

# **El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado**

**Enrique Alcalde Rodríguez**

Profesor de Derecho Civil  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

El presente artículo aborda la temática referida al concepto de *interés social* y su estrecha relación con la *causa* de la sociedad anónima, así como las vinculaciones que existen entre ambas nociones y su proyección en el ámbito de funcionamiento de este tipo societario.

Como se procurará demostrar a partir de las líneas que siguen, pensamos que la noción de *causa* aplicable al contrato de sociedad y su relación con la autonomía privada, como principio rector en el plano de la contratación, permiten, en gran medida, explicar la solución que debe seguirse frente a los conflictos de interés que se susciten durante la existencia de una sociedad anónima, posibilitando una labor de *interpretación e integración* de las exigencias que reclama el tráfico jurídico y económico cuando nos enfrentamos –según ocurre a diario– con aquellas hipótesis en que se presenta una colisión entre los intereses particulares y el interés de la propia sociedad o compañía.

Definir qué se entiende por interés, desde una perspectiva jurídica, no resulta una tarea sencilla, ora porque se incurre en generalidades que poco o nada indican respecto del real contenido de esta noción, ora porque la delimitación de su sentido y alcance necesariamente supone adherir a una específica concepción, no sólo respecto de la materia especial que analizamos, sino que en torno a la configuración misma de los derechos subjetivos.

En un sentido amplio, y por lo mismo excesivamente genérico, el interés puede ser entendido como la legítima aspiración que posee un sujeto en orden a que un determinado bien le sirva de medio para satisfacer una cierta necesidad. Pese a la amplitud de sus términos, una tal aproximación nos permite destacar desde ya uno de los elementos esenciales al concepto, cual es el que consiste o trasunta la idea de una cierta "relación" entre un sujeto de derecho y un objeto o bien determinado.<sup>1</sup> Dicha relación, para los fines que interesan, es "jurídica", en cuanto el bien u objeto de que se trata es considerado, por el Derecho, como el medio apto o adecuado para que su titular se encuentre en condiciones de obtener el beneficio que este mismo bien está llamado a prestar.

Si analizamos, ahora, los términos y características de la "relación" que subyace en el concepto de interés, podremos colegir que, supuesta la existencia de una pluralidad de sujetos (socios), la sociedad puede ser considerada como un medio para satisfacer una necesidad que es común a todos ellos o, bien, como un instrumento que es funcional a las aspiraciones de sólo uno o algunos o incluso de terceros ajenos a la estructura misma de la sociedad, como los trabajadores, proveedores, consumidores o el propio Estado. Independientemente que tal objetivo o aspiración "individual" sea, en sí mismo, legítimo o no, o que la consecución del mismo se halle en contradicción o en armonía con las aspiraciones de los restantes socios (y en este sentido interés "común"), llamaremos al primero "interés social" y al segundo, "interés particular".

En la doctrina comparada se ha debatido largo tiempo en torno al contenido del llamado "*interés social*". Como bien apunta un autor, el estudio retrospectivo de las distintas teorías acerca del interés social formuladas desde comienzos de este siglo, constituye el reflejo de la constante polémica que desde entonces se ha suscitado respecto de las características cualitativas del derecho societario. Se trata, en definitiva, de determinar si es éste un ordenamiento instrumental que provee un catálogo de fórmulas jurídico-organizativas para el desarrollo de actividades en común, o si, al contrario, es una normativa dotada de una función ordenadora de índole política, económica y social. Bajo la primera perspectiva, la sociedad comercial, como organización técnico-jurídica de colaboración, reviste carácter funcional-subjetivo, en cuanto se trata de una fórmula destinada a normar los intereses individuales de la pluralidad de personas que la integran. Por lo mismo, la regulación de la incidencia que el desarrollo de la actividad empresarial, que constituya el objeto social, tenga en la estructura económica general y el amparo de la pluralidad de intereses que ella comprenda, han de corresponder a las disciplinas específicas, tratándose de aspectos

---

<sup>1</sup> Conforme lo precisa Roimiser, desde una perspectiva científica, el interés asume relevancia cuando adquiere significado objetivo, es decir, que sale de la esfera psíquica, e indica la existencia de una relación jurídicamente relevante entre un sujeto y una entidad idónea, desde el punto de vista valorativo, para satisfacer una necesidad. ROIMISER, Mónica, *El Interés Social en la Sociedad Anónima*, Depalma, Buenos Aires, 1979, págs. 2 y 3.

extrasocietarios por su naturaleza. Desde la segunda óptica, el instituto accionario es un instrumento al servicio de un sistema político-económico integral cuya regulación comprende la tutela de intereses públicos. Sobre esta base, la empresa se nos revela como una categoría autónoma portadora de intereses plurales y heterogéneos, desplazando al concepto de actividad empresaria y convirtiéndose en la cédula madre del régimen societario, que asume así una dimensión netamente política.<sup>2</sup>

A fin de simplificar la exposición del tema, recordemos que en torno al concepto de "interés social" se han postulado básicamente dos grandes teorías, siendo en este sentido conocidas las discusiones entre quienes postulan a su respecto una noción inspirada en las doctrinas "institucionalistas" y aquellos que defienden un criterio basado en los principios "contractualistas"; y, en fin, algunos para los cuales resulta incluso estéril intentar siquiera elaborar una definición en la materia.<sup>3</sup>

Cada una de estas aproximaciones al concepto exhibe, a su vez, diversas opiniones, algunas inconciliables entre sí, pero que presentan como denominador común un intento por describir su contenido esencial. Dentro de las corrientes *contractualistas*, las hay desde aquellas que reducen el interés social a la mera sumatoria de los intereses individuales del conjunto de accionistas, hasta aquellas que lo identifican con el interés que representa la mayoría de los socios. En todo caso, lo particular y distintivo de esta posición consiste en situar el tema en la estructura misma de la compañía, concibiendo dicho interés como uno de los elementos que integran o forman parte del contrato de sociedad. Por la inversa, las doctrinas *institucionalistas* entienden la sociedad anónima como un instrumento al servicio de la organización social, en cuyo modelo y evolución compete una participación activa a la autoridad. Una perspectiva como ésta tiende naturalmente a confundir el "interés social" con los objetivos que poseen otros actores de la comunidad –v.gr. trabajadores, consumidores, proveedores, acreedores y público en general–, pudiendo, en el extremo, incluso llegar a desdibujarse mediante su identificación con las exigencias derivadas del "interés nacional".

Pensamos que nuestro ordenamiento jurídico, según se verá más tarde, adhiere a una concepción *contractualista* de la sociedad, de lo cual resulta evidente que el concepto de interés social necesariamente dice relación con los intereses de quienes son partes en el contrato, es decir, los propios accionistas, y con exclu-

<sup>2</sup> ROIMISER, op. cit., págs. 3 y 4.

