de la sociedad, en el ejercicio de sus funciones, parece adecuado pensar que, el modelo abstracto de conducta que servirá de patrón, para evaluar si, el director ha observado el grado de diligencia que le es exigible, corresponda a un arquetipo de director de sociedad anónima, con un estatus de preparación profesional medio, siendo superior al del individuo común y corriente. Por aquello, la responsabilidad del director, no obstante que responda por la culpa leve, esta culpa va a ser más estricta que la que atañe a un individuo que no ejerce este tipo de negocios, en el ámbito de un giro comercial, que implica una preparación profesional especial, debido a la complejidad del escenario en que aquellas personas se desenvuelven. La jurisprudencia nacional no es proclive a aceptar esta postura. La Corte Suprema conociendo de un recurso de casación en el fondo, de la causa caratulada “*Cariola con Superintendencia de Valores y Seguros*”, rechaza las argumentaciones de la parte impugnante, las cuales, señalan que ella fue sancionada, por incumplimiento del derecho-deber de información que recae sobre los directores de sociedades anónimas, evaluando su conducta en concreto, conforme a los conocimientos especiales que doña María Gracia Cariola poseía en el ámbito empresarial. Se rechazan los reproches de derecho formulados a la sentencia de segunda instancia, que confirma la de primera que sancionó a la directora de La Polar, por no haber actuado según el modelo de conducta del buen padre de familia, como dice La Corte “*en la forma que la ejerce un hombre o mujer prudente en el manejo ordinario de sus propios negocios*”²⁹. Se habla de un deber de vigilancia del director, respecto a la marcha de la actividad comercial de la sociedad. El solo hecho de informarse acerca de cómo aquella se desarrolla, no lo exonera de la

²⁸ Art. 45. *Se presume la culpabilidad de los directores respondiendo en consecuencia, solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad, accionistas o terceros, en los siguientes casos:*

1) *Si la sociedad no llevare sus libros o registros;*

2) *Si se repartieren dividendos provisorios habiendo pérdidas acumuladas, respecto de los directores que concurrieron al acuerdo respectivo;*

3) *Si la sociedad ocultare sus bienes, reconociere deudas supuestas o simulare enajenaciones. Se presume igualmente la culpabilidad del o de los directores que se beneficien en forma indebida, directamente o a través de otra persona natural o jurídica de un negocio social que, a su vez, irroge perjuicio a la sociedad.*

²⁹ Sentencia Corte Suprema, causa rol N° 79.071-2016, sobre reclamación de multa administrativa, caratulada “*Cariola con Superintendencia de Valores y Seguros*” Considerando cuarto parte final.



obligación de imponerse del contenido de los negocios, para resguardar el debido funcionamiento de la sociedad.³⁰

No obstante que, la jurisprudencia chilena no reconozca que los directores de una sociedad anónima, pese a tener un deber de diligencia medio, en los hechos, deben responder de sus actuaciones, en virtud de un estándar de conducta más estricto, la sentencia comentada en el párrafo anterior, implica un atisbo de una nueva visión acerca de la responsabilidad que le cabe a los directores. Las alegaciones de la parte que interpuso el recurso, van hacia esa dirección, es decir, discutir y ponderar si es posible exigir diferentes grados de diligencia, según el nivel de profesionalismo del que goce la persona, a quien se le imponen deberes de conducta. Al ser profesionales del ámbito comercial, se entiende que el parámetro de conducta, a efectos de establecer si incurren en culpa leve, no puede ser igual al de un individuo corriente. Los directores son elegidos por su capacidad de gestión de negocios, por lo tanto, tiene un grado de perfeccionamiento en sus cualidades, las cuales lo hacen responsables por más conductas, y de mayor complejidad. Si bien, la Corte Suprema rechaza estas argumentaciones, que aluden a que la responsabilidad de la directora se configuró por estimarse que por sus cualidades personales, recaía un estándar de responsabilidad más alto sobre ella, este solo hecho ya implica la posibilidad de un análisis, en torno a reconocer una responsabilidad más estricta en el ámbito de las sociedades.

Se desprenden algunas conclusiones preliminares luego del estudio de los artículos 41 relativo al deber de cuidado y del artículo 45 de la Ley de Sociedades Anónimas, que presume la culpa del director en determinados casos, que son las siguientes: 1) El grado de diligencia exigido a los directores, es el que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, por lo que responderán hasta la culpa leve; 2) Los directores son responsables frente a la sociedad, accionistas y los terceros (o stakeholders); 3) La responsabilidad de los directores es subjetiva, ya que nace de la culpa o del dolo en su actuación³¹ y; 4) Del concepto de interés social que se tenga, amplio o restrictivo, según uno se acoja a la teoría institucionalista o teoría contractualista de la sociedad, podrá estimarse si hay o no una infracción a los deberes de cuidado o lealtad, para reclamar la responsabilidad del director, para el caso que el legitimado activo de la acción sean los accionistas o la misma sociedad.

En casos como La Polar, la Superintendencia de Valores y Seguros, se entiende que adopta una concepción institucionalista del interés social, con el objeto de asegurar la competitividad del mercado, y los distintos intereses inmersos dentro de la dinámica empresarial. Los fraudes en que incurrieron los directores de La Polar, no solo constituyen una grave vulneración a los derechos de los accionistas de la sociedad que comprende a aquella empresa del retail, sino que merma el desarrollo del mercado y los intereses y

³⁰ La sentencia de primera instancia alude a esto, lo cual, es confirmado en el recurso. Sentencia Corte Suprema, causa rol N° 79.071-2016, considerando cuarto.

³¹ Vid, ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad de los directores*, cit. (n.17), pp.105-106



expectativas que tienen los stakeholders en la actividad comercial³². A mi parecer, esta alternativa elegida por la SVS, se encuentra condicionada por la calidad de órgano fiscalizador en la materia. Debe propender a que se respete el ordenamiento jurídico en el sector que se encuentra dentro de su competencia, velando por un funcionamiento correcto de las sociedades en el mercado. Se ve el ámbito societario, como un conjunto de sujetos que satisfacen unas determinadas necesidades sociales, que en último término, importan la concreción del ánimo de lucro que poseen los accionistas de cada sociedad.

La Corte Suprema, se acoge a una concepción contractualista del interés social. Así lo demuestra en una serie de fallos.³³

En cuanto al deber de lealtad, el cual consiste, en que los directores, deben anteponer en todo momento el interés social por sobre sus intereses individuales al momento de tomar decisiones, como la regulación establece prohibiciones, donde se puede apreciar que el director tiene conocimiento que su accionar o sus omisiones van a ir en otra dirección al interés social, o, derechamente, serán beneficiosas para sus propios intereses, o el de terceros en perjuicio de la sociedad, es evidente que debe tener una intención en que esto resulte así, por lo que una actuación culposa que llegue a producir aquellos efectos es impensable. Recordar que lo que se prohíbe es que al administrar los negocios sociales se aproveche de oportunidades comerciales, proponga modificar estatutos o participe en la emisión de valores, por nombrar algunas situaciones, que vayan en su beneficio, o el de

³² En este sentido, la Superintendencia recurrió ante la Corte Suprema para intentar revertir la declaración de nulidad que se hizo de la multa en contra de Pablo Alcalde, ex presidente de La Polar. A propósito de la diferenciación que se realiza en sus alegaciones, para sustentar que no se incurre en non bis in ídem al momento de sancionar al ex director, dice: “*Para el Mercado de Valores, las conductas incurridas por el Sr. Alcalde, independiente de la malicia y dolo con que este haya actuado (el que sólo tendrá efectos para el ámbito penal) implican una forma de destrucción del referido mercado, un atentado general a todos los compradores y vendedores que transan en las bolsas y una grave afectación a los accionistas minoritarios de las sociedades que transan valores. Es este atentado directo al Mercado de Valores y lo que ello implicaría para ese mismo mercado de ser toleradas estas infracciones lo que justifica la sanción administrativa*”, agrega el documento patrocinado por la abogada del CDE Irma Soto.

Disponible en www.latercera.com, con fecha 11 de mayo, 2017.

³³ Entre ellos, fallo causa rol N° 3.389-2015 caratulado “*Cuneo Solari y otros con Superintendencia de Valores y Seguros*”, que en su considerando trigésimo dispone “*Sin embargo, aunque existe una serie de disposiciones legales que regulan los conflictos de interés, el concepto de interés social no ha sido definido por la ley (...). Podemos definir "interés social" como aquel que es común a todos los accionistas y diferente al interés particular de cada uno de ellos, y que se encuentra relacionado con el objeto y causa de la sociedad, que es el motivo que induce a la celebración del contrato de sociedad, en este caso, la finalidad de obtener un beneficio pecuniario y repartirlo entre los socios*”. También, el fallo causa rol N° 2739-2015 caratulado “*Empresa Eléctrica Pehuenche S. A. con Superintendencia de Valores y Seguros*”, en su considerando décimo parte final, señala “*Si se pretendía proteger a los accionistas del mal uso de la información social por parte de otros accionistas, ello no podía ser abordado por la vía de limitar el acceso a la información social a que tienen legítimo derecho los propios partícipes, toda vez que existen otros mecanismos contemplados tanto en la legislación societaria como en la del derecho común para hacer efectivas las responsabilidades por los perjuicios que pudieran ocasionarse al interés social*” En todo momento se alude a los accionistas y su derecho de información, como únicos legitimados para poder imponerse del contenido de las operaciones comerciales propias de la sociedad.



terceros y, además, contraríen y dañen al interés social, siendo estos dos requisitos copulativos. Si un director, por ejemplo, aprovecha una oportunidad comercial presentada a la sociedad en beneficio propio, pero que dicha decisión no va en perjuicio de la sociedad, ya sea porque dicha propuesta no forma parte del giro de la sociedad, o bien, ésta no puede dedicar sus esfuerzos a explotarla, en lugar de abstenerse deberá cumplir con informar de esta situación previamente al directorio y también a la junta general de accionistas, debiendo contar con autorización para efectuar negocios de esa índole. Por lo tanto, infringir el deber de lealtad, implica que el administrador se queda con parte del valor que es capaz de producir la sociedad, existiendo una apropiación indebida de lo que es de todos los accionistas producto del desarrollo del giro social³⁴.

A propósito de la lesión al interés social, vale la pena realizar una breve mención a la teoría de los stakeholders, que en caso de optar por seguir la teoría institucionalista del interés social, resulta útil para entender cuándo éste se lesiona. Si bien, se entiende que el interés social se encuentra conformado por la reunión de los intereses de todos los accionistas, en aras de obtener utilidades con el desarrollo de la actividad empresarial de la sociedad, aquel interés se ve imbuido por elementos externos, que delimitan y conceptúan en integridad su propia naturaleza. En este sentido, para alcanzar la mayor creación de valor sostenible para todos los accionistas –interés social de la sociedad– se debe considerar, como se señala, el interés de trabajadores, consumidores, proveedores, comunidad y Estado en general, en la medida que puedan afectar al interés de la sociedad³⁵. Sólo entendiendo que el interés y expectativas de todos estos agentes externos a la sociedad, que pueden afectar grave y negativamente el interés de ésta –tendente a lograr la mayor creación de riqueza y valor sostenible–, forman también parte de aquél, de esa forma es posible aceptar que su conceptualización va más allá que una conjunción simple de deseos particulares de los accionistas, sino que trasciende al móvil de lucro, tomando debidamente en cuenta, que la sociedad realiza un aporte en mayor o menor medida a la comunidad, coadyuvando a su propio desarrollo, por lo que el interés social no podría ser meramente instrumental, en orden a obtener ganancias, sino que también debe entenderse como una motivación para el desarrollo del interés público.

Esto ha sido un examen a la responsabilidad civil o patrimonial que puede afectar a los directores de una sociedad anónima, en aquellos casos que se estime que no es la sociedad la encargada de responder por unos determinados perjuicios, sino que el director o los directores, en particular, quienes con sus decisiones, acudieron a generar tales consecuencias. Ya sea, la misma sociedad de la que formen parte los directores, los accionistas o terceros, la posibilidad de exigir una reparación por los menoscabos ocasionados se regirá por las normas de la responsabilidad civil extracontractual, artículos 2314 y siguientes del Código Civil, iniciando con el deber general de no causar daño a otro, debiendo concretizarse, para el caso que el legitimado activo de la acción sea la

³⁴ PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas*, cit. (n.10) p.211

³⁵ Vid, PFEFFER URQUIAGA , p.214



sociedad o accionistas, con una infracción a algún deber u obligación que el estatuto social o la ley imponga al director. Además, se requerirá establecer la relación de causalidad entre el daño y la conducta u omisión del director, con el consiguiente factor de imputación subjetiva (dolo o culpa). Con ello podrá hacerse efectiva la responsabilidad y buscar la reparación de los perjuicios.

Con este capítulo, lo que se ofrece es, una presentación de los distintos intereses en juego, en la relación que se configura con una sociedad. Estos mismos intereses, se verán involucrados en el contexto de un grupo empresarial, cuando administradores den instrucciones a sociedades islas, que, luego de la ejecución de ciertos actos, ocasionen daños. Ya que, en esas situaciones, se puede ver vulnerado el interés social de la sociedad dominada. En virtud de ello, es conveniente conocer la naturaleza de los vínculos que tienen lugar en la sociedad y, además, las relaciones que pueden tener directores con terceros, en virtud de sus actuaciones que acarrearán responsabilidad. Muchos de los elementos que se suscitan en el tema de la responsabilidad de directores, se replican en la figura que representa el grupo empresarial, una empresa pluricorporativa, como se verá a continuación en el capítulo 2.

Capítulo 2: Formas de hacer efectiva la responsabilidad en el marco de un grupo empresarial

En primer lugar, es necesario establecer en qué situaciones la sociedad controlada sufre perjuicios y cuál es la extensión temporal de los mismos, con el fin de determinar cuándo el o los sujetos que intervienen en el acto, aunque indirectamente, dirigiendo el desarrollo de aquél, pueden ser responsables. Si este daño es provisorio, en el caso que, si bien, la sociedad isla o controlada sufre un menoscabo en lo patrimonial, éste se ve compensando posteriormente, ya sea con una restitución al estado anterior al momento en que sufre el detrimento, o bien, con aumentos en su patrimonio que la posiciona en una situación mejor a la que tenía antes del negocio, no surgiría responsabilidad para los administradores. Al contrario, si el daño es definitivo, es decir, la sociedad sufre el detrimento y no recibe un beneficio compensatorio ligado a aquel menoscabo, puede buscarse la responsabilidad de los sujetos que dirigen la actividad empresarial para este caso. Por ejemplo, por decisión adoptada en la sociedad controladora se acuerda comprometer un 30% del patrimonio de una sociedad controlada, patrimonio que, efectivamente, pierde a causa de un negocio que solo significó detrimentos. Correspondería a la primera hipótesis, el caso en que, si bien esta sociedad controlada compromete tal porcentaje de su patrimonio y pierde parte de él, la sociedad controladora acuerda un traspaso de activos por una operación que le significó una rentabilidad importante, ocasionando que la sociedad controlada aumente su patrimonio y comprenda



uno aun superior al que tenía antes de sufrir el perjuicio que conllevaba comprometer su patrimonio y perderlo. En este caso, no sería exigible la responsabilidad a la sociedad controladora, toda vez que el daño fue resarcido luego del éxito que significó la operación, que, además de ser beneficiosa para ella, también lo fue finalmente para la sociedad isla o controlada. No hay vulneración del interés social de esa sociedad. Si ocurriese que ese perjuicio nunca fue compensado e, incluso, decisiones posteriores produjeron, finalmente, un vaciamiento de la sociedad isla en favor de la sociedad dominante, habría que buscar el modo de hacer efectiva la responsabilidad por esas actuaciones a la sociedad matriz.

