

Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas

Francisco Pfeffer Urquiaga

Profesor de Derecho Económico
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Como se sabe, el artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas, en adelante LSA, regula el procedimiento conforme al cual debe aprobarse una operación en la que un director de la sociedad tenga interés por sí o como representante de otra persona. También se la denomina operación con parte relacionada.¹

El propósito de la ley al regular un procedimiento dentro del cual deben aprobarse tales operaciones, es evitar que la existencia de un mismo interés en los dos lados de la operación permita que la aprobación de la misma se haga en condiciones diversas de aquellas en que se habría aprobado de no existir comprometido tal interés, como también que tal aprobación se haga sin que el resto del directorio conozca del interés que uno de ellos tiene comprometido en la operación.

Lo que realmente determina la aplicación del procedimiento regulado en el citado precepto es precisamente la existencia de interés del director en la operación.

El interés del director en el acto o contrato puede derivar de las relaciones patrimoniales o extrapatrimoniales que directa o indirectamente tenga con la administración, propietarios o controladores de la sociedad que será su contraparte en la operación.

De consiguiente, para determinar la aplicación y procedencia del procedimiento regulado en el artículo 44 de la LSA es necesario previamente acotar el concepto de "interés" a que se refiere el citado artículo 44 de la LSA.

¹ Es operación con parte relacionada aquella que se celebra entre la sociedad y alguna persona o sociedad con interés directo o indirecto en la operación.

A. Existencia de “interés” en la operación como supuesto de aplicación del artículo 44 de la LSA

Del tenor literal del artículo 44 de la LSA se desprende inequívocamente que es la existencia de “interés de un director” en la operación –o gerente o ejecutivo principal por aplicación del artículo 50 de la misma ley–, lo que determina la aplicación sustantiva del citado precepto.²

De no concurrir tal interés, todo el mecanismo del artículo 44 de la LSA resulta inaplicable.

El legislador no definió lo que debe entenderse por “interés en la operación”. Sólo se limitó a indicar en los incisos 2° y 11° del precepto los casos en que se presume de derecho que tal interés existe.

De acuerdo con tales presunciones, el interés existe, sin que se admita prueba en contrario para desvirtuar su presencia, en todos aquellos actos o contratos que la sociedad celebre con las siguientes personas:

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

² “Una sociedad anónima sólo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más **directores tengan interés** por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas...” (inciso 1°). “Se presume de derecho que existe **interés de un director** en toda...” (inciso 2°). “...el directorio, con abstención **del director con interés**, podrá...” (inciso 3°). “El directorio podrá acordar, con la abstención **del director con interés**, darle...” (inciso 7°). “El directorio sólo podrá pronunciarse sobre la aprobación o rechazo del acto o contrato... con la abstención **del director con interés**” (inciso 8°).

del 10% o más del capital, el cónyuge, los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o el representado del director.

7. Cuando el director o personas relacionadas con él presten asesoría para la celebración del acto o contrato.

Cuando concurre alguna de las hipótesis de hecho a que se refiere cada una de las presunciones de derecho comentadas, en que no es posible discutir acerca de la existencia del interés, el acto o contrato deberá sujetarse obligatoriamente y en todo al procedimiento del artículo 44.

Pero puede ocurrir que el director sea titular de un "interés" distinto de aquel cuya existencia se presume de derecho.³ Este interés puede derivar de las relaciones que directa o indirectamente tenga el director con la administración de las personas o sociedades que serán su contraparte de la operación o con los propietarios, administradores o controladores de esta última sociedad.

En esta última hipótesis será el director quien deberá evaluar si la situación que lo afecta es o no constitutiva de algún "interés", y si así fuere, si la entidad de éste es suficiente como para afectar de un modo determinante su decisión comercial.

Al no existir una presunción de derecho de la existencia del interés, la determinación de su existencia y la calificación de su entidad queda entregada al juicio del director.

El número 1.23 de los Principles of Corporate Governance de la American Law Institute da cuenta de una definición de director interesado que es de utilidad para precisar el concepto de director no interesado.