<sup>3</sup> En este último sentido apunta, v.gr. Etcheverry, que "un interés perteneciente a "todos" los socios es difuso, no homogéneo y frecuentemente se alude a él para establecer el concepto objetivo de interés social. Ya dijimos que materializarlo es una entelequia." ETCHEVERRY, Raúl, *Algunas reflexiones sobre la contraposición de intereses en el ámbito de la dirección de las sociedades anónimas*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Depalma, Buenos Aires, 1984, pág. 450.

sión de otros sujetos que puedan interactuar con la sociedad, por legítimos que sean sus intereses y por mucho que se vean afectados por las decisiones adoptadas por aquella. De igual modo, es evidente que en el seno de una compañía confluyen múltiples intereses entre sus diversos accionistas, algunos de los cuales, incluso, pueden haber sido determinantes para consentir en la asociación, v.gr. ejercer influencia o control en la gestión de la sociedad o participar en la determinación del grado de riesgo de la actividad social. Tales intereses, supuesta su licitud, cuentan también con la protección y amparo legislativo. No obstante, tal circunstancia, así como el hecho de tratarse de intereses que se poseen en cuanto socios, no constituyen el interés social. En efecto, la misma expresión "social" en cierta forma nos revela que para calificar como tal debe tratarse de un interés compartido por todos los socios, un interés que les es común y que conduce, a todos ellos, con independencia de sus otras motivaciones personales o individuales, a constituir la sociedad o bien ingresar a ella.

Creemos que cuando el legislador regula el contrato de sociedad, obviamente se representa qué es aquello que determina que las partes recurran a esta forma jurídica asociativa, cuál es la voluntad presunta –o "causa"– de los contratantes, aquella finalidad que todo socio persigue por el mero hecho de ser tal y es, por tanto, común y compartida por cualquier accionista. A nuestro juicio, la respuesta no es otra que el objetivo de desarrollar, en conjunto, una cierta actividad en vistas de repartir entre sí los beneficios pecuniarios que de ello provengan. Por tal razón, y siendo éste el fin común, presumible en cualquier socio medianamente razonable, tal objetivo debe ser respetado por cualquier accionista, aun en desmedro de sus propias aspiraciones individuales, por legítimas que sean si se las analiza en sí mismas.

A partir de lo expuesto, se concluye que la noción de "interés social" posee una significación *objetiva* –y por tanto, independiente o ajena a las motivaciones personales o psicológicas de los accionistas– que se traduce en la consecución del *lucro* o utilidad *de la misma* sociedad, considerando, para ello, y entre otros factores, su plazo de vigencia y los riesgos inherentes al giro de actividad que desarrolla.<sup>4</sup> Así entendido, el *interés social* viene a condicionar aquello que se debe ejecutar, o abstenerse de ejecutar, a fin de satisfacer la función *típica* de esta figura contractual, y corresponde a aquello que hallándose comprendido dentro del objeto social, sea adecuado o apto para que los accionistas aumenten las utilidades provenientes del giro y disminuyan el riesgo de pérdidas, respondiendo así a una finalidad que es compartida por los mismos.

---

<sup>4</sup> Tal concepto ya lo adelantamos en ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Relaciones entre el Interés Social y el Interés Personal de los Directores de una Sociedad Anónima", *Revista Actualidad Jurídica*, N° 5, 2001. En nuestro medio jurídico, aunque sin entrar a mayores fundamentaciones sobre la base de nuestra legislación positiva, parecen adherir a nuestra opinión ZEGERS, Matías, y ARTEAGA, Ignacio, "Interés Social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, N° 2, 2004, pág. 267.



Considerando nuestra definición precedente, es posible apreciar la muy estrecha relación que existe entre el interés social, por un lado, y el *objeto social* y la *causa* del contrato, por el otro.

Aun cuando algunos han pretendido identificar el objeto social con el interés social,<sup>5</sup> ambas nociones son claramente diversas y deben diferenciarse a fin de no incurrir en equívocos. El *objeto o giro social* se refiere a la actividad concreta que los socios se han propuesto ejecutar a fin de que la persona jurídica obtenga los beneficios que más tarde se distribuirán entre sí. Por lo mismo, el objeto dice relación con el *medio o instrumento* que se destina a la consecución del interés social.

Adicionalmente, el objeto social cumple un rol fundamental a la hora de entender o no configurado un *conflicto de interés* y aplicar a su respecto una sanción, especialmente cuando se trata de configurar un aprovechamiento indebido de oportunidades comerciales que corresponderían a la sociedad. En este sentido, los comportamientos que impliquen privilegiar un interés particular en desmedro del interés social, sólo serán reprochables o, incluso antes que eso, constitutivos de una hipótesis de *conflicto*, en la medida que el negocio de que se trate pertenezca a la categoría de aquellos comprendidos dentro del giro o actividad (objeto) que compete a la sociedad. Así, por ejemplo, si un administrador, v.gr. director o gerente de una sociedad inmobiliaria, decide acometer por sí mismo un negocio de transporte público, no cabe plantear situación de conflicto alguno con la sociedad. Ocurre, pues, que atendida la naturaleza contractual que cabe atribuir a la sociedad anónima, aquello que los socios convengan en materia de *objeto* permite tanto establecer el espectro de actividades susceptibles de ser realizadas al margen de la sociedad, como determinar qué tipo de actividades o negocios pueden serles exigidos a los administradores –y cuáles tienen ellos la facultad de realizar– en orden a satisfacer las exigencias que impone la noción de interés social.

Por otra parte, es innegable que la sola enunciación del contenido que asignamos al concepto de interés social deja de manifiesto la muy estrecha relación que existe entre éste y la *causa* del mismo contrato. En efecto, si entendemos por aquél la finalidad que todos los socios persiguen obtener mediante su vinculación a través de la sociedad, fácil será identificar dicho objetivo común con la *causa final* del contrato que la origina.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, ROIMISER, op. cit., págs. 52-60.

<sup>6</sup> Sin perjuicio de lo dicho, conviene insistir en el hecho de que la noción de interés social no se agota en la mera referencia a esta finalidad que es participada por la totalidad de los accionistas, toda vez que tal objetivo común (*generación de utilidades que después serán distribuidas*), cuando se acomete a través de una sociedad, debe realizarse, necesariamente, de un modo específico y determinado, cual es la explotación o desarrollo del giro u *objeto social*.