En el evento que no haya una compensación luego de un negocio frustrado o simplemente se ocasione un perjuicio, la gran interrogante a responder es la manera de hacer efectiva la responsabilidad de los directores de la sociedad dominante o quienes se encuentran a su cargo, cuando no aparece de manifiesto quién, en el hecho, ejecuta la conducta que irroga los perjuicios. Para ello existen principalmente tres fórmulas, las cuales se analizan a continuación.

1.- La responsabilidad extracontractual de las sociedades del grupo y sus administradores

En nuestro ordenamiento jurídico, el estatuto de la responsabilidad Aquiliana ha sido utilizado como fórmula, para hacer efectiva la responsabilidad de sujetos que, sin intervenir en el marco de la relación contractual donde se genera el perjuicio para la sociedad dominada, accionistas de ella, o a los stakeholders, que interactúan en el desarrollo económico-social de la empresa, tienen un poder decisorio, en orden a conducir la gestión y dirección empresarial de un grupo, que provocan estos sucesos donde individuos resultan perjudicados. La responsabilidad extracontractual se combina con la teoría del levantamiento del velo societario para buscar hacer efectiva la responsabilidad del sujeto, quien, con sus instrucciones, conduce a que se ocasionen daños.

Uno de los problemas que se suscita en torno a su aplicación, es si recurrir al artículo 2329 del Código Civil y exigir la responsabilidad del sujeto por el hecho propio u optar por la aplicación del artículo 2320 del mismo código, para instar por la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno. Una alternativa, es que la responsabilidad debe exigirse conforme al artículo 2329³⁶, por el hecho que nos encontramos ante una empresa pluricorporativa, que, si bien se encuentra formada por varias personas jurídicas, y que, en teoría, estas se encuentran dotadas de autonomía, siguen una gestión y dirección empresarial única. El problema, es que el daño o perjuicio se genera a partir de una relación contractual, en principio, donde la responsable será la sociedad dominada, no pudiendo dirigirse contra la dominante, de lo contrario, se permite con ello un

³⁶ Vid, JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Grupos empresariales*, cit. (n.4), p.107



desdoblamiento que deja abierta la posibilidad de recurrir a cualquiera de los dos estatutos de responsabilidad que dispone nuestro ordenamiento jurídico, regidos por distintas normas. Por ejemplo, recurrir a la responsabilidad extracontractual por el hecho propio (artículo 2329 Código Civil) para exigir la responsabilidad de la sociedad matriz, no obstante que hay una relación contractual que subyace. En este caso, debería aplicarse el estatuto de la responsabilidad contractual, respecto a la sociedad dominada. Con esto, se va acomodando la normativa para la situación en particular, con el claro propósito de hacer responsable a los directores de la sociedad dominante, o a los individuos que fácticamente, se encuentran a su cargo, lo que genera inseguridad jurídica en cuanto a qué normas han de aplicarse en relación a los plazos de prescripción, la prueba del factor subjetivo de imputabilidad, entre algunos elementos.

Se está en el contexto de una relación contractual, sin embargo, se busca la responsabilidad conforme a la responsabilidad extracontractual, siendo que, por definición, éstas tienen ámbitos de aplicación diversos y delimitados, según haya o no una obligación preexistente a la producción de los daños. Con ello, las soluciones se convierten en elucubraciones teóricas que carecen de un sustento legal apropiado y armónico, integrando las lagunas en estas construcciones interpretativas con principios jurídicos o doctrinas extranjeras como el levantamiento del velo societario, las cuales no se encuentran perfecta ni precisamente delimitados.

Otra opción, es exigir la responsabilidad conforme al artículo 2320, es decir, responsabilidad por el hecho ajeno, de personas bajo su cuidado, señalando que, independiente del tipo de relación que exista entre las distintas sociedades, basta con que exista un grado de subordinación, que sea suficiente para poder ordenar y exigir a la dominada, la ejecución y celebración de determinados actos y contratos. Por lo tanto, la sociedad dominante respondería en su calidad de “vigilante o garante”, en el entendido que, la sociedad dominada o isla se encuentra bajo su cuidado o dependencia.³⁷ Puede, incluso, esta relación no ser jurídica, solo económica, ya que lo determinante es la supremacía y poder de dirección que existe de una sociedad sobre la otra. Esto entra en contradicción con la noción que se tiene de grupo empresarial, como empresa pluricorporativa. Sea que actúe en virtud de una sociedad u otra, la empresa es la misma, por lo que no podría haber responsabilidad por el hecho ajeno. El principio de supremacía de la realidad, debe hacerse presente, por la dinámica con que funciona el grupo empresarial, siendo de una importancia fundamental, las participaciones en el capital que existen en las distintas sociedades, donde, muchas veces, son unos mismos accionistas, los que tienen presencia en más de una de las sociedades que conforman el grupo empresarial.

Pese a que no se reconoce expresamente por el Código de Comercio, tácitamente se desprende de la regulación que se complementa con los hechos, que el eje sobre el cual se desarrolla y tiene lugar la actividad comercial es la empresa³⁸. Ilustrativo es el hecho que

³⁷ Vid, JEQUIER LEHUEDÉ, cit. (n.4) p.106

³⁸ Vid, CARVAJAL ARENAS, Lorena, *La codificación del derecho comercial chileno y sus ejes*, en Revista chilena de derecho, vol.44 no.1, Santiago 2017.



las cortes de nuestro país entiendan que en el caso de las sociedades de hecho hay “proyecto empresarial”³⁹. Asimismo, como en el caso de las sociedades de hecho, que carecen de personalidad jurídica, el grupo empresarial es una empresa pluricorporativa y en esta calidad, cada una de las sociedades que le integran se encuentra dotada de personalidad jurídica. No obstante carecer el grupo de personalidad jurídica, todas las sociedades que le componen, responden a una gestión y dirección empresarial única, por lo que subyace un interés grupal, lo que no permite desmembrar a este cuerpo multiempresarial para efectos de exigir responsabilidad, ya que es una la empresa que en rigor actúa⁴⁰. Esta situación se reconoce por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en su sentencia causa rol N°230-2007, que entiende que Pesca Cisne S.A y Empresa Pesquera Piñeiro S.A, entre otras, son una misma persona, en sus considerando noveno y undécimo parte final: “(...) Luego, se puede establecer que estas empresas responden a una misma voluntad y se trata de una única organización, que opera principalmente entre España, Chile y Uruguay, alternativamente en la República del Panamá (sic) dedicados a negocios pesqueros”.⁴¹

³⁹ Sentencia Corte Suprema, causa rol 5483-2003, caratulada “MARTÍNEZ CON SANTORO”, el considerando décimo es el que trata acerca de aquél punto.

⁴⁰ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Grupos empresariales*, cit. (n. 4), pp. 107

⁴¹ NOVENO: *Que, según lo razonado, los elementos comunes de las empresas Pesca Cisne S.A., Bacamar S.A., Piñeiro S.L., Creedraff Associate S.A. y Alcimar S.A. son los siguientes: a) Pesca Cisne S.A., Bacamar S.A. y Piñeiro S.L. están constituidas por las mismas personas, la familia formada por el matrimonio entre Florindo González Otero y Josefa Corral García y sus hijos Serafín, Florindo, Jesús y María José. Ahora bien, Pesca Cisne tiene como socio mayoritario a Bacamar S.A. y Piñeiro S.L. pero estos tienen la misma composición social, familia González Corra, b) La Gerencia y Administración de estas empresas está a cargo de los miembros de la familia González Corral, ya indicada, c) Bacamar S.A. y Piñeiro S.L. tienen el mismo domicilio y los mismos teléfonos en la localidad de Vigo, Pontevedra, d) Creedraff Associate S.A., registrada en la República de Panamá como empresa, inscripción que rola a fs. 662, pero según oficio de fs. 658 del Director de Política Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores esta empresa está ubicada en Vigo, Pontevedra y su número telefónico es el mismo de Bacamar S.A. y Piñeiro S.L. Así por otra parte, se desprende del documento de fs. 222, que indica en la información comercial de esta empresa, que es posible ubicarla en Vigo, Pontevedra y el contacto es José Manuel Salgueiro, mismo teléfono de Bacamar S.A. y Piñeiro S.L., esto es 986433667, según oficio de fs. 658, e) El centro de funcionamiento de estas empresas es la localidad de Carballiño, localidad de Ourense en Galicia, España. El informe de INTERPOL de fs. 741 indica los socios de esas empresas, individualizando los domicilios en dicha localidad; ahora bien, lo importante es que las actas de directorio que se han acompañado y copias de los mandatos de estas empresas españolas para surtir efecto en Chile aparecen otorgados en dicha localidad; así se aprecia a fs. 431 en acta de sesión extraordinaria de Pesca Cisne S.A., el cual reza el siguiente tenor: "En la ciudad de Carballiño, reino de España, siendo las 9:00 horas, del día 8 de septiembre de 2005, en las oficinas ubicadas en calle Cuatro Caminos 7 de dicha ciudad se reunió el Directorio de Pesca Cisne S.A. con asistencia de los directores señores Florindo González Otero, Jesús González Corral y Florindo González Corral"; a fs. 445 hay un mandato expedido por Serafín González Corral en representación de Bacamar S.A. individualizado con domicilio en Vigo, calle San Francisco y otorga poder amplio suficiente al abogado chileno Ramiro Méndez Urrutia. A fs. 448 rola poder de Pesquera Piñeiro S.L. otorgado en Carballiño, España por don Florindo González Otero, quien comparece en representación de dicha sociedad y otorga poder al mismo abogado chileno. También estos antecedentes se verifican en los documentos exhibidos a fs. 388, guardados en custodia.*



La responsabilidad extracontractual, en esta sentencia se combina con el levantamiento del velo societario, teniendo por objeto la configuración del factor de imputación subjetivo, dolo o culpa. El considerando duodécimo señala: “... *Ello porque en convicción de esta Corte existen al tenor del artículo 1712 del Código Civil, presunciones graves, concordantes y precisas que Pesca Cisne S.A., y las empresas asociadas han mal utilizado las instituciones que otorga el ordenamiento jurídico, utilizando la estructura formal de la personalidad jurídica para atentar contra la buena fe, la seguridad y transparencia del tráfico jurídico, abusando del derecho y evadiendo de esta forma las responsabilidades y obligaciones que le corresponden de acuerdo a la ley...*”⁴². Los considerandos decimoquinto y decimosexto dan por configurada la responsabilidad extracontractual de la empresa a partir de la aplicación de la teoría de levantamiento del velo societario⁴³.

⁴² DUODÉCIMO: *Que siguiendo con lo ponderado, esto es, que existe una estrecha relación entre las sociedades indicadas en especial entre PescaCisne S.A. y Alcimar S.A., es permitido entonces a los sentenciadores utilizar la técnica del levantamiento del velo. Ello porque en convicción de esta Corte existen al tenor del artículo 1712 del Código Civil, presunciones graves, concordantes y precisas que Pesca Cisne S.A., y las empresas asociadas han mal utilizado las instituciones que otorga el ordenamiento jurídico, utilizando la estructura formal de la personalidad jurídica para atentar contra la buena fe, la seguridad y transparencia del tráfico jurídico, abusando del derecho y evadiendo de esta forma las responsabilidades y obligaciones que le corresponden de acuerdo a la ley; en virtud de ello estos sentenciadores llegan a la conclusión que Pesca Cisne S.A. es parte del conglomerado de las empresas -ya señaladas- formadas por la familia Florindo González Otero, y Josefa Corral García y sus cuatro hijos Jesús, Florindo, Serafín y María José González Corral; es decir, no es efectivo que Pesca Cisne S.A. haya realizado casi en forma azarosa, eventual, transitoria un encargo de negocios ajeno, lo que ha realizado simplemente son negocios propios- una conducta dentro de su giro, que corresponde a todo este conglomerado- que es una única empresa- con una voluntad, domicilio, administración y dirección común como ya se ha señalado, dedicado al giro de la pesca. Realizado entonces el levantamiento del velo, antes expuesto, es claro que la conducta de la empresa demandada es ampararse en la estructura de la personalidad jurídica para evadir el derecho y las responsabilidades que le corresponden.*

⁴³ DECIMOQUINTO: *Que a estas alturas del fallo, corresponde examinar los requisitos de la responsabilidad extracontractual y no antes, bastando que el actor se refiera a dicha responsabilidad, para luego los sentenciadores de mayoría, engarzar en las hipótesis que establece la ley, de acuerdo además al principio iuria novit curia; esto es, el Tribunal conoce el derecho. Del mismo modo, nadie rebate hoy que las personas jurídicas son capaces de delito o cuasidelito civil.*

En esta perspectiva y en relación a los requisitos de la responsabilidad extracontractual, puede razonarse que: 1. Acción libre de un sujeto capaz. Está comprobado y no ha sido discutido por la demandada, que el Capitán del Maya V ingresó a aguas australianas para realizar una pesca ilegal, como se aprecia en el documento agregado a fs. 245, 246 y 249 y siguientes, acción que realizó en forma libre, no obstante que el buque Maya V, como lo ha expresado la demandada, y se observa en los documentos citados, contaba con todos los medios técnicos para realizar la pesca en mar abierto. 2. Que dicha acción sea realizada con dolo o negligencia. Según lo que se ha relatado, efectivamente dicha acción ha consistido en una negligencia del Capitán del Buque Maya V, puesto que como se ha reiterado por la parte demandada en sus escritos, el buque tenía todos los mecanismos, antena, radar, para no ingresar a aguas jurisdiccionales de otros países, donde no puede realizar explotación de recursos pesqueros; pero lo cierto es que realizó dicha conducta, existiendo entonces negligencia de su parte como se desprende además del documentos de fs. 249 y siguientes, no sólo por lo que se menciona en esos documentos, sino que por su preparación profesional, debió no incurrir en ese descuido o imprudencia. 3. Que la víctima haya sufrido un daño. Según los documentos citados a fs. 249 y siguientes y lo expuesto además en la Prensa Austral a fs. 239 y siguientes y lo manifestado por la demandada en sus escritos de réplica y duplica, y en sus alegatos; no está discutido que efectivamente los demandantes sufrieron daño, pues ellos se encontraban como tripulantes en el Maya V, y