Dice el citado principio: "1.23. Interesado. a) Un consejero o ejecutivo esta "interesado" en una operación o acto si:"

"1. Dicho consejero o ejecutivo, o un asociado a éstos, es parte de dicha operación o acto;

"2. Dicho consejero o ejecutivo tiene una relación empresarial, financiera o familiar con una de las partes de la operación o acto y esta relación

³ Que el director no sea cónyuge, pero si conviviente o "pareja" del administrador de la sociedad con la cual contrata; que el director no sea dueño del 10% de la sociedad con la que se contrata, pero sí lo sea del 9,5%; que la pareja o conviviente del director y no el cónyuge sea el dueño del 10% o más de las acciones o derechos de la sociedad que es contraparte, etc.

induce a prever razonablemente que afecte al juicio del consejero o ejecutivo respecto de dicha operación o acto de modo desfavorable para la sociedad;

“3. Dicho consejero o ejecutivo, un asociado de éstos o una persona con quienes aquéllos tengan una relación empresarial, financiera o familiar, tiene un interés económico importante en la operación o acto (distinto de los honorarios y complementos normales y habituales de los consejeros) y ese interés y (si existe) dicha relación inducen a prever razonablemente que afecte al juicio del consejero o ejecutivo de forma desfavorable para la sociedad; o

“4. Dicho consejero o ejecutivo está sometido a la influencia determinante de una de las partes de la operación o actuación o a una persona que tenga un interés económico importante en la operación o actuación, y dicha influencia dominante puede inducir a prever razonablemente que afecte al juicio del consejero o ejecutivo respecto de la operación o actuación de manera desfavorable a la sociedad”.⁴⁻⁵

De consiguiente, en los casos en que el director se encuentre en una situación distinta de aquella que sirve de base para que la ley presuma de derecho la existencia del interés, la determinación de si tal situación es o no constitutiva de interés y la calificación de su entidad e importancia y la

⁴ El concepto de “Asociado” aparece también definido en el mismo Código. El Principio número 1.03 dice: “a) “Asociado” significa:

1.A) El cónyuge (o padres o hermanos de éste) de un consejero, alto ejecutivo o accionista, o un hijo, nieto o padres (o el cónyuge de los mismos) de un consejero, alto ejecutivo o accionista, o un fideicomiso o patrimonio en el que uno de los individuos especificados en esta Subsección A) sea beneficiario sustancial; o

b) un fideicomiso o patrimonio, un incapaz, tutelado o menor del que un consejero, alto ejecutivo o accionista sea fiduciario; o

2. Una persona con la que un consejero, alto ejecutivo o accionista mantenga una relación empresarial o financiera de la que pueda preverse razonablemente que pueda afectar al juicio de dicha persona respecto de la operación o actuación en cuestión de manera desfavorable para la sociedad.

b) No obstante lo expuso en 1.03 A.2, una organización empresarial no es asociado de un consejero, alto ejecutivo o accionista por el mero hecho de que el consejero o ejecutivo principal o accionista sea consejero o ejecutivo principal de dicha organización empresarial. Las organizaciones en las que un consejero, alto ejecutivo o accionista sea titular beneficiario o registrado de un máximo del 10 por 100 de cualquier clase de participación social no se presumen asociados del titular en razón de dicha titularidad, salvo que el valor de la participación para el titular induzca a prever razonablemente que pueda afectar al juicio del titular respecto de la operación en cuestión de modo desfavorable para la sociedad. Las organizaciones empresariales en las que un consejero, alto ejecutivo o accionista sean titulares beneficiarios o registrados (salvo en calidad de depositarios) de más del 10 por 100 de cualquier clase de participación social, se presumen asociados del titular en razón de dicha titularidad, salvo que el valor de la participación para el titular no induzca a prever razonablemente que pueda afectar al juicio del titular respecto de la operación o actuación en cuestión de modo desfavorable para la sociedad”.

⁵ Ambos principios son citados por el profesor Manuel Antonio Bernet Paez, en “Regulación de la Autocontratación Societaria”, artículo en imprenta.

consecuente aplicación del procedimiento del artículo 44 de la LSA, quedan entregadas a su decisión comercial.

De otro lado, la lectura detenida del inciso primero del artículo 44 de la LSA podría llevarnos a la errada conclusión de que el director no tiene la obligación de revelar o descubrir su interés.⁶ Incluso en la hipótesis de afectarle un interés cuya existencia se presume de derecho (incisos 2° y 11° del precepto).