Para la doctrina italiana, que concibe la causa de un contrato como la *función económico-social* que lo caracteriza,<sup>7</sup> independiente de las motivaciones individuales que puedan haber inspirado a las partes, la finalidad que anima a todos los socios es la obtención de beneficios que luego se repartirán conforme a su participación en el capital social o en la forma que lo hayan convenido. En palabras de *Carnelutti*, seguido en esta parte por *Brunetti*, "la causa del acto es el interés que el agente trata de realizar con el acto mismo. Este interés estimula la voluntad mediante un complejo psíquico que es en cierta manera la proyección sobre la pantalla mental de la situación final en la que el acto se resuelve anticipadamente a su realización. La causa está contenida, por tanto, en el ejercicio en común de una actividad económica para dividir las utilidades, en la comunión de fin calificada. Precisamente por eso los medios patrimoniales pertenecen al conjunto social, cuya actividad está dirigida a la consecución del intento común".<sup>8</sup>

A nuestro juicio, el derecho toma en cuenta esta realidad o, si se quiere, este objetivo *presunto*, para efectos de regular el contrato de sociedad y otorgarle su configuración típica; él constituye el fundamento y punto de partida de un conjunto de disposiciones y normas –algunas incluso de orden público–, entre las cuales se encuentran, precisamente, aquellas referidas al interés social y a la forma de enfrentar y resolver la temática referida a los conflictos de interés.

En nuestro medio, pese al muy escaso tratamiento que se ha dado a la materia, existen connotados comercialistas que se oponen a la doctrina recién reseñada. Así, por ejemplo, *Puelma* estima incompatible sus postulados con los principios que deben aplicarse conforme a nuestro propio ordenamiento jurídico, sosteniendo que "nuestra legislación positiva exige en todo acto o contrato una causa real y no presunta. La concurrencia del requisito de la causa real y lícita, entonces, debe examinarse con respecto a cada uno de los socios fundadores. Si ella consiste exclusivamente en la expectativa de obtención de beneficios sociales, será menester, en tal caso, aplicar lo que sostiene *Brunetti*, pero ello no nos habilita para dejar de examinar la problemática de la existencia de otras concausas con relación a un mismo socio fundador y la posible concurrencia de causa ilícita respecto de alguno de los socios."<sup>9</sup>

<sup>7</sup> BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1ª ed., s/a., pág.143. Cariota Ferrara lo precisa diciendo: "La causa exigida por el derecho no es el fin subjetivo, cualquiera que éste sea, perseguido por el contratante en el caso concreto (que entonces no sería pensable ningún negocio sin causa), sino que es la función económico-social que el derecho reconoce como relevante para sus fines", CARIOTA FERRARA, Luigi, *El Negocio Jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, pág. 487. A su turno, Pietrobon expresará que la causa, como elemento esencial del contrato, viene a ser la finalidad jurídica, objetiva y técnica que vitaliza el negocio; es la razón esencial del contrato, que corresponde a la finalidad perseguida por el mismo según su especial naturaleza. Así las cosas, la causa integra una finalidad inmediata e inherente al acto jurídico, siempre idéntica en cada tipo de negocio. PIETROBON, Vittorino, *El Error en la Doctrina del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 500.

<sup>8</sup> Carnelutti, citado por BRUNETTI, Antonio, *Sociedades Mercantiles*, T. II, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, pág.117.

<sup>9</sup> PUELMA ACCORSI, Alvaro, *Sociedades*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, págs. 122 y 123.

Creemos que la crítica expuesta se fundamenta en una errada interpretación acerca de aquello que nuestro ordenamiento entiende por *causa* y, en particular, respecto del requisito relativo a la “*realidad*” de la misma a que alude el art. 1467 del Código Civil.

Para refutar la crítica de *Puelma*, se hace necesario, primeramente, recordar que de acuerdo a nuestro Código Civil, es la sociedad misma, es decir, el contrato, el que debe tener una causa (art. 2057 del CC), así como el hecho de que la causa es el “*motivo que induce al acto o contrato*” (art. 1467 del CC). Enseguida, el legislador nacional ha precisado que no es necesario que el autor de un acto jurídico o las partes de una convención *expresen* la causa, esto es, el motivo que los induce al acto o contrato. Y creemos que ello es así porque, al configurar la *causa*, nuestra ley atiende, en primer lugar, a un motivo jurídico o abstracto, a un *interés jurídicamente protegido*, que es precisamente el que *presume* en el acto o contrato de que se trata; y dado que lo presume, resulta innecesario *expresarlo* en el pertinente acto o contrato. En efecto, y siguiendo a *Vial*, pensamos que la norma en cuya virtud no es necesario expresar la causa se explica en razón que la ley presume que todo acto o contrato tiene una causa, constituida por los motivos que *normal y ordinariamente* inducen a celebrar las diversas especies o tipos de actos jurídicos.<sup>10</sup> Y tales motivos normales u ordinarios no son otros que la función que el legislador atribuye a cada contrato al momento de tipificarlo. Por lo mismo, la ley no puede sino suponer que el motivo que induce a la celebración del acto jurídico es lícito, en el sentido de que no se opone ni contraviene a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

Ahora bien, dicha causa y su licitud –ambas supuestas por el legislador– pueden no ser coincidentes con el motivo individual, principal y directo que realmente se tuvo en consideración para celebrar un acto jurídico. Tal discrepancia no tiene, en la mayor parte de los casos relevancia; salvo que el motivo individual sea ilícito, es decir, prohibido por la ley o contrario a las buenas costumbres o al orden público.<sup>11</sup> De esta suerte –concluye el citado autor– cada vez que se alegue la ilicitud de la causa, corresponde al juez indagar por el motivo individual que indujo a celebrar el acto jurídico. Este es el motivo (o *causa*) *real*, que puede ser lícito o ilícito, a diferencia del motivo *presunto*, que siempre es lícito.

<sup>10</sup> Por ejemplo, frente a un contrato de compraventa, la ley presume que las partes tuvieron como motivo principal y determinante para su celebración, la necesidad del vendedor de procurarse dinero y la necesidad del comprador de obtener la cosa. VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 208.

<sup>11</sup> En este sentido, Santoro Passarelli anota que los motivos adquieren relevancia jurídica e influyen sobre la validez y la eficacia del negocio solamente si penetran en la estructura negocial y pueden penetrar en ella llegando a ser una modalidad del negocio, en los límites que consienta la causa. Fuera de esta hipótesis de su voluntaria inserción en la estructura del negocio, los motivos no son nunca tomados en consideración por la ley cuando concurren rectamente a determinar la voluntad, sino sólo –y excepcionalmente– cuando la voluntad esté desviada, más precisamente, cuando el motivo sea erróneo o ilícito. SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 210.