Queda de manifiesto que los jueces de la instancia sustentan su decisión en una pretensión de hacer justicia para la situación en particular, sin hacer hincapié en la corrección de su decisión en cuanto a los fundamentos legales que la sustentan. Fundamentan el fallo en los principios que se vieron vulnerados, por la actuación de las sociedades que formaban una sola empresa, y combinan el estatuto aquiliano con la teoría del levantamiento del velo societario en su aplicación. Se considera como responsabilidad por el hecho ajeno de la sociedad demandada, siendo que, se postula la unidad empresarial que existe entre las distintas sociedades pesqueras que se mencionan en la sentencia. Para que la decisión del asunto resultare armónica, debió condenarse a la sociedad Pesca Cisne S.A como parte de una misma empresa, junto a la sociedad empleadora del capitán del barco, Alcimar S.A., que condujo a que los tripulantes fueran víctimas de un ilícito, como fue el apresamiento que se les hizo, luego de ingresar en aguas correspondientes al país de Australia, sin autorización.

producto del hecho negligente cometido por el Capitán de dicho buque fueron apresados, detenidos, dejados en un recinto penitenciario, condenados y expulsados de Australia. Situación que por sí misma constituye un daño no sólo para los actores, sino para cualquier persona, porque lo natural, es estar en libertad y en condiciones normales ningún trabajo consiste en realizar acciones ilícitas, ser apresado y ser condenado. 4. Que exista una relación de causalidad entre la acción culpable y el daño causado. La relación de causalidad se aprecia claramente. Es producto de la acción del Capitán del Maya V- acción negligente- que los demandantes sufrieron los daños explicados precedentemente. No hay otra circunstancia, que nos señale en las pruebas del proceso, que el daño sufrido por los actores se refiera a otro motivo que no sea la actuación negligente del Capitán del Maya V. Aclarado lo anterior, debe precisarse, que dicho Capitán del Maya V es empleado de la empresa Alcimar S.A., empresa que es parte del conglomerado de la familia González Corral empresa única- según se ha explicado. Ahora bien, la responsabilidad de la empresa conformada por dicha familia y en este caso entonces, por la demandada Pesca Cisne S.A., corresponde a la extracontractual; esto es responsabilidad por el hecho ajeno; establecida en el artículo 2320 del Código Civil. En efecto, existe efectivamente un vínculo de dependencia entre el Capitán de la nave Maya V y la empresa Alcimar S.A., parte del conglomerado señalado,- que constituye una única empresa- puesto que Alcimar S.A. es la encargada de seleccionar, dar órdenes, impartir instrucciones sobre las actividades a dicho Capitán. Asimismo, la Empresa responde, porque ella es la encargada de seleccionar y capacitar sus dependientes. En esta misma línea, siguiendo a Cristián Aedo en su obra Responsabilidad Extracontractual, Editorial Librotecnia año 2006, Pág. 232, quien cita a Alessandri, indica que: "En realidad es incorrecto hablar de responsabilidad por el hecho ajeno. El que tiene bajo su cuidado o dependencia a una persona que causa un daño no responde por el hecho de esta, sino por el suyo propio, cual es la falta de vigilancia que sobre ella debía ejercer, su responsabilidad proviene de su propia culpa. Es esta la que obliga a reparar su propio daño." y el profesor Hernán Corral en la misma página señala: "La atribución de responsabilidad se fundamenta en el deber de vigilancia o en el deber de correcta selección que tienen ciertas personas respecto de otras. Por tanto no se responde sólo por la culpa ajena, sino también por la propia, que consiste en faltar a eso deberes."

DECIMOSEXTO: *Que en consecuencia, en convicción de los sentenciadores de mayoría, reuniéndose todos los requisitos de la responsabilidad extracontractual, procede dar lugar a la demanda interpuesta por los actores. En cuanto a la evaluación del daño moral, y atendido que los actores fueron apresados en territorio extranjero, fueron condenados, expulsados de ese país, además de no poder por varios meses estar con sus familias y el haberse envuelto en una situación ilícita que ellos no causaron; hace a estos magistrados de mayoría, fijar el daño moral para cada trabajador en la suma que realmente represente un resarcimiento, una compensación, a ese daño causado.*



Puede mencionarse, además, que se hace caso omiso a la personalidad jurídica que posee la sociedad isla o dominada, la que le permite actuar en la vida del derecho, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones. En el caso en comento se soslaya dicha calidad y se exige la responsabilidad a otra persona jurídica, esto es, la sociedad dominante, que no forma parte de la relación contractual, pero que por la influencia en la dirección empresarial del cuerpo pluricorporativo, se estima es quien debe responder por los perjuicios ocasionados. Es en este punto, que, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, obra con un criterio de realidad, aplicando la doctrina de levantamiento del velo societario, por entender que hay un abuso de la personalidad jurídica, en orden a cometer un fraude. No obstante la utilidad que representa aquella teoría para casos como este, la solución final se estima errónea, por haber condenado al grupo empresarial, y en específico, a Pesca Cisne S.A, en virtud del régimen de la responsabilidad civil extracontractual y por el hecho ajeno (artículo 2320 del Código Civil), lo cual no resulta coherente con la idea de considerar a estas sociedades como una sola empresa.

Respecto a esta fórmula de la responsabilidad civil extracontractual, se considera que la del administrador de hecho presenta una serie de ventajas comparativas, que hacen más conveniente su aplicación. El administrador de hecho, corresponde a aquel sujeto que con sus órdenes e instrucciones, dadas a sociedades dominadas, dentro de un grupo empresarial, ocasiona daños, y al no encontrarse investido de una calidad formal en alguna de las sociedades que forman parte de la empresa pluricorporativa que significa el grupo empresarial, se encuentran, en principio, a salvo de pretensiones indemnizatorias en su contra.

De optarse por la fórmula del administrador de hecho, todo este problema y recorrido para arribar a una solución, con la figura de la responsabilidad extracontractual, no surgiría, ya que con una consagración legal de aquél, o bien, con una interpretación de las normas legales que permiten identificarlo, que lo hiciera sujeto de los deberes y obligaciones que recaen sobre directores y gerentes de sociedades anónimas, y en general, de todas las funciones que deben cumplir dichos cargos directivos, podría dirigirse el demandante directamente contra el sujeto que asumiera la posición de administrador de hecho, exigiendo su responsabilidad conforme a las reglas del estatuto de la responsabilidad extracontractual, pero en este caso por el hecho propio (artículo 2329 Código Civil), ya que, son sus directrices y órdenes la causa del daño que, finalmente, se irroga al tercero, o quien sea la víctima del daño, pudiendo ser la misma sociedad dominada o sus accionistas. Antes, deberá acreditarse la autonomía y permanencia en las funciones propias de la administración, para que se configure la hipótesis que corresponda al administrador de hecho.

En atención a lo expuesto, es posible establecer que, el estatuto de responsabilidad aquiliana resulta insuficiente por sí solo para solucionar el problema que genera la pretensión de exigir la responsabilidad a un sujeto que se encuentra fuera de la relación contractual que causa el daño, pero que con sus órdenes o directrices lo lleva a cabo. El sustento legal se torna insuficiente, por lo que se recurre a otro tipo de fórmulas,



extendiendo en su aplicación, un estatuto que se encuentra delimitado a delitos o cuasidelitos civiles, al punto de desnaturalizarlo, agregando una doctrina de vertiente extranjera que descansa sobre presupuestos distintos a los que el Estatuto Aquiliano obedece, como se verá a continuación.

Luego de estas referencias a las figuras del levantamiento del velo societario y el administrador de hecho, en los siguientes dos puntos se les analizará en detalle, con el fin de explicar, qué papel pueden adoptar en nuestro ordenamiento jurídico, con el objeto de ser alternativas viables para hacer efectiva la responsabilidad de los sujetos que al instruir a sociedades islas, ocasionan perjuicios a distintos actores, dentro de la actividad comercial.

2.- Levantamiento del velo societario

La teoría del levantamiento del velo societario deriva de la doctrina de vertiente anglosajona del *Disregard of legal entity*, y se ha aplicado por la Corte Suprema de nuestro país en algunas ocasiones. Esta teoría no cuenta con consagración legal. En el fallo "*A.G.F Allianz Compañía de Seguros Generales S.A. con Sociedad Naviera Ultragas Limitada y Ultramar Agencia Marítima Limitada*" la Corte Suprema, recurrió a esta teoría para confirmar la sentencia de primera instancia dictada por un juez árbitro, quien, sin hacerlo en forma explícita, fundamentó su laudo a partir de los requisitos y supuestos que, habilitan para aplicar la teoría del levantamiento del velo societario o corporativo.

Brevemente, conforme a la narración de Urbina⁴⁴ "*los acontecimientos que motivaron el conflicto resuelto por el fallo que comentamos se remontan al año 1999, cuando la sociedad Tripesca S.A. empresa pesquera, celebró un contrato de remolque-transporte, conforme a las reglas del art. 1078 del Código de Comercio, con la empresa Ultragas Agencia Marítima Limitada, para trasladar por mar un muelle flotante recién construido desde Puerto Montt hasta la planta de Tripesca en la localidad de Corral...*". Este muelle flotante se ladeó cuando se trasladaba a la comuna de Corral y posteriormente se hundió, con lo que Tripesca S.A. exigió el reembolso de este siniestro, en virtud del contrato de seguros celebrado de manera previa con A.G.F Allianz Compañía de Seguros Generales S.A. Esta, al entender que el siniestro se verificó producto de acciones de terceros, procedió a demandar por indemnización de perjuicios, en conformidad a las normas de subrogación que dispone el Código de Comercio, en su artículo 553, para el contrato de seguro, a Ultragas y Ultramar, en conformidad a las normas de la responsabilidad contractual, por no observar los debidos cuidados en el transporte del muelle⁴⁵. Las

⁴⁴ URBINA MOLFINO, Ignacio, Comentario de jurisprudencia "*Levantamiento del velo corporativo. Sentencia de la Corte Suprema de 2 de junio de 2009 (rol N° 1527-2008)*", en Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 1, 2011, pp. 163 – 171.

⁴⁵ Vid, URBINA MOLFINO



demandadas interpusieron excepción de inoponibilidad, debido a que el contrato de remolque-transporte, en realidad, fue contratado por Tripesca con una persona jurídica distinta, con Remolcadores Ultragas Limitada, la que fue rechazada por entender el juez árbitro que: *“la demandada pretende eludir su responsabilidad mediante la interposición de personas jurídicas de papel”* haciendo ver que la descripción del giro de Remolcadores, hacía evidente que ésta era *“una de las caras de la Sociedad Naviera Ultragas y que no posee una independencia en su actividad”*⁴⁶.

Resulta llamativo que, a fin de aplicar la teoría de levantamiento del velo societario, la Corte Suprema haya descrito y limitado la forma y fines que se buscan con ella: *“desde la década de los treinta, ya en el siglo pasado, se ha venido generalizando en el derecho norteamericano, la teoría denominada “disregard of legal entity”, traducida libremente en lengua española como del “levantamiento del velo de personas jurídicas”, la que postula que es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente”*.⁴⁷ Es importante el pronunciamiento de La Corte, por rechazar la casación interpuesta por la demandada y ratificar la sentencia dictada en primera instancia por el juez árbitro, confirmada a su vez por la Corte de Apelaciones de Santiago, porque implica un reconocimiento expreso en la jurisprudencia, a tener la voluntad de obviar instituciones como la personalidad jurídica, con el fin de evitar fraudes en que puedan incurrir los sujetos, con el objeto de perjudicar a terceros, que, si no es por esta teoría, para este caso en particular, la entidad aseguradora, se habría visto impedida de ejercer la acción indemnizatoria en virtud de la subrogación que operaba.

Un primer aspecto interesante acerca del caso, tiene que ver con la relación de dominio de los derechos sociales de una compañía en la otra. Al respecto, el fallo de primera instancia indica que Ultragas *“es dueña del 99,9% de los derechos sociales de Remolcadores Ultragas Ltda., lo que configura una situación de identificación de socios e interés social que permiten establecer la participación de ambas sociedades en el presente acto, indistintamente, identidad que hace procedente la demanda por el siniestro acontecido contra cualquiera de ellas.”*⁴⁸ También cabe destacar, en el fallo de la Corte Suprema, que señala el supuesto básico que permite aplicar esta teoría, como también los fines a los que se encamina. La Corte dice *“permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de la una sobre las otras, que esta o estas últimas no son sino el “alter ego” de la dominante, utilizado para obtener un resultado antijurídico. Se previene,*

⁴⁶ Parte expositiva de la Sentencia Arbitral de primera instancia.

⁴⁷ Sentencia Corte Suprema causa rol N° 1527-2008 caratulada *“Consortio Allianz de Seguros Generales (actualmente AGF Allianz Compañía de Seguros Generales S.A.) con Sociedad Naviera Ultrajas Ltda. y Ultramar Agencia Marítima Ltda.”*, Considerando Séptimo

⁴⁸ Sentencia Arbitral de primera instancia. Considerando Cuarto.



de este modo abusos del derecho y fraudes a la ley, privilegiándose los principios de supremacía de la realidad y de buena fe, que podrían verse sobrepasados...⁴⁹

No obstante, parece insuficiente el razonamiento hecho por la Corte Suprema, el que prescinde de mencionar otros principios que subyacen en la aplicación de esta teoría. Urbina señala que la doctrina puede aplicarse en uno de los siguientes 3 supuestos: abuso de la personalidad jurídica; abuso del derecho o fraude a la ley.⁵⁰ Además, en estas situaciones expuestas, para una correcta aplicación del levantamiento velo societario, hay que comprender en la solución a la que se arriba ciertos principios, entre ellos, los que alude el fallo: supremacía de la realidad o buena fe. Sin embargo, esto no basta, ya que se dejan de lado principios de similar e incluso mayor importancia que los mencionados, como lo son, el enriquecimiento sin causa y la equidad, este último principio que, por lo demás, es la fuente o sustancia de la doctrina del *disregard of legal entity* del derecho anglosajón⁵¹. Aquellos son principios que permiten fundar de manera más armónica la sentencia, que utiliza una teoría de vertiente extranjera, lo que hace insegura su aplicación en caso de no contar con una suficiente argumentación, que se suma al inexistente respaldo legal en la materia.