Una hipótesis como la que se plantea en el párrafo anterior, en nuestra opinión no es sostenible. Primero, porque la ley debe interpretarse del modo que permita producir sus efectos. Sólo es posible sancionar administrativamente al director por infracción al artículo 44, como lo autoriza su inciso final, si previamente existe en la ley un deber de conducta exigible. Para que pueda haber sanción administrativa, es necesario que se quebrante un deber de conducta legal. Si no hay en la ley deber de conducta, no hay sanción posible. De estimarse que el director no tiene la obligación de descubrir y revelar su interés, quedaría sin aplicación el inciso final del citado artículo 44 de la LSA que precisamente autoriza, sin perjuicio de otros efectos, la sanción administrativa por infracción al citado precepto.

Segundo, porque el deber de lealtad que se ampara con la regulación del artículo 44 de la LSA debe entenderse complementado con las prohibiciones que, como expresión del mismo deber de lealtad, se imponen a los directores de sociedades anónimas por mandato del artículo 42 de la citada ley. El N° 1 le prohíbe “adoptar decisiones –no revelar el interés– que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terce-

⁶ Es la posición que asume, entre otros, el profesor Manuel Antonio Bernet Paez, en “Regulación de la Autocontratación Societaria”. Se afirma que en parte alguna del artículo 44 de la LSA se consagra como deber de conducta del director la obligación de revelar y descubrir el interés que lo afecta. El inciso 1° del precepto dice que la operación debe ser conocida y aprobada previamente por el Directorio. En abono de esta tesis cabe recordar que en el proyecto de ley de la Ley N° 18.046 se consagraba el deber de comunicar el posible conflicto de interés y la posterior abstención en la votación respectiva, empero, ello posteriormente no fue recogido en el texto legal. Una regulación específica sobre dichos deberes se encuentra en textos legales comparados. Así, en el artículo 2391 del Código Civil italiano se indica: “Conflicto de intereses. El administrador, que en una determinada operación tiene, por cuenta propia o de terceros, intereses en conflicto con los de la sociedad, debe dar noticia a los otros administradores y al colegio sindical, y debe abstenerse de participar en las deliberaciones referidas a esta operación. En caso de inobservancia, el administrador responde de las pérdidas que se hayan producido a la sociedad como consecuencia de la operación”. Por su parte, el artículo 127 ter. 3 de la Ley de Sociedades Anónimas española preceptúa: “Los administradores deberán comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. En caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera. En todo caso, las situaciones de conflicto de interés en que se encuentren los administradores de la sociedad serán objeto de información en el informe anual de gobierno corporativo”.

ros relacionados"; los N°s 3 y 4 le prohíben "ocultar información"; el N° 7 le prohíbe "usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados".⁷

Con todo, en el evento de que el director se encuentre en una situación de hecho distinta de aquellas que hacen presumir de derecho la existencia del interés en la operación, será aquél quien califique si tal situación es o no constitutiva de interés, en términos de que pueda razonablemente pensarse que es determinante en la toma de su decisión comercial, evento en el cual lo deberá descubrir y revelar ante al resto del directorio.

De consiguiente, en ambas hipótesis, tanto en aquella en la que el director califica en las situaciones de hecho sobre las cuales se construyen las presunciones de derecho de la existencia del interés, como aquella en que lo afecta un interés cuya existencia no encuadra en tales presunciones, es nuestra opinión que el director está obligado a descubrir y revelar tal interés.⁸

⁷ El artículo 144 de la Ley de Corporaciones del Estado de Delaware de los Estados Unidos de Norteamérica, citado por el profesor Bernet en el artículo indicado en nota 5 y que tuvo a la vista el legislador nacional al dictar el artículo 44 de la LSA, dice lo siguiente: "Los contratos o transacciones entre la corporación y uno o más de sus directores o ejecutivos, o entre la corporación referida y otra corporación, sociedad de personas, asociación, u otra organización en las cuales uno o más de sus directores o ejecutivos sean a la vez directores o ejecutivos de la corporación referida, o tienen intereses financieros, no serán nulos o anulables solamente por esta razón, o solamente debido a que el director o ejecutivo esté presente o participe en la reunión de directorio o en el comité en el cual se autoriza el contrato o transacción, o solamente debido a que su o sus votos son contados para tales propósitos, si tiene lugar cualquiera de las siguientes tres condiciones:

- a) Que sea un hecho esencial y conocido la relación o el interés que tiene ese director o ejecutivo y que el contrato o transacción sea revelado o dado a conocer al directorio o al comité, y que el directorio o el comité con buena fe autorice el contrato o transacción con el voto afirmativo de la mayoría desinteresada, aunque los directores no interesados no alcancen el quórum suficiente; o
- b) Que sea un hecho esencial y conocido la relación o interés que tiene ese director o ejecutivo y que el contrato o transacción sea revelado o dado a conocer inmediatamente a los accionistas con derecho a voto, y que el contrato sea específicamente aprobado de buena fe por el voto de los accionistas; o
- c) El contrato o transacción sea justo para la sociedad al tiempo en que es autorizado, aprobado, ratificado, por el directorio, el comité, o por los accionistas".

⁸ El Principio número 5.02 de los Principios of Corporate Governance de la American Law Institute, dice : "a) Regla General: El consejero o alto ejecutivo que participa en una operación con la sociedad cumple con el deber de fidelidad respecto de dicha operación si:

1. Proporciona la información relativa al conflicto de interés y a la operación ante la instancia de decisión de la sociedad y ésta autoriza previamente o ratifica la operación; y
2. O bien;
 - A) La operación es equitativa para la sociedad en el momento de celebrarse;
 - B) La operación es autorizada previamente, tras las informaciones relativas al conflicto de interés y a la operación por consejeros no interesados o, en el caso de un alto ejecutivo que no sea consejero, por un superior no interesado que pudiera haber concluido razonablemente que la operación era equitativa para la sociedad en el momento de dicha autorización;
 - C) La operación es ratificada, después de dichas informaciones, por consejeros no interesados que pudieran haber llegado razonablemente a la conclusión de que la operación era equitativa

De otro lado, de las presunciones a que se refieren los incisos 2° y 11° del citado artículo 44, puede inferirse que el contenido del “interés” cuya existencia gatilla la aplicación del artículo 44 de la LSA no es puramente patrimonial. Sólo en esa línea puede entenderse la presunción que se basa en la relación por matrimonio, afinidad y consanguinidad con el director.

En nuestra opinión, definitivamente el contenido del interés no es sólo patrimonial. Cualquiera circunstancia –amistad, enemistad, convivencia, influjo de un tercero, resentimiento– que pueda afectar la imparcialidad de juicio del director y que pueda traducirse en una situación que desfavorezca a la sociedad en cuyo directorio se desempeña, es constitutiva de tal interés.

Sobre el contenido extrapatrimonial del interés, el profesor Melvin Eisenberg, quien participó activamente en la elaboración de los *Principles of Corporate Governance* de la American Law Institute, critica que las leyes corporativas de su país no acojan en su reglamentación los llamados intereses extracorporativos.⁹ En su opinión, se debió seguir en este caso el test de imparcialidad que se les aplica a los jueces al momento de recusarlos. Así, si un juez ha sido amigo por un largo tiempo de una de las partes, dama de honor en su boda, o bien, padrino de uno de sus hijos, el juez debería recusarse debido a que su imparcialidad podría razonablemente ser cuestionada. Así, continúa este autor, puede ser que los directivos que adopten la decisión de celebrar el contrato no tengan intereses económicos en el negocio. Sin embargo, pueden estar decidiendo sobre un contrato en que una de las partes es un compañero de trabajo, con quien pueden tener importantes lazos de amistad.¹⁰⁻¹¹

De consiguiente, el análisis que debe hacer el director para determinar si lo afecta o no un interés, ha de considerar cualquier factor o circunstancia, no sólo de contenido patrimonial, que razonablemente pueda ejercer una influencia determinante en la decisión comercial que deberá adoptar y que pudiera ser desfavorable a la sociedad en cuyo directorio se desempeña.

para la sociedad en el momento de su celebración;

D) La operación sea autorizada previamente o ratificada después de dicha declaración, por accionistas no interesados y no constituya una dilapidación de activos sociales en el momento de la autorización o ratificación por los accionistas;

E) Carga de la prueba. La carga de la prueba corresponde a quien cuestione una operación entre un consejero o alto ejecutivo y la sociedad, salvo cuando dicha persona demuestre que no se cumple lo previsto en las Subsecciones a), 2.B), 2C) y 2D), en cuyo caso corresponde al consejero o ejecutivo la carga de la prueba que la operación era equitativa para la sociedad”.