Aplicando tales conceptos al específico tema que nos ocupa, y al tenor de lo prevenido por el art. 2053 del CC, ese motivo que la ley presume en todo contrato de sociedad, y que para los socios constituye su "causa", es *la mira de repartir entre sí los beneficios que provengan* de los aportes que a su vez se obligaron a efectuar en común. Ello, naturalmente, no obsta a que las motivaciones personales de algunas de las partes no se condigan con esa causa presunta (que, para emplear expresiones de la moderna doctrina italiana, viene a ser la *función socio-económica* del contrato). En tal evento, el juez estaría facultado para establecer que el motivo que la ley presumió (*repartir entre sí los beneficios derivados del giro*) no es la *causa real*, entrando luego a determinar si la verdadera causa, es decir, el motivo individual, principal y directo que indujo efectivamente a contratar, es o no lícito a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

De lo visto se deduce también que siendo la sociedad un contrato de tracto sucesivo, el fin, función típica o causa presunta del contrato constituye un parámetro permanente para velar porque el comportamiento de las partes se ajuste a esa función típica, que es precisamente aquella que cautela el Derecho. La noción de "interés social" permite, así, por un lado "objetivizar" la causa del contrato y, por el otro, identificar cuál es el *interés jurídicamente protegido* en este contrato, de modo tal que sea exigible un respeto por la función típica del contrato, al tiempo que se puedan corregir las desviaciones en caso de abusos. Adicionalmente, una vez que la causa se "objetivizó" a través de la noción de interés social, una y otro, "fusionados", por así decirlo, para un aspecto o consideración específico, pasan a ser un límite para las finalidades personales de los accionistas, sirviendo para juzgar sus actuaciones "en concreto" y no ya teóricas (en las que difícilmente habrá desacuerdo).

A nuestro juicio, el concepto de interés social que adopta nuestro legislador sigue claramente los postulados que sirven de fundamento a las doctrinas *contractualistas* que se han planteado en torno al mismo. Por de pronto, nuestro Código Civil adhiere a dicha inspiración ya en la definición misma de sociedad, tipificándola como un *contrato* (art. 2053). Coincidente con ello, su artículo 2061 reconoce los diversos tipos sociales: civiles y comerciales; colectivas, en comanditas y *anónimas*, dando para todas ellas una definición común, conforme con la cual, "*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*", formando una "*persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*".

Atendido el hecho que se trata de una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, es evidente que la propia sociedad (e indirectamente los socios), es titular de *intereses jurídicos protegidos*. Y el fin o interés

(o "*mira*", en el lenguaje de Bello) de la (y de *toda*) sociedad, no es otro que la obtención de utilidades en la explotación de su giro y la participación de los socios en ellas a través de la proporción que les compete según sus estatutos (art. 2068). Por lo mismo, para nuestro legislador, dado que *los socios se obligan a poner algo en común con miras a repartir las utilidades* respectivas (art. 2053), resulta claro que el interés social consiste en la obtención de dicho lucro; lucro que proviene, según precisamos, de la explotación o giro de la misma sociedad y que, en razón de ello, es un interés *común* a todos los accionistas. Confirma, a nuestro juicio, esta concepción del interés social, la norma contenida en el artículo 2091 del mismo Código Civil, cuando expresa que: "Los productos de las diversas gestiones de los socios en *interés común* pertenecen a la sociedad; y el socio cuya gestión haya sido más lucrativa no por eso tendrá derecho a mayor beneficio en el producto de ella". De este modo, el precepto transcrito nos sugiere, sin dudas de clase alguna, que es el "interés común" de los socios –y por tanto ningún interés extrasocietario (vgr. de los trabajadores, acreedores, consumidores, Estado, etc)– aquel que debe ser calificado como "interés social", siendo la misma sociedad –y por ende indirectamente los socios, a prorrata de su participación en el capital social– la que se aproveche de las gestiones que los socios realicen en calidad de tales, es decir, "en interés" de todos ellos y en el marco del objeto que ellos mismos definieron para las actuaciones de la sociedad.

Desde una perspectiva jurídica, la trascendencia práctica que deriva de este concepto se vincula con una serie de normas legales que tienen, como supuesto de las mismas, precisamente la obligación de observar una conducta que se conforme con el "interés social". Así, por ejemplo, cabe citar el caso de los denominados *deberes fiduciarios* que pesan sobre los directores y gerentes de una sociedad anónima; o la disposición que obliga a los accionistas a ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y de los demás accionistas; o bien las normas que regulan las operaciones entre entidades que forman parte de un mismo grupo empresarial, por citar sólo algunos.

Bajo la denominación de "deberes fiduciarios", suelen englobarse los deberes de *cuidado* y de *lealtad* que la ley impone a los administradores de una sociedad.

Relativamente a los primeros, el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas prescribe que "*Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios (...)*"; disposición que también se aplica a los gerentes por disposición del art. 50 de la misma ley. La directa vinculación que existe entre el citado precepto y la noción de interés social queda a nuestro juicio de manifiesto si se recuerda que los administradores de una sociedad anónima, respondiendo hasta de la culpa leve, deben cumplir sus funciones procurando satisfacer la

finalidad que ha determinado que los accionistas se organicen a través de la sociedad, esto es, maximizar las utilidades y el valor de la respectiva compañía. Es por ello, también, que la *tasa* o *medida* para juzgar si un director o gerente ha cumplido diligentemente con su función se traduce, en definitiva, en determinar si su conducta ha pretendido efectivamente conformarse con esta necesidad o interés que les es común a todos los accionistas.

Por igual consideración, si abordamos el tema desde el punto de vista del propio director o gerente, el mismo concepto de interés social representa una *garantía* para él en el sentido que para ejercer debidamente el cargo, goza de la autonomía e independencia necesarias para adoptar todas aquellas acciones que, a su juicio, respondan a su obligación de procurar este objetivo participado por todos los socios. De ahí también la importancia de insistir en la relación que existe entre el interés social y el *objeto social*, en cuanto a que los administradores de la sociedad encuentran en este último elemento los “medios” o “instrumentos” a los cuales pueden lícitamente recurrir –sin que pueda exigírseles echar mano de otros– a fin de obtener el lucro perseguido por los accionistas.

Tratándose del *deber de lealtad*, también resulta evidente la vinculación que existe entre el ejercicio del cargo de director o gerente y la noción de interés social. Ello, desde el momento que la ley les obliga a preferir este último en aquellas hipótesis en que se presente un conflicto o colisión con su interés propio o personal. En este contexto se ubican algunas de las prohibiciones que la propia Ley de Sociedades Anónimas ha impuesto a los directores, v.gr. “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” (art. 42 N° 1); “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” (art. 42 N° 6); o, en general, “...practicar actos contrarios al... al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social” (art. 42 N° 7).