Cabe mencionar la crítica que hace Urbina, en relación a la carencia en el fallo de la Corte Suprema, de pautas más precisas para articular la técnica del levantamiento del velo: *“En otros términos, si bien parece justo que en el caso particular la Corte haya procedido a desestimar la entidad legal, la sentencia que comentamos no funda el fallo en criterios de justicia conmutativa que puedan ser usados con facilidad por otros jueces en casos similares. En este sentido, no parece razonable que los jueces tengan una atribución genérica y difusa para levantar el velo porque, en primer lugar, la responsabilidad limitada también tiene sus beneficios y fundamentos y, en segundo lugar, podría generarse una multiplicidad e incluso arbitrariedad en su aplicación. Lo que se habría esperado de la Corte Suprema era un test más preciso sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del levantamiento del velo que permitiera orientar su aplicación a casos complejos, puesto que es evidente que no toda fundamentación de la referida doctrina está exenta de confusiones.”⁵²*

Esta teoría también fue aplicada por la Corte Suprema en el año 2013 en *“Empresa de Servicios Sanitarios del Bio Bio con Interagro Comercio y Ganado S.A.”⁵³* donde se llega a la misma conclusión, de existir identidad, en este caso, entre tercerista y parte demandada. En su considerando 5° expresa: *“Que en relación a la tercería deducida por Servicios Integrales S.A., en el fallo cuestionado los sentenciadores expresan que ya es un hecho de la causa, determinado mediante resolución firme, que entre la tercerista y la*

⁴⁹ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1527-2008. Considerando Séptimo.

⁵⁰ URBINA MOLFINO, Ignacio, *Comentario de jurisprudencia*, cit. (n. 44)

⁵¹ Vid, URBINA MOLFINO

⁵² *Ibid*

⁵³ Sentencia de la Corte Suprema, causa rol N° 1662-2013 caratulada *“Empresa de Servicios Sanitarios del Bio Bio con Interagro Comercio y Ganado S.A.”*



demandada Interagro Comercio y Ganado S.A, existe identidad, siendo ambas una sola parte. Así se declaró por resolución de 15 de mayo de 2008, al desestimar la pretensión de comparecer el impugnante como tercero independiente.”⁵⁴

Esto entronca con la teoría de la empresa⁵⁵ que subyace al Código de Comercio chileno, y con la apreciación que se hace del grupo empresarial como un cuerpo pluricorporativo, en el sentido que varias sociedades forman parte de un mismo ente que en la vida comercial actúa como unidad. Por tanto, con la doctrina de levantamiento del velo societario, se soslaya la personalidad jurídica, calidad con que cuentan las distintas sociedades integrantes del grupo y se trata como un único ente que aunque pretenda ser 2 o más partes, en esencia, es uno mismo que actúa escondiendo su “verdadera apariencia”, detrás de esta ropaje jurídico, que significa para estos efectos la personalidad jurídica.

En esta teoría, resulta de vital importancia, discurrir en torno a la personalidad jurídica de las sociedades que forman parte de un grupo empresarial, según el contexto del que se habla en este trabajo. Al contrario de como ocurre en el administrador de hecho, es presupuesto necesario para su aplicación, la vulneración de principios, como la buena fe, mediante el abuso de la personalidad jurídica, o, cometándose fraudes que se erigen a partir de la misma categoría. Además, debe considerarse lo que significa la personalidad jurídica en cuanto a limitar la responsabilidad de los sujetos que intervienen en la actividad comercial, en el plano de los hechos, cuyo patrimonio no se ve comprometido, por lo que buscar configurar un abuso o fraude de aquella, siempre será complejo, tomando en cuenta que la personalidad jurídica tiene por objeto, entre otras cosas, la limitación de responsabilidad⁵⁶ (principio de la separación o autonomía patrimonial). Con el administrador de hecho, se hace innecesario discutir acerca de si hay un mal uso de la personalidad jurídica de las sociedades, en cuanto a determinar el sujeto pasivo de la acción. Basta que se genere un daño, que sea ocasionado por las directrices e instrucciones dadas por el sujeto que asume la calidad de administrador de hecho. Con aquel sujeto, que, fácticamente, da marcha a la gestión empresarial, siendo el o los directores de la sociedad dominante, o bien, un individuo que asume funciones de director, pero sin encontrarse investido en dicho cargo, la demanda de responsabilidad puede dirigirse directamente

⁵⁴ Considerando quinto.

⁵⁵ Vid, CARVAJAL ARENAS, Lorena, *La codificación del derecho comercial chileno y sus ejes*, en Revista chilena de derecho, vol.44 no.1, Santiago 2017.

⁵⁶ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *Sobre la limitación de responsabilidad en el derecho de sociedades y su posible extensión en el contexto de la modernización*, en Revista de derecho, Valdivia, Vol. 27 N°2, diciembre 2014. La autora dice “Este principio implica, en principio, que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos le son conferidos a la sociedad de manera diferenciada de los miembros que la conforman; esto quiere decir que de las obligaciones contraídas por la sociedad responde esta última con su patrimonio y no los socios, pues el tercero contrata con la sociedad como un sujeto de derechos independiente. Sin embargo, esta afirmación plantea en el Derecho societario matices más o menos intensos según el tipo social que se elija, pues —como veremos— no todas las sociedades gozan de la misma protección” En efecto, hay tipos sociales donde los socios responden aun con su patrimonio, como ocurre por ejemplo en las sociedades en comandita, en tanto los socios gestores son indefinida y solidariamente responsables del total de obligaciones de la empresa.



contra aquéllos, siempre que se prueben a su respecto las características que configuran la calidad de administrador de hecho, que en síntesis, serán autonomía y permanencia en el ejercicio de funciones directivas.

Esta responsabilidad del administrador de hecho, se exigirá conforme a las normas que establece el estatuto de responsabilidad general del ordenamiento jurídico nacional, el extracontractual (artículos 2314 y siguientes del Código Civil) y más específicamente, la responsabilidad por el hecho propio (artículo 2329), ya que, son las órdenes que aquel sujeto imparte, las que finalmente ocasionan el daño.

Yendo al campo de los principios, en el razonamiento hecho por los jueces en su sentencia, se considera el principio de supremacía de la realidad, que viene a justificar el levantamiento del velo societario, no obstante que, como se ha mencionado, en nuestro ordenamiento jurídico las sociedades que forman parte de un grupo empresarial tiene cada una de ellas personalidad jurídica, no existiendo una que se sobreponga a aquéllas y dote al grupo empresarial de una personalidad jurídica individual.

Resulta relevante, a su vez, en la sentencia de “*Empresa de Servicios Sanitarios del Bio Bio con Interagro Comercio y Ganado S.A*”, el considerando 15° “(...) Al confrontar las exigencias recién reseñadas con los razonamientos de la sentencia impugnada, aparece que la unidad entre la tercerista y la empresa demandada se colige a propósito de lo que ya se ha declarado en estos antecedentes, lo expuesto por el apoderado del recurrente en la propia demanda de tercería y lo que ese mismo mandatario también ya había reconocido en una anterior comparecencia, en orden a que la impugnante es una empresa relacionada con la demandada, cuyos accionistas son a su vez socios, controladores y relacionados de ésta y también de la sociedad Administradora y Servicios Maipú S.A, última empresa respecto de la cual ya se dictaminó, por sentencia firme de ese Tribunal de Alzada de fecha 2 de septiembre del 2011, que constituye una unidad con la demandada Interagro, para los efectos de este juicio.”⁵⁷

Además de expresar aquel considerando el principio de la supremacía de la realidad, que lleva a identificar a ambas sociedades para efectos de las acciones posibles de ejercer, se reconoce la unidad en la gestión empresarial, que se manifiesta en la propiedad común que existe entre una y otra, lo que da cuenta que el fenómeno de la empresa atraviesa el conjunto de actos que se desarrollan en el tráfico jurídico. No solo se limita a las relaciones comerciales que se dan con terceros, sino que también aquel fenómeno guarda importancia con el modo en que se organiza la empresa en sus diferentes unidades.

No obstante que la teoría del levantamiento del velo societario es útil, en vista de hacer efectiva la responsabilidad de un sujeto que, no interviene directamente en la relación contractual que genera perjuicios para la sociedad dominada, sus accionistas, o para los

⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema, causa rol N° 1662-2013, caratulada “*Empresa de Servicios Sanitarios del Bio Bio con Interagro Comercio y Ganado S.A*”, considerando decimoquinto.



stakeholders, su aplicación no se encuentra en armonía con nuestro ordenamiento jurídico. La figura del grupo empresarial en Chile, presupone la concurrencia de diversas sociedades, cada una de las cuales se encuentra dotada de personalidad jurídica, cuya integración a este entramado empresarial no da origen a un sujeto de derecho autónomo, que pueda considerarse sujeto pasivo de una acción patrimonial. Por aquello, y contrario a cómo la jurisprudencia estudiada ha entendido esta teoría, en el caso del grupo empresarial, el problema expuesto en este trabajo, no estriba en obviar la personalidad jurídica de la sociedad, sino en dirigir la acción contra el verdadero responsable del daño, que no es más que el sujeto que asume la calidad de administrador de hecho. No es necesario entender configurado un fraude con la personalidad jurídica para poder condenar a una sociedad, la cuestión radica en determinar quién ocasionó el daño.

Se entiende para el caso de la aseguradora, que se utiliza la personalidad jurídica de una sociedad, Remolcadores Ultragas S.A, para provocar un fraude, en cuanto a la indemnización que deriva del contrato de seguro, evitando con ella que la aseguradora pueda ejercer la acción indemnizatoria que deriva de la subrogación del contrato de seguro, demandando a Ultragas y Ultramar S.A, quienes interpusieron excepción de inoponibilidad, no obstante más tarde, serían condenadas. Puede arribarse al mismo resultado, comprobando que Ultragas y Ultramar S.A administran a Remolcadores Ultragas, y en virtud de ello son responsables, por entender que hay una dirección empresarial que ha resultado decisiva en cuanto a exigir el resarcimiento de los daños cubiertos por el contrato de seguro, sin necesidad de recurrir a la doctrina de levantamiento del velo, que, para evitar arbitrariedades, siempre necesitará de una fundamentación más completa para salvaguardar la igualdad ante la ley. Por cierto, esta solución encuentra su fundamento en la equidad y es bajo este principio que se esboza la segunda crítica. En su contexto original correspondiente al derecho anglosajón, la doctrina del levantamiento del velo societario, se erige a partir de la equidad, noción respecto de la cual, no se cuenta con una estricta precisión en cuanto a sus límites y alcances⁵⁸, carente de sistematización, lo que puede llevar a soluciones arbitrarias, inconsistentes, e inconvenientes, que vengán a desnaturalizar esta noción, como naturalmente puede ocurrir en un sistema que carece del precedente vinculante como fuente directa y obligatoria en el derecho.

Puede rebatirse la argumentación efectuada en los párrafos anteriores, señalando que en definitiva, con la teoría del levantamiento del velo societario, se puede arribar satisfactoriamente al objetivo de hacer responsable a un sujeto, que no cuenta con una calidad formal en las sociedades del grupo, virtud que se le atribuye también a la figura del administrador de hecho. Se considera que la teoría del levantamiento del velo, pese a resultar efectiva, requiere de una mayor fundamentación de las resoluciones que se apoyan en ella, al no contar con un reconocimiento legal. Dicha argumentación, versará acerca de los principios que le sirven de sustrato, y el problema que puede presentarse, es que aquella no sea satisfactoria, y no guarde uniformidad con los demás resoluciones a las que

⁵⁸ Vid, URBINA MOLFINO, Ignacio, *Comentario de jurisprudencia*, cit. (n. 44)



puedan llegar los jueces, lo que restaría legitimidad en cuanto al contenido de la teoría en nuestro derecho, y vulneraría también uno de los fines del derecho, la seguridad jurídica, al no estar delimitados con integridad y precisión, los caracteres de la figura.

3.- Administrador de hecho

Como se dijo en la apertura de este trabajo, la figura del administrador de hecho, si bien, es la menos explorada en el Derecho chileno, resulta ser la más efectiva para exigir responsabilidad a aquellos sujetos, que, con sus órdenes, generan un daño a sociedades islas, accionistas y terceros, pese a no situarse formalmente dentro de la relación que concierne a los contratantes, o bien, la relación de donde emana el supuesto de hecho que genera los perjuicios.

Hay autores como Jequier, que postulan una consagración legal de la figura del administrador de hecho para el ordenamiento jurídico nacional, tal como se ha efectuado en la legislación comparada. Por ejemplo, en España. Producto de que, en la práctica, el sujeto que asume dicha calidad de facto es quien adopta las decisiones o influye en las mismas que provocan perjuicios a las sociedades del grupo, accionistas o stakeholders, siendo de especial importancia su accionar que muchas veces tiene lugar “en las sombras”, es decir, sin ejercer formalmente un cargo dentro de la sociedad controladora. A su respecto, puede distinguirse un concepto amplio y otro restringido de esta figura. Según el concepto restringido, se considera administrador de hecho a aquél que frente a terceros actúa regularmente como tal, sin serlo formalmente, ejerciendo la función propia de los administradores, incluso, si ha perdido tal condición debido a la nulidad o caducidad de su designación.⁵⁹

Conforme al concepto amplio de administrador de hecho (o administrador en las sombras), será tal quien ejerce funciones de administración de una sociedad, realizando actos de gestión sin haber sido formalmente investido como administrador ni aparecer frente a terceros en esa calidad.⁶⁰ Cabe destacar que esta concepción –la cual ha sido recogida por legislaciones europeas- permite y da más opciones para conseguir exigir responsabilidad a las personas que, realmente, influyen en la celebración de actos y contratos que llevan a cabo las sociedades controladas en el marco de un grupo empresarial. Entre ellas, como se indicó, España cuya Ley de Sociedades de Capital hace un reconocimiento expreso de un presupuesto y extensión subjetiva de la responsabilidad, incluyendo al administrador de hecho⁶¹.