⁹ Bernet Paez., ob. cit.

¹⁰ Bernet Paez., ob. cit.

¹¹ Cary, William, y Eisenberg, Melvin, *Corporations, Cases and Materials*, Foundation Press, 7ª Edition, Nueva York, 1995.

Tampoco coincidimos con quienes han sostenido que el interés del director y cuya existencia gatilla la aplicación del procedimiento del artículo 44 de la LSA, debe ser contrario o contrapuesto al de la sociedad que será su contraparte en la operación.

Desde luego, el citado precepto en parte alguna plantea esta exigencia. Sólo exige para activar el procedimiento que exista interés. Y si la ley no lo hace, no puede el intérprete plantearla con el propósito de limitar la eficacia y amplitud de la disposición.

En los casos en que el director se encuentre en alguna de las hipótesis de hecho en que la ley presume de derecho la existencia del interés, es evidente que la obligación del director es revelarlo y descubrirlo, sin que pueda esgrimir como argumentación, para no hacerlo, que el interés no es contrapuesto al de la sociedad. Admitir esta posibilidad, nos conduciría a la nula aplicación de la misma disposición, ya que se caería siempre en la difícil tarea de calificar si el interés es o no contrapuesto al de la sociedad. ¿Quién decide si el interés es o no contrapuesto? ¿acaso debe ser el mismo director con interés? Si es el director quien decide por sí y ante sí que el interés que lo afecta no es contrapuesto, es él mismo quien resuelve no cumplir con los requisitos del artículo 44, lo que es jurídicamente una aberración.

De este modo, en aquella hipótesis la sola existencia de interés de un director en la operación –sea o no contrapuesto al de la sociedad– le impone el deber de descubrirlo y revelarlo y determina que la sociedad sólo pueda celebrar actos o contratos cuando “dichas operaciones sean: (i) conocidas y aprobadas por el directorio; y (ii) se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado”.

De otro lado, si al director lo afecta una circunstancia distinta de aquellas que sirven de base para que la ley presuma de derecho la existencia del interés, la calificación de si tal circunstancia es o no constitutiva de interés, en los términos ya explicados, es una cuestión que queda entregada al criterio del director, sin que deba influir en tal calificación la consideración de que tal circunstancia podría no ser contrapuesta al interés social. Si en esta hipótesis el director estima que la circunstancia que lo afecta es constitutiva de interés, su obligación es revelar y descubrir tal interés, sin que le sea lícito esgrimir como argumentación para no hacerlo, que tal interés no es contrapuesto al de la sociedad.

Por último, para que el directorio quede en condiciones de evaluar si la operación que pretende realizar con otra sociedad en la que uno de ellos tiene interés se ajusta o no a condiciones de equidad similares a las que imperan en

el mercado, es esencial que aquel conozca del interés del director en toda la operación, en cada una de sus partes y en todos sus detalles.

De consiguiente, cualquier interés que afecte a un director, tanto en el caso de encontrarse en alguna de las hipótesis de hecho que sirven de base para presumir su existencia, como en aquellas en que no califica en tales circunstancias, pero que éste estima es constitutivo de interés, sea o no de carácter patrimonial y sea o no contrapuesto con el de la sociedad con la que se realizará la operación, obliga al director a revelar y descubrir tal interés, para que, a su vez, el directorio cumpla con su obligación de aprobar previamente tales operaciones.

B. “Interés en la operación” derivado del concepto de parte relacionada y como supuesto de aplicación del artículo 44 de la LSA.

El artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, en adelante LMV, precisa que son relacionadas con una sociedad las siguientes personas:

i) Las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad. Por su parte, el artículo 96 de la LMV señala que grupo empresarial es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza 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. Precisa que forman parte de un mismo grupo empresarial:

- a) Una sociedad y su controlador;
- b) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último, y
- c) Toda entidad que determine la Superintendencia considerando la concurrencia de una o más de las siguientes circunstancias:
 1. Que un porcentaje significativo del activo de la sociedad está comprometido en el grupo empresarial, ya sea en la forma de inversión en valores, derechos en sociedades, acreencias o garantías;
 2. Que la sociedad tiene un significativo nivel de endeudamiento y que el grupo empresarial tiene importante participación como acreedor o garante de dicha deuda;

3. Que la sociedad sea miembro de un controlador de algunas de las entidades mencionadas en las letras a) o b), cuando este controlador corresponda a un grupo de personas y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial, y
4. Que la sociedad sea controlada por uno o más miembros del controlador de alguna de las entidades del grupo empresarial, si dicho controlador está compuesto por más de una persona, y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial.

ii) 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. 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. 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. La sociedad en comandita será también coligada de una anónima, cuando ésta pueda participar en la designación del gestor o en la orientación de la gestión de la empresa que éste ejerza.

iii) Quienes sean directores, gerentes, administradores o liquidadores de la sociedad, y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, y

iv) 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. Acuerdo de actuación conjunta es la convención entre dos o más personas que participen simultáneamente en la propiedad de una sociedad, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas controladas, mediante la cual se comprometen a participar con idéntico interés en la gestión de la sociedad u obtener el control de la misma.

La Superintendencia podrá establecer mediante norma de carácter general, que es relacionada a una sociedad toda persona natural o jurídica que por relaciones patrimoniales, de administración, de parentesco, de responsabilidad o de subordinación, haga presumir que:

1. Por sí sola, o con otras con quienes tenga acuerdo de actuación conjunta, tiene poder de voto suficiente para influir en la gestión de la sociedad;
2. Sus negocios con la sociedad originan conflictos de interés;
3. Su gestión es influenciada por la sociedad, si se trata de una persona jurídica, o
4. Si por su cargo o posición está en situación de disponer de información de la sociedad y de sus negocios, que no haya sido divulgada públicamente al mercado, y que sea capaz de influir en la cotización de los valores de la sociedad.

No se considerará relacionada a la sociedad una persona por el solo hecho de participar hasta en un 5% del capital o 5% del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones, o si sólo es empleado no directivo de esa sociedad.

Todas las hipótesis descritas en los párrafos anteriores presentan un denominador común. Los directores de sociedades que son relacionadas entre sí pueden llegar a tener la capacidad de influir o determinar decisivamente la voluntad de las dos partes de una operación. El director puede encontrarse bajo la influencia determinante de su contraparte en la operación. El interés del director de la sociedad que va a contratar o de la sociedad con vínculos de propiedad o perteneciente a un mismo grupo empresarial, puede no ser favorable para la sociedad por la que se actúa, pero el administrador o la sociedad puede llegar a tener el poder de administración para materializar la operación, en desmedro del interés societario que debe prevalecer como expresión de la buena fe contractual.

Pero como ya se ha dicho en lo que antecede, sólo la concurrencia del interés cuya existencia se presume de derecho determina la aplicación obligatoria del procedimiento del artículo 44 de la LSA.

Si la contraparte de la sociedad en que se desempeña el director es persona relacionada con éste, en los términos antes descritos, pero sin que ello califique en las hipótesis de hecho que sirven de base a las presunciones de

derecho de los incisos 2° y 11° del citado artículo 44 de la LSA, la calificación de la existencia y de la entidad del interés que determina la aplicación del procedimiento regulado en tal precepto queda entregada al criterio del director.

Dicho en otros términos. Sólo cuando coincida el concepto de “persona relacionada” definido en los párrafos anteriores con las hipótesis de hecho sobre las cuales se construyen las presunciones de derecho, como ocurre por ejemplo con las letras c) y d) del artículo 100 de la LMV, es obligatorio seguir el procedimiento del artículo 44 de la LSA. Cuando ello no ocurra, será el director el que deberá calificar si la relación –interés– que mantiene con la persona o administración de la sociedad que será su contraparte o con los propietarios o controladores de ésta última, es o no constitutiva de interés, en términos de tener o no la capacidad de influir decisivamente en su decisión de negocios, en orden a llegar a desfavorecer a la sociedad de la cual es director.

Con todo, como ya se ha dicho en lo que antecede, si el director estima que lo afecta un interés diverso de aquel cuya existencia se presume de derecho, es su obligación revelarlo y descubrirlo ante el directorio, para que este sujeto la aprobación de la operación al procedimiento del artículo 44 de la LSA.