Ahora bien, a propósito del tratamiento de los denominados deberes fiduciarios, se ha dicho –y a nuestro juicio con razón– que las exigencias emanadas de su regulación legislativa corresponden, en último término, a meras aplicaciones prácticas del principio aun más general que impone a los administradores sociales la obligación de ejercitar su cargo en armonía con los requerimientos de la *buena fe* contractual. Con todo, y comoquiera que la existencia de contratos de tracto sucesivo y, además, de muy largo plazo, cuyo es el caso normal de las sociedades anónimas, hace prácticamente imposible regular exhaustivamente y de manera directa las obligaciones que los socios desean imponer a los

administradores del patrimonio común, las referencias legislativas al concepto de "interés social" se erigen así en un criterio o parámetro que sirve de guía o pauta para adoptar decisiones en materias que resultan relevantes para el curso y la vida de la sociedad. En otras palabras, desde la perspectiva que se ha comentado, la posición contractualista con la cual nos hemos aproximado al concepto de interés social permite visualizar o entender esta noción como una *cláusula general de integración contractual*, en cuanto pasa a llenar las inevitables lagunas que resultarían de seguir una técnica contractual tradicional, desempeñando el rol de principio informador en la actuación de aquellos a quienes compete no sólo administrar intereses ajenos, sino incluso ejercer derechos propios en el marco societario, sea que posean una participación mayoritaria o minoritaria en la compañía en la cual conviven. Sobre la base expuesta, se abre entonces un amplio y fecundo ámbito en el cual apreciar los efectos que derivan de recurrir al concepto de interés social, apreciando, en concreto, cómo se desenvuelve éste al momento de suplir la ausencia de una específica y explícita estipulación contractual.

Por otra parte, es sabido que, junto con el denominado "interés social", en toda sociedad conviven también los intereses "particulares" o "individuales" de sus socios o accionistas. Estos últimos, a su vez, pueden ser tanto lícitos como ilícitos, según cuáles sean las circunstancias concretas del caso a analizar. Lo cierto es que, supuesta la recta adecuación de tales intereses con el ordenamiento jurídico aplicable, ellos –en general– dejan un amplio margen a la actuación de los socios sin que su consecución se traduzca en una violación a las reglas que gobiernan un determinado tipo social. Ocurre, pues, que si bien el ejercicio del derecho de voto debe supeditarse al interés social, éste no se encuentra –ni podría estarlo– definido *concreta, precisa y unívocamente* en la ley. Por lo mismo, el interés societario no puede ser concebido en términos de imponer a los accionistas o administradores una dirección precisa y única que determine el sentido del voto. En definitiva, existe un vastísimo ámbito en el cual concurren a un tiempo una serie de alternativas distintas y dentro del cual es perfectamente legítimo optar sin que ello implique privilegiar el interés personal de un accionista por sobre el interés de la sociedad y de los socios restantes.<sup>12</sup>

En otras palabras, y desde el momento que nos situamos en la órbita del derecho privado, el interés social y su aplicación práctica necesariamente deberán ser interpretados a la luz de los principios que gobiernan esta rama jurídica y, en especial, para el tema que analizamos, conforme al principio de la *autonomía privada*.

---

<sup>12</sup> En igual sentido se pronuncia Lyon, al decir: "la doctrina dominante considera ... que son lícitos los intereses extracorporativos en cuanto no se opongan al interés social". LYON PUELMA, Alberto, *Teoría de la Personalidad*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993, pág. 210.

En este sentido, recordemos que muchas de las limitaciones que usualmente se postulan en el ámbito jurídico-económico, en desmedro de los derechos de la persona frente al poder público y sus apetitos reguladores, a menudo importan desconocer o bien confundir cuál es, primero, el origen y naturaleza de la facultad que asiste a los particulares para “autonormar” sus relaciones jurídicas, y, segundo, los límites que no ya los privados, sino que la misma autoridad, deben observar en este campo. De igual modo, y debido a la mayor sutileza que encierran sus argumentos, advertimos que existe una forma de invasión en la órbita propia de la autonomía privada que, entre todas, se revela como particularmente peligrosa. Consiste ésta en la apelación a pretendidas “razones” de “bien común” o de un supuesto “interés superior de la sociedad” –o incluso también del propio “mercado”– merced de lo cual se han llegado a vulnerar derechos esenciales de la persona, como si fuera ella, y no la sociedad o el Estado, el ser meramente “accidental”.<sup>13</sup> Todo ello, sin embargo, prescinde del imperativo que tiene el Estado –y cualquiera autoridad– de garantizar a toda persona una esfera de poderes jurídicos, que incluye una capacidad, un estado y la posibilidad de ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas subjetivas y centro aglutinador de normas.<sup>14</sup> En este contexto, son diversos y variados los hechos a los cuales cabe asignar la virtud de hacer nacer, modificar o bien extinguir una determinada relación jurídica, identificándose habitualmente como tales, la ley, el reglamento, la sentencia y la posibilidad de crear reglas de Derecho mediante los actos jurídicos que ejecutan los particulares. Son estas últimas aquellas a las cuales queremos aludir cuando hablamos de *autonomía privada*, la que entendemos, a su vez, como un poder complejo, inherente a la persona humana, y que en función de su capacidad natural de autodeterminarse para la obtención de sus fines existenciales, debe serle reconocido por el ordenamiento jurídico con el objeto que se halle en condiciones de disponer de los derechos subjetivos e intereses jurídicamente protegidos de que es titular, así como de generar y regular los efectos jurídicos que derivan de su actuación en sociedad.

Desde que se comprende, pues, que el Derecho debe manifestarse como un cauce que permita a la persona alcanzar sus fines naturales –tanto en su esfera individual como en la referida a la sociabilidad que le es propia– cabe también reconocer la facultad que a ella asiste para crear *reglas* jurídicas. Y tal poder le pertenece de un modo *originario*, en el sentido que no se trata de una concesión graciosa que le puede haber asignado la autoridad estatal, sino que de una potestad emanada de su propia personalidad, vale decir, inherente a su misma condición de persona. Todavía más. La propia definición de persona

<sup>13</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los Principios Generales del Derecho*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, pág. 203.

<sup>14</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, “El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. N° 17, N° 2, 1990, pág. 320.

y el rol que le corresponde en el ámbito jurídico también ha de serle reconocido desde una perspectiva originaria. En armonía con tal predicamento, ciertamente elocuente es el texto del artículo 5° de la Constitución Política, el cual, directamente y sin eufemismos, prescribe que *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*; derechos estos a partir de los cuales es posible colegir, a su turno, un conjunto de principios que concretizan una efectiva protección de la persona.