⁵⁹ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Grupos empresariales*, cit. (n. 4), pp. 117

⁶⁰ *Ibid*, p.122

⁶¹ Ley de Sociedades de Capital. Capítulo V *La responsabilidad de los administradores*
Artículo 236. *Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad.*



Se considera que, los elementos constitutivos del administrador de hecho son: a) autonomía y b) permanencia.⁶²

Autonomía, en el sentido que el administrador de hecho debe realizar la gestión empresarial sin encontrarse subordinado a terceros y sin seguir las órdenes o directrices de los directores de la sociedad.⁶³

En relación al segundo elemento, la estabilidad o permanencia en el tiempo es ineludible, ya que la figura del administrador de hecho para que cobre alguna relevancia, requiere una actuación duradera, con lo que se desestiman las directrices eventuales, ocasionales y mínimas.⁶⁴ En virtud de eso, a pesar de que una instrucción aislada, ocasional, dada a los administradores de derecho de una sociedad filial, que provoca un perjuicio, de interpretarse de manera restrictiva este requisito, la responsabilidad sería estrictamente de los directores de la sociedad, con lo que quedaría impune el supuesto administrador de hecho. Esto puede ser problemático, por lo que hay que determinarlo caso a caso y más importante, determinar qué se entiende por permanencia en el tiempo, si es una frecuencia en las instrucciones o un periodo paulatino de actuación ejerciendo actividad administrativa, con o sin impartición de directrices y pautas de actuación a los subordinados. El criterio definitorio para entender cumplido este requisito de permanencia, debe ser el de frecuencia en las actuaciones, esto es, el sujeto debe estar al tanto de la marcha del grupo empresarial, teniendo una presencia estable en el tiempo, dando instrucciones a los directores de las sociedades. El director ejerce sus funciones en sala, pero en la práctica, debe estar al tanto de lo que ocurre con la sociedad que administra, lo que exige que su trabajo exceda a los horarios de oficina y reuniones, y haciendo el parangón con ello, el administrador de hecho efectúa funciones similares, toma decisiones, evalúa la situación en que se encuentra la sociedad o el grupo empresarial, y, por tanto, debe estar al tanto de lo que ocurre, no solo, en la sociedad que “administra”, sino que también en la sociedad dominada, por lo que su accionar debe ser frecuente y mantenerse por largos espacios de tiempo, lo que deberá examinarse debidamente. Una instrucción ocasional, puede interpretarse como un simple consejo o propuesta, que quedaría a discreción del director de la sociedad, que es quien, en el hecho,

3. La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeña sin título, con un título nulo o extinguido, con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

⁶² En esa línea, JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Grupos Empresariales*, cit. (n. 4), p. 125

⁶³ PERTIÑEZ señala “el administrador de hecho realiza funciones propias de la administración social, con una cierta extensión y continuidad y de manera autónoma, es decir, sin subordinación a un órgano de administración social. PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, *La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172.3 LC: una reflexión más sobre cuándo, cómo y quién* (Apud, JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Grupos empresariales: Notas sobre la responsabilidad del administrador de hecho en el derecho chileno (Estatuto general y responsabilidad por insolvencia)* (Santiago, Thomson Reuters, 2015) p.125

⁶⁴ Vid, DÍAZ ECHEGARAY, Jose Luis, *El administrador de hecho de las sociedades* (Apud, JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Grupos empresariales: Notas sobre la responsabilidad del administrador de hecho en el derecho chileno (Estatuto general y responsabilidad por insolvencia)* (Santiago, Thomson Reuters, 2015) p.125



conoce mejor lo que ocurre en el negocio, teniendo, por tanto, fundamentos para adoptar una decisión distinta y rechazar lo indicado por el supuesto administrador de hecho que interviene en la gestión empresarial de manera intermitente.

Para poder conocer si estamos frente a un administrador de hecho, hay ciertos elementos que resultan indiciarios. Según la opinión de Alcalde, serían los siguientes: que la persona ejerza, efectivamente y en la práctica, una actividad positiva de gestión; que tal actividad importe una administración reiterada o de cierta permanencia; que sus actos tengan cierta importancia o intensidad; y que no haya sido nombrado administrador de la sociedad⁶⁵ (Se enmarcan dichos “indicios”, dentro de los elementos constitutivos anteriormente nombrados de autonomía y permanencia en la actuación). Además de tales requisitos, en opinión de este autor, sería también menester que el administrador esté investido de alguna forma de poder que le permita ejercer la gestión de la empresa, distinta a la que la ley ha establecido para el administrador de derecho de la compañía⁶⁶.

Con esta concepción del administrador de hecho, lo que se busca, en definitiva, es dejar indemne a la sociedad, accionistas o stakeholders, de los perjuicios sufridos por la administración y gestión infructuosa y dañina que han ejercido ciertos individuos, más allá de los administradores de derecho que existen en el grupo empresarial. Asimismo, los terceros tendrían en contra de quien accionar directamente, sin importar la relación contractual que los unió con la sociedad respecto al negocio en particular. Como bien se sabe, conseguir hacer efectiva la responsabilidad de un director puede tornarse complejo, toda vez que, éstos actuando junto a los demás miembros del directorio, en su calidad de órgano, actúan representando a la sociedad y hacen a ésta responsable, incluso, en aquellos actos y contratos ejecutados y celebrados que no miren al interés social. En cambio, un administrador de hecho, al que efectivamente se pruebe que intervino en el negocio, debería accionarse en forma directa en su contra, ya que, la pretensión indemnizatoria se va a sostener en que el daño se ocasionó, en virtud de los mandatos efectuados por aquel sujeto. Esto será más simple, si se consagra al administrador de hecho como legitimado pasivo de la acción de responsabilidad, correspondiendo al juez interpretar para el caso de que se trate, si el individuo al que se demanda queda comprendido en esta figura, probándose los elementos de autonomía y permanencia en sus funciones. Al no haber una obligación preexistente, las reglas que regirán el ejercicio de estas acciones, serán las del régimen de responsabilidad civil extracontractual, y más específico, por el hecho propio. (Artículo 2329 del Código Civil)

Aún sin una regulación positiva, indica Alcalde, es posible de acuerdo a principios generales del derecho u otras figuras que aluden a la misma idea, como la simulación,

⁶⁵ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Responsabilidad del administrador de hecho*, disponible en El mercurio legal, 30 de mayo del 2013.

⁶⁶ *Ibid*



específicamente por interpósita persona, o las teorías del fraude a la ley y de la protección de la apariencia, conseguir el mismo propósito que con una regulación expresa.⁶⁷

Alcalde dice que, considerando el principio de la reparación integral, en virtud del cual, todo daño debe ser reparado, dejando indemne a quien lo sufrió, y la fórmula utilizada en diversas disposiciones en el ordenamiento jurídico chileno de “*el administrador o quien haga de sus veces*”⁶⁸, es posible fundar la responsabilidad de los administradores de hecho que en el caso concreto, ejercen y llevan a cabo las mismas funciones que un director.

En el caso español, tomando en cuenta que la figura del administrador de hecho adopta varias modalidades, como lo reconoce la jurisprudencia española, lo que conduce a que resulte complejo establecer y delimitar unos criterios comunes y generalizados respecto a la institución, pueden distinguirse cuatro supuestos en los que es posible observar al administrador de hecho: a) el administrador irregular; b) el administrador oculto o *shadow director*; c) el ejercicio de la administración en virtud de vínculos contractuales y d) la existencia de situaciones de control.⁶⁹ Los dos primeros supuestos, y el último, serán objeto de análisis a continuación, por su utilidad práctica y por la posibilidad de que existan en Chile, conforme a la dinámica que presenta el grupo empresarial. El tercer supuesto, relativo al ejercicio de la administración en virtud de vínculos contractuales, no será objeto de análisis, debido a que en Chile no tiene lugar, ya que la administración se determina por la participación que se tiene en el capital social, el accionista que tiene más acciones, tendrá más derechos al momento de elegir directores. Esta será la regla general, a menos que nos encontremos ante acciones preferentes, con preeminencia de derechos económicos.

⁶⁷ Vid, ALCALDE, cit. (n.65)

⁶⁸ Son diversos los artículos que disponen esta fórmula, a modo de ejemplo encontramos:

Art.39 inciso segundo Ley 18.046 de Sociedades anónimas. *Cada director tiene derecho a ser informado plena*

y documentadamente y en cualquier tiempo, por el gerente o el que haga sus veces, de todo lo relacionado con la marcha de la empresa. Este derecho debe ser ejercido de manera de no afectar la gestión social.

Art.61 inc. final Ley 18.046 de Sociedades Anónimas. *Las juntas serán presididas por el presidente del directorio o por el que haga sus veces y actuará como secretario el titular de este cargo, cuando lo hubiere, o el gerente en su defecto.*

Art.99 Código tributario. *Las sanciones corporales y los apremios, en su caso, se aplicarán a quien debió cumplir la obligación y, tratándose de personas jurídicas, a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de éstos y a los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento.*

Art 108 inc. primero Ley 18.045 de Mercado de Valores. *El representante de los tenedores de bonos podrá requerir al emisor o a sus auditores externos, los informes que sean necesarios para una adecuada protección de los intereses de sus representados, teniendo derecho a ser informado plena y documentalmente y en cualquier tiempo, por el gerente o el que haga sus veces, de todo lo relacionado con la marcha de la empresa. Este derecho deberá ser ejercido de manera de no afectar la gestión social. Asimismo, el representante podrá asistir sin derecho a voto a las juntas de accionistas del emisor, si aquél fuere una sociedad por acciones.*

⁶⁹ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David, *Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada* (Bogotá, Colombia, Estudio. socio-jurídico, Universidad Sergio Arboleda, 2012) p. 251



El primer supuesto, correspondiente al administrador irregular, se concibe, originalmente, cuando hay vicios en el nombramiento de los administradores o directores⁷⁰. En España, se indica, que la fuente de esta situación se encuentra en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968, mediante la cual, se tiene por válido un aumento de capital, no obstante que la junta general de accionistas había sido convocada por administradores cuyos cargos estaban caducados⁷¹. Así, queda de manifiesto, que no siempre la eficacia jurídica de un acto o conjunto de actos se encontrará supeditada a la validez del nombramiento de cargo de director en una sociedad anónima, sino que existen situaciones en las que se privilegia la protección y salvaguarda de principios, que dentro del tráfico jurídico tiene más importancia que la validez formal de un acto. Similar es lo que sucede en Chile, en virtud de la Ley N°19.499 sobre saneamiento de vicios en la constitución de sociedades, ya que tal saneamiento se retrotrae a la fecha en que se otorgó la escritura de constitución o modificación subsanada. La buena fe que inspira las relaciones contractuales prima en este tipo de casos, en el sentido que, quien contrata con la sociedad, lo hace pensando que ese director tiene la potestad para hacerlo en nombre de la empresa, por lo que hacer caer ese acto por la invalidez del nombramiento del director o administrador de hecho, merma la buena fe que existe en el tráfico jurídico, y, a su vez, lo ralentiza, con la posibilidad de que se exijan mayores garantías a la hora de contratar para evitar un perjuicio en el vínculo contractual. También, el principio de conservación de la empresa se protege, al darle validez a los actos celebrados por un administrador irregular, ya que la idea es que la empresa mantenga y siga con el giro comercial que le corresponde, e incentive con ello el desarrollo de la economía dentro del área en que se desempeña, que a su vez coadyuva con el correcto desarrollo de la sociedad en general, que accede a los bienes y servicios que prestan estas empresas.

No obstante, la situación de un administrador irregular no debe utilizarse para ocasionar perjuicios a las sociedades de un grupo empresarial, o bien, a los socios o stakeholders. Debe ser una situación excepcional y que se derive de la falta de nombramiento de un director o administrador que le reemplace una vez caducado su cargo, o, de la ignorancia en que puedan incurrir tanto el administrador irregular y/o la sociedad misma. Es decir, no debe existir un ánimo de actuar irregularmente que, en la situación, ocasione detrimentos. De lo contrario, puede perseguirse la responsabilidad del sujeto en cuestión, que con sus actuaciones y en su posición, se da atribuciones que no le corresponden. Esta figura

⁷⁰ *Ibid*

⁷¹ En resoluciones posteriores, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado su posición en torno a la validez de las actuaciones de los administradores con cargo caducado atendiendo, por una parte, al riesgo de acefalía inherente a la aplicación rigurosa del cese de actividades por vencimiento del plazo de nombramiento, y, por otra parte, al principio de conservación de la empresa. España, Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución del 15 de febrero de 1999, La Ley 6684/1999.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David, *Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada* (Bogotá, Colombia, Estudio. socio-jurídico, Universidad Sergio Arboleda, 2012) p.251



tampoco sería admisible dentro de un grupo empresarial, en el supuesto en que ese sujeto es administrador irregular con el beneplácito de la sociedad dominante, con el único fin de protegerse y dejar indemne su patrimonio por un eventual resarcimiento que pueda exigirse, siendo este individuo un “director de papel”. No debe existir un ánimo de obtener un beneficio indebido a partir de unas facultades que una determinada investidura otorga, en el evento que no se acceda a ella, por tener la intención de sustraerse a las consecuencias jurídicas que pueden ocasionarse al incumplir los deberes y obligaciones que aquella trae aparejada.

El segundo supuesto, es el del administrador o director “en las sombras”. Este es el supuesto por antonomasia de la figura en estudio. Tiene su caracterización en la legislación inglesa, en específico, en la Companies Act 2006, sec. 251, que expresamente señala:“(…) *In the Companies Acts “shadow director”, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.*”, es decir: “*En la Ley de Sociedades, el “director en la sombra”, en relación con una sociedad, significa una persona que de acuerdo con las direcciones o instrucciones que da, los directores de la compañía están acostumbrados a actuar*”. A su vez, el Código de Comercio francés también regula la figura, el artículo 245.16 indica que las disposiciones que afectan al presidente, los administradores, los directores generales y los gerentes de sociedades por acciones son aplicables a toda persona que, directamente o por interpuesta persona, haya, de hecho, ejercido la dirección, la administración o la gestión de dichas sociedades, bajo la cobertura o en el lugar y sitio de sus representantes legales⁷². Este último tipo de precepto sería adecuado en el ordenamiento jurídico chileno, para hacer responsable al administrador de hecho, expresamente, en las funciones directivas de una sociedad, haciéndole extensivos todos los deberes y obligaciones que recaen sobre directores y gerentes, cuyas funciones son las que en el hecho, ejecutan. Este caso resulta problemático e irregular a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, en lo que al régimen de responsabilidad se refiere.

El administrador de hecho, en el supuesto anterior, es una persona que es visible para la sociedad, para el grupo empresarial eventualmente y para los stakeholders, ya que en principio no busca efectuar un fraude. Al contrario, cuando este administrador actúa en las sombras, es un sujeto que interviene en el andamiaje comercial de la sociedad y que se esfuerza por no hacerse visible, con lo que protege su responsabilidad por los perjuicios que sus directrices u órdenes puedan ocasionar a sociedades dominadas, accionistas o stakeholders. Se dice que lo que hace es construir un velo para evitar el régimen de responsabilidad que es propio de los directores, por lo que desdobra su accionar. Por un lado, actúa como director para efectos de las atribuciones que éstos poseen, en orden a llevar a cabo la administración empresarial y, por el otro, correspondiente a los deberes y

⁷² Vid, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David, *Los supuestos de aplicación del administrador de hecho*, cit. (n.69), p.257



obligaciones, es un individuo sobre el cual no pesan dichas cargas, lo que le permite actuar con una libertad más amplia.