C. “Interés en la operación” derivado de la relación matriz-filial-coligada y como supuesto de aplicación del artículo 44 de la LSA

Como se sabe, la exigencia que impone la norma del artículo 89 de la LSA, de que las operaciones en ella indicadas deberán observar condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, está destinada a evitar perjuicios en una de las sociedades participantes de la operación, al tener una de ellas la capacidad de influir en las decisiones de su contraparte. En todos los casos indicados en la norma citada, las personas y entidades se encuentran en condiciones de determinar o influir en la formación de la voluntad colectiva de la sociedad y la de su contraparte.

Las hipótesis a que se refiere el artículo 89 de la LSA son las operaciones que se celebran:

1. Entre sociedades coligadas, o sea, contratos celebrados entre dos sociedades cuya propiedad pertenece en un 10% o más a otra persona.
2. Entre una sociedad matriz y sus filiales.

3. Entre las sociedades filiales.
4. Entre las filiales con las sociedades coligadas.
5. Las que realice una sociedad anónima abierta, ya sea directamente o a través de otras entidades pertenecientes a su grupo empresarial, con sus personas relacionadas, definidas en la Ley 18.045.

La sola circunstancia de concurrir a su otorgamiento algunas cualesquiera de las entidades que se indican en el citado precepto, aunque no existan directores con interés, determina su condición de operación con parte relacionada, debiendo, en consecuencia, verificarse en condiciones de equidad similares a las que prevalecen en el mercado.

Pero como ya se ha dicho en lo que antecede, sólo la concurrencia de un interés cuya existencia se presume de derecho, en los términos indicados en los incisos 2° y 11° del artículo 44 de la LSA, determina el carácter vinculante y obligatorio para el directorio del procedimiento indicado en el citado precepto para aprobar la operación en que tal interés exista y de que sean partes algunas cualesquiera de las entidades mencionadas en el artículo 89 de la LSA.

Si se celebra una operación entre sociedades coligadas o entre cualesquiera de aquellas indicadas en el artículo 89 de la LSA, pero el director de una de ellas no califica en alguna de las hipótesis de hecho que sirven de base para presumir la existencia de un interés que lo afecte, la aprobación de tal operación bajo el procedimiento del artículo 44 de la LSA quedará entregada al criterio del director, ya que en este caso la determinación de si tal circunstancia es o no constitutiva de interés, en los términos expuestos, será una cuestión que deberá resolver el director.

De consiguiente, en esta última hipótesis el director deberá calificar si la circunstancia que lo afecta es o no constitutiva de interés, en orden a que podría razonablemente influir en su decisión comercial en desmedro de la sociedad en la que se desempeña, caso en el cual estará obligado a revelar y descubrir ese interés. En esta hipótesis la operación deberá aprobarse conforme al procedimiento del artículo 44 de la LSA.

Por el contrario, si el director estima que la circunstancia que lo afecta no es constitutiva de interés, en los términos ya explicados, y no se encuentra en ninguna de las hipótesis de hecho que hacen presumir la existencia del mismo, en tal caso no debe aplicarse el procedimiento del artículo 44, pero la operación deberá hacerse igualmente en condiciones de equidad similares a las que existan en el mercado, por aplicación del artículo 89 de la LSA.

D. Efectos derivados para el director del incumplimiento de la obligación de revelar y descubrir el interés

Como se sabe, la infracción de las exigencias del artículo 44 de la LSA en la materialización de una operación con interés de un director no afecta la validez de la misma. Además de las sanciones penales y administrativas, se hace responsable al director de indemnizar los perjuicios causados y de restituir los beneficios percibidos.

En los casos en que la existencia del interés del director se presume de derecho –incisos 2° y 11° del artículo 44– y aquél no revele ni descubra las circunstancias de hecho sobre las cuales se construyen las presunciones de derecho, el director queda obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados y a restituir a la sociedad los beneficios que para él, sus parientes y relacionados hubiere originado la operación.

En esta hipótesis, se invierte la carga o peso de la prueba y será el director el que deberá acreditar que el acto o contrato se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de negociación reportaron beneficios a la sociedad, salvo que la operación hubiere sido aprobada por junta extraordinaria de accionistas.