En un sentido “institucional”, la autonomía privada se erige en un *principio general de derecho*, toda vez que el respeto a la persona y el reconocimiento de sus fines determinan su misma existencia, siendo dentro de este marco donde el hombre puede realizarse plenamente, constituyendo, además, un deber del Estado contribuir a crear las condiciones sociales que así lo permitan (art. 1° de la C. P. de la Rep.). Por tal razón, la supresión de la autonomía privada como principio general de derecho llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en un puro instrumento de la comunidad. También debido a ello, destaca su rol de criterio inspirador de la labor interpretativa, con lo que se quiere significar que todas las normas jurídicas deberán interpretarse en la forma que resulte más conforme al principio general y de modo que aquellas que representen una excepción a él reciban siempre una aplicación restrictiva.<sup>15</sup>

En lo que se refiere a sus múltiples manifestaciones, la autonomía privada encuentra un cauce natural de expansión y desarrollo, aunque no el único, en el ejercicio de la iniciativa que asiste a los particulares en materia económica. De ahí, entonces, que el constituyente, junto con explicitar su primacía (art. 1° de la C. P. de la Rep.) y restringir la intervención estatal en este plano (art. 19 N° 21, inc. 2° de la C. P. de la Rep.), haya también consagrado una garantía individual destinada a asegurar una de las formas concretas en que ésta se expresa. (art. 19 N° 21, inc. 1° de la C. P. de la Rep.). Tal vez su principal paradigma viene a ser la libertad contractual, la cual se revela como la vía que en mejor medida permite que los particulares participen en la creación del Derecho, generando y a la vez regulando sus relaciones jurídicas, al tiempo que con ello se fomenta una mayor aceptación y prestigio de aquél dentro de la comunidad.

---

<sup>15</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I (1989), Tecnos, Madrid, pág. 391. A este mismo respecto, Rescigno observa que “el reafirmar la autonomía de los sujetos privados y la libertad como “el principio” o “la regla” del sistema no es, sin embargo, un planteamiento puramente ideal, privado de valor práctico”, toda vez que su sentido concreto radica en que “las limitaciones, singularmente y consideradas en su conjunto, son la excepción y, por lo tanto, no pueden ser introducidas o extenderse fuera de las materias y de los casos en los que son previstas”. Citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El Supuesto de la denominada “Autonomía de la Voluntad”, en *Instituciones de Derecho Privado, “Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios”*, Palestra Editores, Lima-Perú y Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2000, pág. 228.

No obstante lo comentado en precedencia, constatamos que en muchas ocasiones –y particularmente en el ámbito de la regulación legal de las sociedades anónimas– en aras de buscar una reglamentación administrativa “justa y equilibrada”, las normas cuya fuente debiera estar radicada en la autonomía privada se ven peligrosamente desplazadas, de suerte que ésta “ya no tendría que respetarse por estar íntimamente vinculada a la naturaleza de la persona como ente racional y libre, sino en cuanto sirva a los fines o intereses de la colectividad”.<sup>16</sup> Asimismo, y como lo destaca *Rodríguez Grez*, constituye un hecho el que en algunos sectores impera aún un marcado interés por la ingeniería social, recurriendo, para satisfacerlo, a una nutrida legislación reglamentaria y a nuevos intentos por introducir el dirigismo contractual, lo cual también se ha traducido en una tendencia a restringir la esencial función interpretativa de los jueces.<sup>17</sup> Como resultado de ello, ya casi no asombra ver cómo en ocasiones se invocan, prescindiendo de su real contenido y efectos, conceptos cuyo solo nombre parece otorgar “patente de corso” para configurar violaciones a principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico. Una de estas nociones es, precisamente, la del *orden público económico*, la cual, presentada en ocasiones con contornos vagos e inciertos, suele ser esgrimida por autoridades regulatorias como argumento para justificar la total o parcial abolición de aquellos. Se olvida así, primeramente y entre otras cosas, que “el concepto de orden público económico que consideró el constituyente dice relación claramente con los derechos de las personas frente al Estado y jamás podría convertirse en un medio para impedirles e imponerles condiciones, exigencias y cortapisas fundadas en consideraciones administrativas discrecionales”.<sup>18</sup>

Fácil será advertir que si se acepta el alcance que atribuimos al concepto de “orden público económico” y, en armonía con éste, la proyección de los principios y garantías ya mencionados, toda normativa de derecho privado deberá también ser objeto de exégesis a la luz de las exigencias constitucionales que se comentan. A este respecto, bien destaca *Alexy* que los derechos fundamentales regulados en una Constitución cumplen dos funciones centrales en el ordenamiento. Por un lado, son susceptibles de atribución individual, en tanto derechos subjetivos, y, por el otro, de atribución objetiva, en cuanto parte de la “norma básica material de identificación de normas” y, en tal función, guía

<sup>16</sup> Díez-Picazo y Gullón, op. cit., pág. 393. En un sentido similar se pronuncia también DE CASTRO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (1971), Madrid, pág. 15.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, “Interpretación, Creación y Desviación en el Proceso de Generación de las Normas”, Ponencia presentada en el Congreso sobre “Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos”, realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991.

<sup>18</sup> FELIÚ S., Olga, “El Ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios”, *Revista Actualidad Jurídica*, Año I, N° 1, enero 2000, pág. 83. Para un mayor análisis de los principios que integran la noción de “orden público económico” pueden verse FERMANDOIS V., Arturo, “El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980”, *Ius Publicum* N° 4 (2000), y RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, “Principios Constitucionales del Estado Empresario”, *Revista de Derecho Público*, Vol. N° 62, 2000, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.



para la *producción e interpretación* de las restantes normas del ordenamiento.<sup>19</sup> De ahí también que tales principios no sólo adquieran vigencia tratándose de las relaciones “autoridad – particular”, sino que posean también una dimensión *horizontal*. Por lo mismo, si la autonomía de la voluntad arranca de la Constitución y debe ser ejercida conforme a ella, “es acertado sostener que la regla matriz que rige el obrar de los particulares, especialmente en sus relaciones *entre sí*, es que puedan hacer y pactar cuanto no se encuentre expresamente prohibido”.<sup>19</sup>

Desde el punto de vista del funcionamiento de la economía, particularmente en aquella que asigna una función esencial al mercado, es innegable la trascendencia que debe atribuirse al contrato en general y, de un modo especial, a la libertad contractual.<sup>20</sup> La frustración de esta libertad, originada tanto en razón de prohibiciones legales como debido a una excesiva regulación, implica desperdiciar posibilidades de mayor bienestar económico y sólo debe aceptarse, por tanto, cuando concurren sólidas razones que justifiquen incurrir en el costo que tal frustración ineludiblemente acarrea.<sup>21</sup> Bajo esta perspectiva, *Butler*

<sup>19</sup> Citado por FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Constitución y Autonomía de la Voluntad*, “Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello”, T. II, VVAA, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Lexis-Nexis, Santiago, 2005, pág. 1250

<sup>20</sup> Según destaca Barros, el derecho de los contratos favorece una justa ordenación de las relaciones económicas, desde el momento que se traduce en “una relación entre dos o más personas que no se determina según la voluntad de una sola de ellas o de una autoridad, sino conjuntamente por los contratantes de acuerdo con una voluntad común, de modo que el contrato no sólo está determinado autónomamente, sino, además, heterónomamente” (Schmidt – Rimpler). BARROS B., Enrique, “Derecho y Moral. Consideraciones a propósito del Derecho Civil y Penal de los Contratos”, *RDJ*, T. LXXX, N°2, 1983, pág. 55. En otra parte, el citado autor apunta: “Si se revisa la historia del derecho privado y del derecho penal, se comprueba que, llevada al extremo, la idea que subyace al positivismo jurídico es errónea. Que los contratos deban cumplirse; que se deba reparar el daño causado injustamente a terceros; que se deba responder por los hurtos o por las violaciones, no es el resultado de una voluntad imperativa y altamente aleatoria del titular del poder político, sino que responde a una tradición jurídica que se ha mostrado como correcta” (pág. 51).