Partiendo del análisis hecho por la jurisprudencia y doctrina española, es posible establecer tres situaciones que permiten delimitar los contornos y configurar la presencia del administrador en las sombras para una situación particular.⁷³ Primero, en el supuesto del gestor de negocios que encubre a un administrador. Aquí existe un cuasicontrato, donde el gestor ejecuta una serie de actos relacionados directamente con los negocios ajenos, con la intención directa de favorecer a un tercero, sin recibir instrucciones ni tener el consentimiento de quien se favorece⁷⁴. Moya Jiménez⁷⁵ plantea como ejemplo cuando un administrador se desentiende de la gestión social y un tercero le sustituye transitoriamente, en tanto la junta general se reúne y nombra un nuevo administrador. En palabras de Olivares James, el gestor de negocios se encuentra obligado a continuar la gestión hasta el término del asunto, así como, está sometido a la responsabilidad por los daños y perjuicios que cause.⁷⁶ En este caso, el gestor sería el administrador de hecho, quien no se encuentra investido de la calidad de director, pero aún así lleva a cabo funciones propias de ese cargo, por lo que se deben aplicar a sus respecto las normas que regulan las obligaciones que corresponden al director de una sociedad anónima, en virtud del principio de primacía de la realidad, de lo contrario, los afectados por los actos ejecutados por aquel sujeto quedarían sin protección producto de una actuación de hecho, al margen del ámbito de competencias que le corresponde a un director o administrador de sociedad.

Segundo, es el caso del administrador que se oculta tras un cargo, que formalmente lo aleja de la administración de la sociedad. Pese a eso, es quien en el hecho organiza y gestiona el desarrollo y accionar de la empresa.⁷⁷ En esta línea, hay que partir de la base de que la realidad y la apariencia jurídica coinciden, pues no existe razón para ocultar las actuaciones que emprende un auténtico administrador que se encuentra investido con un cargo directivo de otra naturaleza que administrar; no obstante, *“atendiendo a las particulares circunstancias concurrentes en cada caso a examen, tampoco cabe negar la*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David, *Los supuestos de aplicación del administrador de hecho*, cit. (n.69), p.259

⁷⁵ MOYA JIMÉNEZ, Antonio, *La responsabilidad de empresas insolventes* (Barcelona, Editorial Bosch, 1998) p. 47.

⁷⁶ OLIVARES JAMES, J. M., *En torno a los administradores de hecho en la sociedad anónima* (Apud, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David, *Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada* (Bogotá, Colombia, Estudio. socio-jurídico, Universidad Sergio Arboleda, 2012) p.259

⁷⁷ En este sentido, la Audiencia Provincial de la Coruña indica que en la realidad jurídica se evidencian numerosas ocasiones en las que, de forma fraudulenta o simulada, se oculta la condición real de administrador que posee un socio de la persona jurídica. Vid, España, Audiencia Provincial de La Coruña, Sentencia del 17 de enero de 2001.

(HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David, *Los supuestos de aplicación del administrador de hecho*, cit. (n.69), p.260)



*posibilidad que se llegue a constatar que bajo la apariencia de otras funciones se está ejerciendo como auténtico y verdadero administrador*⁷⁸. Por ejemplo, una sociedad es dueña de una cadena de locales de comida rápida y el encargado de ella, ejerce la administración social, pero sin formar parte del directorio. Este es un caso de administrador de hecho oculto en las sombras y, como tal, en virtud de principios como la supremacía de la realidad o teoría de la apariencia, se le deben exigir los mismos deberes y obligaciones que un director.

Finalmente, el tercer caso, corresponde a los falsos apoderados. Es decir, aquellos individuos que, en el hecho, ejercen facultades tan amplias que a ellos corresponde la administración de la sociedad.⁷⁹ Es ilustrativo el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Toledo, en el cual, se verifica la existencia de una evidente sucesión societaria, en la que “Jugarpe” asume la totalidad de los negocios y de los activos, mas no de los pasivos, de la sociedad “JGA S.I”. A su turno, se deduce de manera irrefutable que quien aparece como administrador designado de “Jugarpe” de hecho también lo era de “JGA S.L”, aunque en ella apareciese como mero apoderado, pues su actuación en una y otra es idéntica, pudiéndose hablar de lo que la sentencia denomina “administrador de hecho - falso apoderado⁸⁰. Esta función del “falso apoderado”, es asimilable en el Derecho nacional, a la del representante legal. Como en Chile, la representación judicial y extrajudicial corresponde al directorio como órgano, parece difícil concebir una situación en que el supuesto que ha sido objeto de análisis, pueda tener lugar. Podría darse con el gerente, quien también asume la función de representación de la sociedad, y luego de una delegación de funciones, la cual, no puede ser total, conforme preceptúa el artículo 40 inciso 2 “*El directorio podrá delegar parte de sus facultades en los gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o en una comisión de directores y, para objetos especialmente determinados, en otras personas*”. Por aquello, en caso de ocurrir aquel supuesto, el solo hecho de tener un apoderado o representante, realizando todas las actuaciones correspondientes a la administración de una sociedad, éstas ya estarían viciadas por infringir el artículo anteriormente señalado. Habrían entonces, dos caminos

⁷⁸ *Ibid*

⁷⁹ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David, *Los supuestos de aplicación del administrador de hecho*, cit. (n.69), p. 261. Respecto a ello, como indica Hernández, el Tribunal Supremo de España ha expresado que, no obstante que el sujeto sea apoderado de la sociedad y entienda que las funciones ejercidas le son propias en virtud del cargo en que fue nombrado, si al analizar las pruebas practicadas y los antecedentes sociales se llega a la conclusión que en realidad se está en presencia de un verdadero administrador y no un simple representante, este será administrador de hecho.

⁸⁰ España, Audiencia Provincial de Toledo, 12 de mayo de 2004, AC 2004/173493. Asimismo, en palabras de Hernández Martínez, la Audiencia Provincial de Madrid expresa en su sentencia *del 16 de julio de 2001*, AC 2002/10749, que si una persona es propietaria de la mayoría en el porcentaje accionario de una sociedad (en el caso, del 75%) y le ha sido conferido un poder lo suficientemente amplio para ejercer las actividades propias que corresponden a la administración, aunque no haya sido formalmente designado como administrador, resulta claro que, de hecho, actúa como un administrador, teniendo en sus manos la marcha de la sociedad. Vid, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David, *Los supuestos de aplicación del administrador de hecho*, cit. (n.69) p. 261



para exigir responsabilidad, ya sea, por la infracción legal, siendo nula la actuación del sujeto, o bien, pretender su responsabilidad en su calidad de administrador de hecho.

En las decisiones anteriores, los jueces tienen especial cuidado en determinar quién gestiona y dirige en forma real y efectiva, a la sociedad. Pese a que los pronunciamientos en sede jurisdiccional y su correspondiente análisis doctrinal, permiten e instan a dirigir las acciones de responsabilidad contra individuos que carecen de la investidura formal correspondiente a un director de sociedad anónima, en algunas ocasiones, los tribunales españoles hacen prevalecer y robustecen a los elementos formales por sobre esta realidad material del administrador de hecho, en su modalidad de individuo en las sombras⁸¹.

Con lo expuesto, es posible afirmar, conforme a lo que establece la jurisprudencia española, que la responsabilidad puede exigirse a un sujeto que no es director en una sociedad, siempre que con sus hechos lleve a cabo funciones o labores que se identifican con el cargo en cuestión.

Principios como la supremacía de la realidad, la buena fe, la teoría de la apariencia o más general, la seguridad en el tráfico jurídico, exigen que este tipo de actuaciones no resulten excluidas por el ordenamiento jurídico por meras formalidades.

Como en Derecho hay que estarse más a la sustancia del acto o contrato que a lo que éste dice que es, en la situación que se menciona debe seguirse el mismo razonamiento para llegar a un resultado que proteja a las sociedades del grupo, accionistas y stakeholders. La doctrina y la jurisprudencia deben colaborar en este sentido, dotando de contenido a la figura del administrador de hecho. No obstante ello, se requiere que el ordenamiento jurídico de Chile consagre expresamente al administrador de hecho como posible sujeto de deberes y obligaciones de dirección y gestión, al igual que los directores y gerentes de sociedades anónimas. A partir de tal regulación, el contenido de la figura podrá construirse desde la práctica, porque, como es natural, la legislación por más pormenorizada que sea nunca podrá comprender todas las hipótesis posibles en la vida jurídica, siendo las disposiciones en que se incluyan a este tipo de administrador, la base legal sobre la cual, podrán construirse las soluciones jurisprudenciales, interpretando la fórmula con los principios que más arriba se mencionaron. Por lo pronto, interpretar la expresión “o el que haga de sus veces” como comprensiva del administrador de hecho, en aquellas materias que son exigibles a directores y gerentes, es una alternativa adecuada para arriba a la solución de hacer responsable a quien ostenta aquella calidad, complementando la

⁸¹ Un ejemplo de ello, es el pronunciamiento del Tribunal Supremo, en su sentencia del 7 de junio de 1999, Ar. 4730/1999, quien declaró “la justificación argüida por la sala en el sentido de que el apoderado era el verdadero gestor es inconsistente frente al derecho positivo. Legalmente el auténtico gestor y responsable de la marcha de la sociedad es el administrador y más aún si es el único” En la sentencia, el Tribunal Supremo revoca la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, en la que se declaraban solidariamente responsables, tanto al administrador formal, como al apoderado, haciendo responsable únicamente al primero, pese a que el segundo también ejercía funciones de administración.

Vid, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David, *Los supuestos de aplicación del administrador de hecho*, cit. (n.69) p. 262



interpretación con los principios que delinean el contenido de la figura. A saber, la supremacía de la realidad, reparación integral del daño, y también la buena fe.

Por último, se encuentran las situaciones de control de unas sociedades respecto a otras, como ocurre, en los grupos empresariales⁸². Se analiza como un supuesto en particular, para atender a la forma en que se configuran estas situaciones de dependencia o control. Hay que recordar, siempre que un sujeto someta la voluntad, el poder decisorio o las actividades de una sociedad, nos encontraremos ante una situación de subordinación o control, que, puede originarse de dos formas: en la primera, la matriz o sociedad dominante determina e impone su voluntad ejerciendo la dirección empresarial de la subordinada a través del uso del derecho a voto, producto de tener la mayoría de las acciones con este derecho o bien, por los acuerdos de actuación conjunta celebrados con grupos de accionistas; la segunda, cuando la sociedad dominada o isla cede el control a otra sociedad, sin que sus accionistas pierdan el derecho a voto, como ocurre por ejemplo en el caso del ejercicio de influencia dominante en las decisiones o en los órganos de administración de la sociedad dominada, en virtud de la relación contractual que se concierta con la sociedad controladora (por ejemplo, una joint venture) o con sus socios (acuerdos de actuación conjunta)⁸³. Influencia dominante que puede deberse a una dependencia crediticia, lo que genera una relación que le vincula de manera permanente, y deja en la necesidad a la sociedad dominada de encontrarse supeditada a las directrices impartidas por la sociedad controladora. Como se observa, la participación en el capital no es el único factor determinante del control, aunque sí el más importante, conforme a la regulación legal que presenta el ordenamiento jurídico chileno⁸⁴.

Cabe destacar que, estas situaciones de control, cada vez se hacen más complejas, al punto que se internacionalizan y están destinadas a operar en distintos mercados conforme a una economía que en la actualidad está globalizada. De todos modos, es preciso hacer presente que, una situación de control o un entramado de sociedades, destinado a sustentar a una empresa pluricorporativa, no significa que vaya a tener por objeto constituir un fraude, abuso o perjuicio, sino que, en principio, es un estado de especial estrategia y protección para cada una de las entidades que forman parte de dicha estructura.

Cuando una sociedad domina a otra, estará en condiciones de imponer sus decisiones⁸⁵ y dirigir su actividad, lo cual, producto de la dependencia existente, ya sea por propiedad accionaria, responsabilidad crediticia o por las ventajas mercantiles que significa el vínculo comercial, ocasionará que sea la controladora quien materialmente adopte los

⁸² HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David, p. 265

⁸³ Vid, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William, *Los supuestos de aplicación*, cit. (n. 69), p.266

⁸⁴ Esto queda claro, al realizar un examen a las distintas disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas, que regulan las relaciones de matriz-filial; coligante-coligada. También, cuando se señala como deberes de los directores de una sociedad matriz, de presentar en la memoria anual, balances y una memoria explicativa de los negocios de la sociedad filial (artículo 90 LSA). Siempre se encuentra presente, como factor determinante en el control, la participación en el capital de las sociedades.

⁸⁵ Vid, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William, *Los supuestos de aplicación*, cit. (n. 69), p.266



acuerdos, no obstante que, en el plano formal, la dominada sea la que actué satisfaciendo el fin ulterior que impone la sociedad, que se encuentra en la parte superior de la estructura del grupo empresarial. Los directores de la sociedad controladora, en este supuesto, pueden considerarse como administradores de hecho, por lo que, en caso de perjuicio, su responsabilidad debe hacerse exigible. No obstante, el autor español Borrás de Cuadras manifiesta que el solo hecho de que existan dos administraciones diferentes, no libera a los administradores de la filial de su responsabilidad por los hechos perjudiciales que causen en el ejercicio de sus funciones, celebrando contratos, elaborando y planificando estrategias mercantiles, que, en el evento de que se causen daños a terceros, es pertinente aplicar el régimen de responsabilidad a los administradores de la filial, así como vincular patrimonialmente a la matriz, en el caso de concurrir los requisitos de dicha institución⁸⁶.

Hay ciertos ejemplos que clarifican este tipo de supuesto. El Juzgado de lo Mercantil de Palmas de Gran Canaria, expresó que la sociedad dominante podrá considerarse como administrador de hecho de la sociedad filial cuando la actuación de su administrador o administradores se haya realizado en su interés exclusivo, mas no de la sociedad subordinada, o cuando las instrucciones o directrices recibidas por la sociedad concursada no tienen un carácter “orgánico”, esto es, que no han sido adoptadas respetando las exigencias de procedimiento y competencia que disciplinan la actuación de los órganos societarios⁸⁷. Por aquello, no será responsable la sociedad dominante, sino que las personas físicas que participaron en la adopción de las decisiones que ocasionaron perjuicios.

Como queda de manifiesto, son varias y diversas las modalidades que puede adoptar el administrador de hecho en el ámbito societario, para tomar parte en las decisiones que formula la empresa en su gestión. Por aquello, resulta elemental, a efectos de una regulación que logre proteger a los stakeholders que entran en contacto con la o las sociedades o grupo empresarial, como también a los distintos accionistas que conforman estos entes sociales, reconducir la figura a ciertos caracteres básicos que permitan identificar con acuosidad a un administrador de hecho.