De otro lado, si al director lo afecta una situación distinta de aquellas que sirven de base para presumir de derecho la existencia del interés, y éste estima que tal circunstancia es constitutiva de interés, su obligación es revelar y descubrir tal interés. Si no lo hace, es nuestra opinión que se coloca en la misma situación en que se encuentra el director a quien se presume de derecho la existencia del interés en la operación, esto es, será el director el que deberá acreditar que el acto o contrato se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de negociación reportaron beneficios a la sociedad, salvo que la operación hubiere sido aprobada por junta extraordinaria de accionistas.

Por último, si el director no se encuentra en las hipótesis de hecho sobre las cuales se presume de derecho la existencia del interés y estima que la situación que lo afecta no es constitutiva de interés, quien lo demande por estimar que la operación debió ajustarse al procedimiento del artículo 44 de la LSA –porque estima que la situación que afecta al director sí es constitutiva de interés–, deberá ser él quien asuma el peso o carga de probar que el acto o contrato no se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de negociación originaron perjuicios a la sociedad.



E. Conclusiones

1. Es operación con parte relacionada aquella que se celebra entre la sociedad y alguna persona o sociedad con interés directo o indirecto en la operación.

2. El interés en el acto o contrato puede derivar de las relaciones patrimoniales o extrapatrimoniales que directa o indirectamente tenga la persona o sociedad con la administración, propietarios o controladores de la sociedad que será su contraparte en la operación.

3. Cuando concurre alguna de las hipótesis de hecho a que se refiere cada una de las presunciones de derecho de los incisos 2° y 11° del artículo 44 de la LSA, en que no es posible discutir acerca de la existencia del interés, el acto o contrato deberá sujetarse obligatoriamente y en todo al procedimiento del citado artículo 44.

4. En los casos en que al director lo afecte una circunstancia distinta de aquellas cuya existencia la ley presume de derecho, la calificación de su entidad e importancia y la consecuente aplicación del procedimiento del artículo 44 de la LSA, quedan entregadas a su decisión.

5. Tanto en aquella hipótesis en la que el director califica en las situaciones de hecho sobre las cuales se construyen las presunciones de derecho de la existencia del interés, como aquella en que lo afecta una circunstancia cuya existencia no encuadra en tales presunciones y que aquel califica como interés, el director está obligado a descubrir y revelar tal interés.

6. El contenido del interés que puede afectar al director no es sólo patrimonial. Cualquiera circunstancia –amistad, enemistad, convivencia, influjo de un tercero, resentimiento– que pueda afectar la imparcialidad de juicio del director y que pueda traducirse en una situación que desfavorezca a la sociedad en cuyo directorio se desempeña, es constitutiva de tal interés.

7. No se requiere que el interés cuya existencia determina la aplicación del procedimiento del artículo 44 de la LSA, en las dos hipótesis a que se refieren estas notas, sea contrapuesto al de la sociedad.

8. Si la contraparte de la sociedad en que se desempeña el director es persona relacionada con éste, en los términos descritos en la ley, pero sin que ello califique en las hipótesis de hecho que sirven de base a las presunciones de derecho de los incisos 2° y 11° del citado artículo 44 de la LSA, la

determinación de si esa circunstancia es o no constitutiva de interés y que determina la aplicación del procedimiento regulado en tal precepto, queda entregada a la decisión del director.

9. Si se celebra una operación entre sociedades coligadas o entre cualesquiera de aquellas indicadas en el artículo 89 de la LSA, pero el director de una de ellas no califica en alguna de las hipótesis de hecho que sirven de base para presumir la existencia de un interés que lo afecte, la aprobación de tal operación bajo el procedimiento del artículo 44 de la LSA quedará entregada a la decisión del director, debiendo, en todo caso, ajustarse a condiciones de equidad similares a las que habitualmente existen en el mercado.

10. Tanto en la hipótesis en que el interés se presume de derecho como en aquella en que el director determina que la situación que lo afecta es constitutiva de interés, se invierte el peso de la prueba en contra del director. Si estima que la situación que lo afecta no es constitutiva de interés, quien lo demande por estimar que la operación debió ajustarse al procedimiento del artículo 44 de la LSA deberá ser quien asuma el peso o carga de probar que el acto o contrato no se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de negociación originaron perjuicios a la sociedad.