<sup>21</sup> A fin de apreciar lo que se viene diciendo, imaginemos el siguiente ejemplo: Las partes que están dispuestas a efectuar aportes a una sociedad lo hacen sobre la base de que obtendrán una mayor contraprestación, rendimiento o utilidad mediante la realización de tales aportes que a través del uso de los recursos que los componen en forma individual o en otras actividades. El potencial de la sociedad como mecanismo jurídico para la asignación de recursos a sus actividades más productivas requiere que los titulares de tales recursos cuenten con los instrumentos legales necesarios para tal asignación. Así, por ejemplo, el titular de una patente puede desear explotar la inversión objeto de la misma mediante su aporte a una sociedad, debido a que existen otros socios potenciales con mayor capacidad de comercialización que el dueño de la patente, y a que tales socios potenciales no están dispuestos a realizar el gasto inicial que supondría comprar la patente. Puede ocurrir, sin embargo, que si se impone un límite al valor del aporte de la patente, a efectos de su cómputo como parte del capital social, y *no se permite que acciones con preferencia en el voto y en la distribución de utilidades compensen ese menor valor artificialmente imputado a la patente*, las partes utilicen otros mecanismos jurídicos para vincularse o prescindan totalmente de su vinculación. Así, por ejemplo, puede ocurrir que el dueño de la patente no está dispuesto a aportarla a una sociedad en la que no cuenta con el control de los órganos de gobierno. *En tal caso, las relaciones entre las partes no se estructuran de forma de permitir el uso más económico de sus recursos*. La patente será explotada directamente por su titular, aunque con un rendimiento menor que la explotación irrestricta en sociedad, perjudicando así a ambas partes. Ejemplo tomado de CABANELLAS, Guillermo, *Derecho Societario*, T. I, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, págs. 57 y 58.

apunta que los economistas han comenzado a comprender recientemente la naturaleza económica de la sociedad anónima; tanto así que en los últimos quince años la teoría económica de la empresa ha pasado de la lucha con la identificación de las condiciones económicas que conducían a la formación de éstas, a la disertación sobre sofisticadas cuestiones concernientes a las relaciones intraempresarias. Como consecuencia de esta evolución, los economistas han llegado a ver la empresa como una "conexión de contratos" entre los participantes de la organización, lo cual, a su vez, ha dado origen a la teoría contractual de la sociedad anónima.<sup>22</sup> Dicha teoría entiende que la sociedad anónima está fundada en un contrato privado, donde el rol del Estado se limita a hacer cumplir las convenciones. Por ello, el otorgamiento de la personalidad jurídica por el Estado sólo reconoce la existencia de una "conexión de contratos" denominada sociedad anónima, limitándose a asegurarle a cada contrato así conectado la misma protección legal y constitucional que a otros contratos ejecutables, como a garantizar también la libertad contractual necesaria para que las partes tengan la posibilidad de estructurar sus relaciones a voluntad. Con respecto a esto último, es razonable suponer que las partes de la interconexión de contratos que conforman una empresa se anticipen a los numerosos problemas asociados con la especialización, delegación, producción en equipo y relaciones de representación. De este modo, la libertad contractual permite a las partes estructurar sus relaciones de manera tal de mejorar la mayoría de los costos de representación inherentes a las grandes empresas. Y es también por ello que al definir los derechos, las normas constitutivas de una sociedad anónima desempeñan una función análoga a la de una constitución privada, de manera que las empresas pueden modificar algunos aspectos del derecho societario que les es aplicable, alterando las normas sobre constitución o reglamentos para adecuarlos a sus necesidades específicas. En este sentido, la conveniencia de ciertas normas de derecho societario debe evaluarse en función de las características de cada empresa en particular bajo examen, lo cual determina, tanto desde un punto de vista práctico como teórico, que sólo las partes contratantes pueden conocer el conjunto de normas que resulta más apropiado para las circunstancias. En definitiva –y en palabras del mismo autor– la teoría contractual ofrece una nueva perspectiva de la sociedad y del rol del derecho societario. La sociedad no es, en ningún sentido, un objeto de custodia del Estado, sino, más bien,

---

<sup>22</sup> A propósito de la perspectiva expuesta, Embid Irujo destaca el protagonismo adquirido en los últimos años por las tendencias "desreguladoras", orientadas, en lo esencial, a reducir el ámbito del derecho imperativo, y a aumentar, por consiguiente, el protagonismo de la autonomía de la voluntad. En atención a criterios y hechos diversos, entre los que destacan la globalización de la economía y la divulgación del análisis económico del derecho, con su visión de la empresa como una red de contratos, no puede desconocerse que, aunque de origen anglosajón, esta corriente desreguladora encuentra como estímulo la amplia disconformidad suscitada por el considerable incremento del derecho imperativo a la hora de establecer el régimen de la sociedad anónima. EMBID IRUJO, José Miguel, "Autonomía de la Voluntad, Estatutos Sociales y Derecho de Sociedades de Capital", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 32, N<sup>o</sup> 185-188, Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 212 y 213.

el producto de contratos entre los propietarios y otras personas. Una vez que este punto es aceptado completamente por los legisladores de los Estados y los analistas y operadores jurídicos, la forma societaria se librará finalmente de cadenas legales innecesarias e intrusas.<sup>23</sup>

Según se ha dicho, a la luz de nuestro ordenamiento constitucional y legal –y no sólo por consideraciones de *lege ferenda*– la sociedad anónima debe ser analizada desde una perspectiva “contractualista”,<sup>24</sup> lo cual encierra una evidente trascendencia jurídica y práctica. Si se estima, como nosotros postulamos, que la sociedad anónima –incluso en el supuesto que se trate de aquellas sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores– mantiene la naturaleza jurídica de un contrato, reconociéndosela, al mismo tiempo, como un mecanismo eficaz para la mejor utilización de los recursos, mayor será entonces el ámbito de aplicación y proyección de la autonomía privada a sus respetos.

Volviendo ahora a nuestro análisis en torno al concepto de “interés social”, constatamos que dentro de los cuerpos normativos que, en materia de conflictos de interés, consulta la legislación nacional, ha sido nuestro decimonónico Código Civil el primero en emplear la expresión “interés social” –v.gr. art. 2112– regulando explícitamente algunos casos en los cuales puede existir colisión entre dicho interés y el interés particular de determinados socios o bien de los mismos administradores de la compañía.