Anteriormente, al principio de este tercer punto del capítulo 2, fueron mencionados los elementos más bien desde la perspectiva del derecho chileno, donde existe un desarrollo escaso respecto a la figura, por lo que resulta enriquecedor señalarlos nuevamente luego del examen realizado a la jurisprudencia y doctrina española, y a su vez, agregar elementos nuevos que emanan de la propia naturaleza que la figura adopta para los distintos casos en que ejerce su influencia. Los elementos que siempre deben estar

⁸⁶ BORRÁS DE CUADRAS, Antonio, *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles* (Apud, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David, *Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada* (Bogotá, Colombia, Estudio. socio-jurídico, Universidad Sergio Arboleda, 2012) p. 267

⁸⁷ España, Juzgado de lo Mercantil, Palmas de Gran Canaria, Nº 1, Sentencia 136 del 18 de julio de 2011, Jur. 2011/275524.



presentes para encontrarnos en presencia de un administrador de hecho, y exigir su responsabilidad por los daños que se ocasionan, en virtud de sus órdenes, serán: a) autonomía en su actuar, es decir, no debe seguir instrucciones de un individuo que se encuentre por sobre él en la jerarquía que se construye en el grupo empresarial; b) permanencia, ya que la actuación no debe ser ocasional ni por periodos fragmentados en el tiempo, debe encontrarse presente constantemente el administrador en la gestión empresarial que efectúa el grupo, dando instrucciones y órdenes, imponiéndose del desarrollo comercial de las sociedades y grupo empresarial; c) no encontrarse investido del cargo de director de sociedad e; d) intención de sustraerse de los deberes y obligaciones propias de los directores de sociedades. La intención debe ser positiva, porque según el estudio que se realiza en páginas anteriores, se puede ser administrador de hecho por ignorancia o por necesidad. Por ejemplo, no saber que el nombramiento en el cargo está viciado, o efectuar las funciones de director más allá de la duración de la investidura debido a que no se ha nombrado al sucesor.

Una vez determinado el sujeto en contra del cual se ejercerá la correspondiente acción de responsabilidad, en virtud de ser aquél un administrador de hecho, se aplicarán las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, por ser el estatuto general de responsabilidad que impera en el ordenamiento jurídico chileno. Lo que ofrece esta teoría, en definitiva, es aclarar quién es el sujeto, que con sus actuaciones, correspondientes a instrucciones, órdenes o directrices, causa el daño a una sociedad dominada, accionistas o stakeholders, en el contexto de un grupo empresarial. Una vez determinado esto, deberá reclamarse la responsabilidad que al individuo le cabe en la irrogación del daño, como cualquiera otra situación en donde se comete una acción o se incurre en omisión, ocasionando perjuicios, con dolo o culpa (delito o cuasidelito civil)

Propuesta interpretativa acerca del administrador de hecho en Chile

En Chile, como bien se conoce, no existe una regulación positiva del administrador de hecho. Por lo tanto, sólo un planteamiento doctrinal le da sustento a la institución. Especialmente, para aquellas situaciones en que se busca exigir la responsabilidad de un sujeto que no queda obligado por la relación contractual, que comprende a la sociedad dominada y un tercero.

Como se indicó en el capítulo 2, punto 3, del administrador de hecho, Alcalde señala que, no obstante, la ausencia en la legislación de la figura del administrador de hecho, igualmente, puede hacerse responsable al sujeto que, con los caracteres propios de aquélla, participa en la irrogación de un daño. Para ello alude a disposiciones legales con la fórmula “o el que haga de sus veces”⁸⁸, permitirían extender el espectro de sujetos pasivos de

⁸⁸Algunas de las disposiciones que contienen esta expresión, son las siguientes:



acciones indemnizatorias.⁸⁹ Se considera que tal tipo de disposición, por sí sola, no permite incluir al administrador de hecho como sujeto pasivo de una acción indemnizatoria. Son disposiciones que se orientan a regular otro tipo de supuestos que nada tienen que ver con la responsabilidad exigible a directores. Por ejemplo, el artículo 39 de la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas, habla del derecho que tiene de ser informado el director de la sociedad anónima por el gerente o “*el que haga sus veces*”, o el art. 61 de la misma ley, que señala que las juntas serán presididas por el presidente del directorio o quien haga sus veces. Regulación que, en principio, no se refiere a temas de responsabilidad, en donde se habla, precisamente, de directores y gerentes. No obstante ello, debido a que en la práctica, el administrador de hecho ejerce las mismas funciones que directores y gerentes, la solución consistiría en aplicar las mismas normas, en cuanto a derechos y obligaciones, por la naturaleza de funciones que desempeñan, en lo específico, para una sociedad y, en general, para el grupo empresarial.

Pese a la falta de regulación legal, podría arribarse a la fórmula del administrador de hecho, interpretando tales disposiciones (“*el que haga de sus veces*”) según principios. El principio de reparación integral, en virtud del cual debe repararse todo daño causado, el de la supremacía de la realidad e incluso, el principio de la buena fe, permitirían fundar una decisión que hiciera responsable al administrador de hecho por los perjuicios que se han causado. El principio de enriquecimiento sin causa, también podría ayudar en esta labor integradora, en aquellas situaciones donde el administrador de hecho, obtiene beneficios, irrogando un daño a terceros, que no adquieren una retribución de la relación contractual que entablan con una sociedad del grupo. En este sentido, existe un caso donde se condenó a un administrador de hecho por cometer delitos tributarios, interpretando el artículo 99 del Código tributario, que dispone “*Las sanciones corporales y los apremios, en su caso, se aplicarán a quien debió cumplir la obligación y, tratándose de personas jurídicas, a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de éstos y a los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento*”, haciendo extensivo este precepto al administrador de

Art.39 inc. segundo Ley N° 18.046 de Sociedades anónimas. *Cada director tiene derecho a ser informado plena y documentadamente y en cualquier tiempo, por el gerente o el que haga sus veces, de todo lo relacionado con la marcha de la empresa. Este derecho debe ser ejercido de manera de no afectar la gestión social.*

Art.61 inc. final Ley N° 18.046 de Sociedades anónimas. *Las juntas serán presididas por el presidente del directorio o por el que haga sus veces y actuará como secretario el titular de este cargo, cuando lo hubiere, o el gerente en su defecto.*

Art.99 Código tributario. *Las sanciones corporales y los apremios, en su caso, se aplicarán a quien debió cumplir la obligación y, tratándose de personas jurídicas, a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de éstos y a los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento.*

Art 108 inc. primero Ley N° 18.045 de Mercado de Valores. *El representante de los tenedores de bonos podrá requerir al emisor o a sus auditores externos, los informes que sean necesarios para una adecuada protección de los intereses de sus representados, teniendo derecho a ser informado plena y documentalmente y en cualquier tiempo, por el gerente o el que haga sus veces, de todo lo relacionado con la marcha de la empresa. Este derecho deberá ser ejercido de manera de no afectar la gestión social. Asimismo, el representante podrá asistir sin derecho a voto a las juntas de accionistas del emisor, si aquél fuere una sociedad por acciones.*

⁸⁹ Vid, ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Responsabilidad del administrador de hecho*, cit. (n.65)



hecho, por las conductas que en ejercicio de las funciones directivas, constituyan delitos tributarios⁹⁰.

Si bien, dicha opción, permite extender el espectro de sujetos pasivos de una acción de responsabilidad, esta posibilidad no satisface completamente, ya que adolece de deficiencias que también se endosan a las otras dos fórmulas para exigir responsabilidad que se analizaron en el capítulo 2: Responsabilidad civil extracontractual y levantamiento del velo societario. El administrador de hecho, en el ordenamiento jurídico nacional, carece de sustento legal expreso y, además, de un conjunto de normas aplicables, delimitado armónicamente, lo que dejaría una discrecionalidad importante al juez al momento de decidir los casos en que pueda presentarse.

Se considera como solución definitiva a la disyuntiva que presenta este trabajo, una regulación legal expresa de la figura del administrador de hecho. Modificar las disposiciones que aluden a la responsabilidad, y a los deberes y obligaciones, tanto de directores como de gerentes, quienes ejercen funciones de administración y dirección de la gestión empresarial, incluyendo como sujeto pasivo de estas cargas al administrador de hecho en forma expresa. Además, es menester emular lo que ocurre en España, donde se ha efectuado un análisis exhaustivo de todos los ribetes y formas que puede adoptar el administrador de hecho, enriqueciendo la doctrina y fortaleciendo la jurisprudencia en materia comercial.

No obstante, si esto no resulta posible, una interpretación con la cual se integren diversos principios, esencialmente los de primacía de la realidad y buena fe, puede arribarse al mismo resultado, es decir, hacer responsable al administrador de hecho por los daños que se ocasionaron en virtud de sus instrucciones, requiriéndose para ello, una recepción de la jurisprudencia proclive a extender el ámbito de responsabilidad en materia societaria y una doctrina más desarrollada en torno a la figura.

Una vez que sea posible configurar al administrador de hecho, como sujeto en contra del cual se ejercerá la acción de responsabilidad, deberán aplicarse las reglas del estatuto aquiliano, por ser el común y general en el ordenamiento jurídico chileno. Más específicamente, el administrador de hecho responderá por el hecho propio, ya que es su propia conducta, de impartir órdenes e instrucciones, la que genera el daño. Deberán cumplirse los requisitos del estatuto. El elemento de la causalidad entre conducta-daño, puede resultar problemático, ya que, por todo lo que significa el administrador de hecho, con su intención de salvaguardar su responsabilidad, puede no aparecer tan nítido el elemento. Para aclarar esto, conviene hacer un examen al razonamiento para entender configurado aquel requisito. En primer lugar, recurriendo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, se pueden delimitar las causas que finalmente producen el daño, ya que si se suprime esa conducta del administrador de hecho, de dar instrucciones y directrices a otros sujetos, que traen perjuicios luego de ser ejecutadas, la cadena de causas se corta y desaparece. Y luego, además de la teoría de la equivalencia de las condiciones, es necesario

⁹⁰ Vid, sentencia de la Corte Suprema, causa rol N° 25.118-2014



aplicar un criterio normativo, como el de la teoría de la causalidad como imputación, que tiene por objeto, delimitar las causas del daño, en casos de pluralidad de aquéllas, y seleccionar dentro de los acontecimientos accidentales, un hecho que pueda ser considerado imputable al hombre, como puede ocurrir en los supuestos que forman parte del análisis del administrador de hecho, es decir, órdenes e instrucciones dadas a las sociedades dominadas, y determinar, cuál es la que realmente produce detrimentos patrimoniales.

No obstante que, las fórmulas de la responsabilidad civil extracontractual por sí sola, y la teoría del levantamiento del velo societario, no resultan efectivas para hacer responsable al sujeto que, dentro de la estructura del grupo empresarial asume la posición de administrador de hecho, ellas dos son útiles, para perfeccionar y avalar la consagración de esta última figura. Podría decirse que son etapas de desarrollo prematuras, para llegar a la figura que resulta más efectiva para hacer exigible la responsabilidad. Primero, los fallos que recurren a la responsabilidad extracontractual, aludiendo a temas como la participación accionaria que tienen sociedades entre sí, permiten delimitar, cuál es el supuesto problemático en torno a la responsabilidad, y segundo, las sentencias que utilizan la doctrina del levantamiento del velo societario, permiten además, esclarecer cuál es el objetivo que se persigue con su aplicación y los principios que en materia comercial se ven vulnerados con los fraudes, los cuales, en principio, no podrían ser sancionados y obtenerse un resarcimiento debido, ya que se producen en el marco de una relación contractual, lo que impediría accionar en contra del sujeto que realmente toma las decisiones a ejecutar por las sociedades, dentro del grupo empresarial, esto es, el administrador de hecho, que se encuentra fuera del vínculo convencional.

Como se dijo anteriormente, la figura del administrador de hecho, realiza un aporte en cuanto a permitir dirigir la acción de responsabilidad, contra un sujeto que no asume una calidad formal dentro de las sociedades que forman parte de la empresa pluricorporativa de la que se viene hablando. Por aquello, esta fórmula se inserta dentro del ordenamiento jurídico, ya sea, con una consagración legal o una interpretación, y a su respecto, regirán las normas de responsabilidad civil extracontractual, al ser el estatuto general del ordenamiento jurídico chileno. Se probarán los elementos constitutivos de esta responsabilidad, luego de haberse establecido que un determinado sujeto es administrador de hecho, lo que ocasionará que éste deba ser responsable por su accionar en la gestión comercial de la empresa, pese a que formalmente no le compete la actividad administrativa.

Al tema de la responsabilidad en el marco de grupos empresariales, se le debe dar la importancia que merece, en aras de lograr una mayor protección de stakeholders, accionistas minoritarios y sociedades islas, que resultan perjudicadas por las políticas que apuntan a maximizar el beneficio que reciben las cúpulas de la estructura piramidal en que se erige el grupo, con el objeto de posicionar al *holding* en una posición de supremacía en el mercado y ámbito empresarial.

Puede darse en estas situaciones, una privación de derechos de los accionistas en lo material, es decir, la eficacia de ellos verse mermada, por el hecho que las decisiones se



toman por la sociedad dominante, que con sus directrices u órdenes conducen el actuar de los órganos de administración social de la sociedad isla, por lo que el derecho a voto y de imponerse en cuanto a la información de los negocios sociales no pasa de ser una simple formalidad, que en nada influye para orientar la gestión empresarial de la sociedad.

Para lograr consagrar una regulación legal más completa que cumpla con los fines mencionados, además de establecer la responsabilidad del administrador de hecho como sujeto pasivo de deberes y obligaciones, equiparando su posición a la que ostentan directores y administradores, se hace necesario regular con mayor detalle al grupo empresarial. En nuestro derecho, se regula en la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores que es un grupo empresarial, y se determinan qué entidades se entienden formar parte de él, pero el resto de la regulación es laxa, en el sentido de no imponer deberes, obligaciones y cargas a soportar por el grupo, con lo que se otorga gran libertad a esta empresa, que se materializa en un entramado complejo de sociedades, donde tienen lugar vaciamientos de sociedades en favor de otras, aumentos de capital artificiales, ya que el dinero circula dentro del mismo grupo empresarial, y endeudamientos, que, en último término, ponen en peligro los intereses que terceros depositan en relaciones contractuales que celebran con sociedades del grupo.

Por ello, más que limitarse a consagrar disposiciones relativas a personas relacionadas, como lo hace por ejemplo el artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores⁹¹, deben establecerse normas que regulen deberes de información relativos, principalmente a operaciones intragrupo, donde hayan traspasos patrimoniales, constitución de garantías, endeudamientos, que permitan una fiscalización más estricta de la Superintendencia de Valores y Seguros, tutelando con ello, el interés de los sujetos débiles en estas relaciones, que como se dijo, carecen de poder de decisión. En virtud de esa posición de subordinación, se someten al interés del grupo, que no tiene una tutela en nuestro ordenamiento jurídico, pero se identifica con un interés que se superpone a los intereses que poseen las sociedades que forman parte del grupo empresarial, con el objetivo de ser unidad tanto financiera como crediticiamente, y como tal, puede sacrificar los intereses sociales para satisfacer unos propósitos generales y superiores, maximizar las rentabilidades en conjunto, a partir de los giros comerciales propios de cada sociedad. En subsidio a una regulación legal más detallada y estricta de los grupos empresariales, siempre debe ser un recurso para los jueces, en esta materia, la aplicación de principios, en su función integradora. Con una regulación más completa y detallada del grupo empresarial, y una mayor fiscalización de la Superintendencia, las posibilidades de actuar dentro de esta estructura, se encontrarán sujetas a formalidades y restricciones, que harán más difícil para el administrador de hecho, un accionar que no comprometa su responsabilidad, lo que podrá constreñirlo, aunque sea en menor medida, a moverse en la actividad comercial con cuidado y respeto a los interés

⁹¹ Artículo 100 Ley N°18.045 de Mercado de Valores.- *Son relacionadas con una sociedad las siguientes personas: a) Las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad;...*

Se coloca énfasis en la regulación que hace la ley en los vínculos que se establecen dentro del grupo empresarial y no en las operaciones que se llevan a cabo en aquél.



que se conjugan en el grupo, los cuales, no importando su extensión, siempre tendrán una importancia para las sociedades individualmente consideradas, o para el mercado, ya desde una perspectiva general, e incluso, institucionalista.

Conclusiones

a) La regulación de los grupos empresariales en Chile, es aún incipiente e incompleta. En la legislación se reconoce un modelo orgánico, donde existe subordinación, cuya estructura, puede ser piramidal, donde una sociedad, llamada en la actividad comercial *holding*, ejerce la dirección de las demás sociedades, por medio de la vinculación que existe entre unas y otras en lo sucesivo, a través de mecanismos de control, siendo el más común, la participación en el capital. En lugar de aquella estructura piramidal, puede existir una radial, donde una misma sociedad es propietaria de las demás simultáneamente.

b) Se opta en este trabajo, analizar la jurisprudencia y doctrina española, por el reconocimiento expreso, a nivel legal, doctrinal y jurisprudencial, que se hace del administrador de hecho, fórmula que se considera como la más efectiva para exigir responsabilidad en el contexto de un grupo empresarial, cuando se ocasionan perjuicios, fruto de las instrucciones y mandatos dados por un sujeto, que no ostenta un cargo en alguna de las sociedades que conforman esta empresa pluricorporativa.

c) En el contexto de un grupo empresarial, convergen distintos intereses. A saber, el interés de los accionistas, el interés de los directores, el interés social y el interés grupal. Existe discusión respecto a la existencia del último. No obstante, se entiende que el interés grupal se encuentra dotado de igual contenido que el interés social. Su contenido consiste en maximizar los beneficios que provengan del ejercicio del giro comercial de la sociedad. Se llega a la conclusión que el interés del grupo, tiene la misma sustancia que el social, solo que apunta a maximizar los beneficios en la actividad comercial, de todas las sociedades como conjunto, que actúan dentro de la empresa pluricorporativa que constituye el grupo empresarial. Esto conduce a que, pese a la posibilidad de un conflicto de los intereses que interactúan en el grupo empresarial, que generan daños para las sociedades islas, los cuales, en último término, tienen por fin la satisfacción del interés grupal, no existirá perjuicio indemnizable cuando se produzca un daño inmediato, que más tarde se resarce al hacerse la sociedad isla acreedora de beneficios que produjo la operación comercial.

d) La responsabilidad que deriva de los actos ejecutados por directores de una sociedad, cuando busca hacerse efectiva la responsabilidad personal, correspondiente a cada director, y no la de la sociedad, se rige conforme a las reglas del estatuto extracontractual, exigiéndose para su configuración una serie de elementos: existencia de un hecho o conducta (acción u omisión) ilícito o antijurídico; una acción u omisión que sea imputable a culpa o dolo del agente; relación causal entre el hecho ilícito y el perjuicio que se reclama,



de manera que éste sea consecuencia directa de aquel; el daño o perjuicio originado en el hecho ilícito imputado, sea directo; capacidad delictual o cuasidelictual civil.

e) Para buscar hacer efectiva la responsabilidad del sujeto que con sus instrucciones y directrices ocasiona un perjuicio a una sociedad isla, sus accionistas o terceros, en el marco de un grupo empresarial, se disponen tres fórmulas: responsabilidad civil extracontractual; el levantamiento del velo societario; administrador de hecho. Se considera, que las dos primeras fórmulas, si bien, representan un avance a efectos de exigir la responsabilidad del sujeto, que con sus instrucciones y órdenes ocasiona un daño a sociedades dominadas, accionistas o stakeholders, cuentan con insuficiencias que, finalmente, se ven superadas con la figura del administrador de hecho. Una vez que se establece que el individuo es un administrador de hecho, se hará efectiva su responsabilidad conforme a las normas de la responsabilidad civil extracontractual, por ser el estatuto general en el ordenamiento jurídico nacional. Será responsabilidad por el hecho propio (artículo 2329 Código Civil)

f) La responsabilidad civil extracontractual, cuyo estatuto es el común y general en el ordenamiento jurídico chileno, no parece del todo adecuado utilizarla para el tipo de supuestos objeto de análisis en este trabajo, ya que sus normas no se aplican con coherencia. Se combina en su aplicación, con la figura de levantamiento del velo societario. Y también, del examen de la jurisprudencia nacional, puede apreciarse que no existe uniformidad de criterios para arribar a una decisión en derecho, ya que se mezclan sus reglas con las del estatuto de responsabilidad contractual. Se llega a la conclusión, que de aplicarse el estatuto extracontractual, debe condenarse a la sociedad matriz, o quien actúa como autor de los daños, conforme al artículo 2329, responsabilidad por el hecho propio, entendiéndose que entre la sociedad matriz y la filial, existe una identidad empresarial, por tanto, es uno el sujeto que actúa. En caso que sea un tercero el autor del delito o cuasidelito civil, que no tiene vínculo formal con ninguna sociedad, será también responsabilidad por el hecho propio, ya que son sus instrucciones y órdenes, las que generan el daño.

g) La doctrina de levantamiento del velo societario es otra alternativa a la que se ha recurrido para solucionar estos casos de responsabilidad. Para su aplicación, exige un fraude o abuso de la personalidad jurídica de la sociedad de que se trate, por lo que el proceso para arribar al resultado de condenar por indemnización de perjuicios a una empresa es más extenso a como sería en caso de recurrirse a la figura del administrador de hecho, donde bastará con acreditar quién es la persona que adopta dicha calidad y la configuración del daño. Principios como supremacía de la realidad y buena fe, pueden ser útiles en aras a hacer efectiva la responsabilidad del sujeto, que con sus directrices ocasionó el daño. En Chile, la aplicación de esta doctrina de levantamiento del velo societario se encuentra fuera de lugar, ya que las bases son totalmente distintas al del derecho anglosajón. Descansa sobre la equidad. Se estima que, si las resoluciones dictadas en conformidad a aquella figura, no se encuentran fundamentadas íntegramente, puede vulnerarse la igualdad ante la ley, que reconoce el ordenamiento jurídico nacional. Por ello, se concluye que puede dar espacio a arbitrariedades aplicar el levantamiento del velo societario, en razón de que su aplicación solo se apoya en principios, y no cuenta con



normas legales que le sirvan de fundamento. Al no existir el precedente vinculante en el ordenamiento jurídico nacional, no hay garantía de uniformidad jurisprudencial, por lo que se afectaría la seguridad jurídica al no existir certeza de los caracteres que los tribunales atribuyan a tal fórmula de responsabilidad.

h) El administrador de hecho, si bien es la figura que cuenta con menor estudio, resulta ser la más efectiva para exigir la responsabilidad al sujeto que con sus directrices ocasiona perjuicios a sociedades islas, accionistas o terceros (stakeholders, en general). En síntesis, ello es así, porque, con un reconocimiento legal expreso, o, con un reconocimiento jurisprudencial, se va a situar al sujeto que asume la calidad de administrador de hecho, como sujeto de acciones de responsabilidad, en virtud de ejercer las mismas funciones que cumplen directores y gerentes. Se entiende que la persona que asume esta calidad debe cumplir con ciertos requisitos, que son los siguientes: autonomía en su actuar; permanencia; no encontrarse investido de un cargo que implique administración de la sociedad e; intención positiva de sustraerse de las cargas y obligaciones que consigo lleva la administración.

i) El administrador de hecho puede tener lugar en diversos supuestos, los cuales son: a) el administrador irregular; b) el administrador oculto o *shadow director*; c) el ejercicio de la administración en virtud de vínculos contractuales y d) la existencia de situaciones de control. Por lo tanto, hay que determinar caso a caso, si realmente al sujeto que se le atribuye la responsabilidad por un perjuicio de una sociedad isla, accionistas o stakeholders, asume aquella calidad y con ello se convierte en sujeto pasivo de una acción de responsabilidad. Los caracteres propios del administrador de hecho, se configuran de manera distinta en cada supuesto, y es más, algunas de estas situaciones, a priori, no constituyen un fraude, como por ejemplo el caso del administrador irregular, cuando el vicio se produce en el nombramiento del director, o bien, cuando expira el cargo y sigue ejerciendo funciones, por falta de nombramiento del sucesor en el cargo, lo que podría hacerse de buena fe.

j) No obstante que no exista consagración positiva de la figura del administrador de hecho, puede hacerse uso de ella, interpretando la frase contenida en los artículos 39 y 61 de la Ley de Sociedades Anónimas, el artículo 99 del Código tributario y el artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores, “*el que haga de sus veces*”, conforme a principios como el de supremacía de la realidad, la buena fe o la reparación integral. Esto permite exigir la responsabilidad del sujeto que tiene por objeto actuar con plena libertad, sin tener las cargas y obligaciones propias de las funciones de administración, las cuales, en el hecho, ejerce. Luego de la configuración del sujeto como administrador de hecho, su responsabilidad se ejercerá conforme a las normas del estatuto de responsabilidad civil extracontractual. La innovación de esta figura, por lo tanto, consiste en precisar quién es el sujeto que ocasiona los daños, y permitir perseguir su responsabilidad, no obstante que se encuentre fuera del vínculo jurídico que une a la sociedad controlada y al tercero.



Bibliografía.

Libros

- 1) ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013)
- 2) BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006)
- 3) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003)
- 4) JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Grupos empresariales: Notas sobre la responsabilidad del administrador de hecho en el derecho chileno (Estatuto general y responsabilidad por insolvencia)* (Santiago, Thomson Reuters, 2015)
- 5) MOYA JIMÉNEZ, Antonio, *La responsabilidad de empresas insolventes* (Barcelona, Editorial Bosch, 1998)
- 6) TORRES ZAGAL, Óscar, *Derecho de sociedades* (Editorial Legal Publishing, 2006)

Artículos en internet

- 1) ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Responsabilidad del administrador de hecho* en El mercurio legal, 30 de mayo del 2013.
- 2) CARVAJAL ARENAS, Lorena, *La codificación del derecho comercial chileno y sus ejes- The codification of chilean commercial law and its axis*, en Revista chilena de derecho, vol.44 no.1, Santiago 2017.
- 3) HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David, *Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada* (Bogotá, Colombia, Estudio. socio-jurídico, Universidad Sergio Arboleda, 2012)
- 4) JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el Derecho Chileno*, en Revista chilena de derecho, vol.41 no.1, Santiago abr. 2014.
- 5) PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascadas*, en Revista actualidad jurídica N°32, Universidad del Desarrollo, 2015.
- 6) URBINA MOLFINO, Ignacio, Comentario de jurisprudencia “*Levantamiento del velo corporativo. Sentencia de la Corte Suprema de 2 de junio de 2009 (rol N° 1527-2008)*” en Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 1, 2011.
- 7) VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *Sobre la limitación de responsabilidad en el derecho de sociedades y su posible extensión en el contexto de la modernización*, en Revista de derecho, Valdivia, Vol. 27 N°2, diciembre 2014.

Publicaciones digitales



- 1) “SVS va a la Suprema para revertir nulidad de multa contra Pablo Alcalde”, disponible en <http://www.latercera.com/noticia/svs-va-la-suprema-revertir-nulidad-multa-pablo-alcalde>, con fecha 11 de mayo, 2017.

Jurisprudencia nacional (por orden de aparición)

- 1) Sentencia de la Corte Suprema, causa rol N° 79.071-2016, sobre reclamación de multa administrativa, caratulados “Cariola con Superintendencia de Valores y Seguros”.
- 2) Sentencia de la Corte Suprema, causa rol N° 3.389-2015 caratulado “Cuneo Solari y otros con Superintendencia de Valores y Seguros”.
- 3) Sentencia de la Corte Suprema, causa rol N° 2739-2015 caratulado “Empresa Eléctrica Pehuenche S. A. con Superintendencia de Valores y Seguros”.
- 4) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, causa rol N°230-2007.
- 5) Sentencia de la Corte Suprema causa rol N° 5483-2003 caratulada “Martínez con Santoro”.
- 6) Sentencia de la Corte Suprema, causa rol N° 1527-2008 caratulada “Consortio Allianz de Seguros Generales (actualmente AGF Allianz Compañía de Seguros Generales S.A.) con Sociedad Naviera Ultrajas Ltda. y Ultramar Agencia Marítima Ltda”.
- 7) Sentencia arbitral de primera instancia (a propósito del análisis de la teoría del levantamiento del velo societario)
- 8) Sentencia de la Corte Suprema, causa rol N° 1662-2013 caratulada “Empresa de Servicios Sanitarios del Bio Bio con Interagro Comercio y Ganado S.A”.
- 9) Sentencia de la Corte Suprema, causa rol N° 25.118-2014.

Jurisprudencia extranjera

Administrativa

- 1) España, Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución del 15 de febrero de 1999, La Ley 6684/1999.
- 2) España, Audiencia Provincial de La Coruña, Sentencia del 17 de enero de 2001.
- 3) España, Audiencia Provincial de Toledo, sentencia del 12 de mayo de 2004, AC 2004/173493.

Judicial

- 1) España, Tribunal Supremo, sentencia del 7 de junio de 1999, Ar. 4730/1999.
- 2) España, Juzgado de lo Mercantil, Palmas de Gran Canaria, N° 1, Sentencia 136 del 18 de julio de 2011, Jur. 2011/275524.