Como quiera que, según hemos visto, nuestro legislador –con mayores o menores matices– continúa considerando la sociedad anónima como una figura de carácter contractual,<sup>25</sup> y teniendo además presente que los preceptos de ambos códigos (civil y comercial) rigen supletoriamente a esta última –en cuanto no se opongan a su especial configuración típica– creemos necesario revisar, en primer lugar, los principios que en esta materia se aplican a los tipos societarios por ellos regulados, para enunciar, enseguida, las disposiciones especiales que se consultan en la normativa general que rige a las sociedades anónimas.

---

<sup>23</sup> BUTLER, Henry, “La Teoría Contractual de la Sociedad Anónima” (Traducido del inglés por la Dra. Ana Di Lorio), *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1993-A, Editorial Depalma, Buenos Aires (artículo publicado originalmente en “George Mason University Law Review”, vol. II, 4, pág. 99), págs. 17 y 18 y págs. 42-45.

<sup>24</sup> Lo que en modo alguno se opone a que algunos, v.gr. Messineo, precisen que la naturaleza jurídica de la sociedad se aviene más con la de un acto colectivo que con la figura de un contrato. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pág. 296. De hecho, y según veremos, para los efectos que serán analizados en esta obra y, fundamentalmente, en relación con la problemática que plantean los conflictos de intereses, la referida distinción (acto colectivo o contrato) no se traduce en consecuencias de importancia.

<sup>25</sup> De hecho, la disposición del art. 2061 del CC sigue aún vigente, incluyendo explícitamente entre las especies de sociedad a la anónima.

## A) Principios contenidos en el Código Civil

Por de pronto, cabe recordar que dada la naturaleza contractual de la sociedad, las obligaciones que de ella emanan para sus diversas partes deben sujetarse al principio de la buena fe. Dicho principio, al decir de *Fueyo*, constituye un estándar jurídico, un patrón de conducta indicativo “de la orientación que el derecho pretende dar al individuo en sus “relaciones individuales”. De un modo aun más general, el mismo autor precisa: “Cuando el principio se dirige a la “conducta”, la buena fe en su esencia es imperativo de corrección, lealtad, honestidad, cumplimiento, sinceridad, moralidad y apego a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. Cuando el principio se dirige a la “norma”, ésta se interpreta, se integra o se crea con el auxilio del principio general de la buena fe, en cumplimiento de los fines del Derecho. Cuando se dirige a las decisiones, la autoridad –juez o no– obrará como corresponde”.<sup>26</sup>

Como es sabido, nuestro Código Civil se limita a reglamentar las sociedades colectivas civiles, partiendo de la base, primeramente, de tratarse de una sociedad de personas y, enseguida, del hecho que en ella generalmente existirá una identificación entre los socios, por un lado, y los administradores, por el otro. Con respecto a esto último, debe recordarse que conforme al artículo 2071, “la administración de la sociedad colectiva puede confiarse a uno o más de los socios, sea por el contrato de sociedad, sea por acto posterior unánimemente acordado”; previéndose que si nada se ha estipulado en relación al punto, “se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar” (artículo 2081).

A consecuencia de la identificación que existe entre la calidad de socio y el rol de administrador de una sociedad colectiva, es evidente que la posibilidad de conflictos tiende a minimizarse, toda vez que aquella se traducirá, normalmente, en una conciliación natural entre los intereses de que se es titular en carácter de socio y aquellos que se posean en tanto administrador de esos mismos intereses. Ello, sin perjuicio de la plena vigencia del principio general de la buena fe (art. 1546) que pesa sobre los socios en cuanto son partes de un mismo contrato.

Ahora bien, siendo el principio general el que los administradores se miren como *mandatarios* de los socios, gran parte de los conflictos que puedan suscitarse en este ámbito encontrarán, a su vez, un criterio de solución en las disposiciones que rigen el mandato. En este sentido, debe recordarse que el Código Civil entró derechamente a regular los eventuales casos en que pudieran concurrir, a un mismo tiempo, intereses del mandante y del mandatario que fueren opuestos entre sí. En esta línea apuntan, por ejemplo, las normas

<sup>26</sup> FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, págs. 159 y 166.

que se contienen en los artículos 2144, 2145, 2146 y 2147. Las disposiciones citadas, atendida la relación existente entre los socios y la administración, son aplicables, *mutatis mutandis*, a las vinculaciones a que en esta materia da origen la sociedad colectiva.

En lo que respecta a los actos de administración de la sociedad y las facultades que en este ámbito la ley reconoce al administrador, resulta también elocuente la coincidencia entre las disposiciones que rigen el mandato y las aplicables a la sociedad. Así, por ejemplo, conforme al artículo 2131, “el mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar actos de administración” y, en armonía con ello, el artículo 2077, aplicable al contrato de sociedad, prescribe que “El socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato, y en lo que este callare, se entenderá que no le es permitido contraer a nombre de la sociedad otras obligaciones, ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones, que las comprendidas en el giro ordinario de ella”.

Por otra parte, y dado que si la administración se ha conferido a uno o más socios en el acto constitutivo de la sociedad las facultades que de ella emanan forman parte de las condiciones esenciales del contrato, el interés social puede incluso afectar la libertad del socio administrador para renunciar o no a su función. Así, de manera similar o análoga a lo que ocurre con respecto al mandatario (art. 2167), la ley consagra limitaciones para dicha renuncia (art. 2072), en cuanto entiende que puede afectar el interés *común* de los socios y la consideración que tuvieron en vista al momento de contratar; remitiéndose, además y expresamente, a las reglas del mandato ordinario cuando se trate de la renuncia del administrador que se ha designado como tal en un acto posterior a la constitución de la sociedad (art. 2074).

Relativamente a los conflictos que puedan suscitarse entre los socios, no ya con la administración que algunos ejerzan, sino que en su calidad de tales, también nuestro Código Civil se hace cargo de regular los eventuales conflictos, privilegiando siempre el interés social por sobre el interés individual, por legítimo que fuere, que posean los mismos. Como demostración de ello pueden citarse las disposiciones referidas a la renuncia de un socio, la que por regla general no produce efecto si la sociedad “se ha contratado por tiempo fijo, o para un negocio de duración limitada” (art. 2108); la imputación de mala fe para la renuncia que se ve motivada en el hecho de “apropiarse de una ganancia que debía pertenecer a la sociedad” (art. 2111); o la calificación de intempestiva para aquella que, atendida la oportunidad en que se hace, resulta “perjudicial a los intereses sociales”, hallándose obligado “el socio que desea retirarse” a “aguardar para ello un momento oportuno” (art. 2112). Fundados en la misma solución ante hipótesis de evidente conflicto entre el interés personal de un socio y el interés social, el artículo 2090 expresa que

“Si un socio hubiere recibido su cuota en un crédito social, y sus consocios no pudieren después obtener sus respectivas cuotas del mismo crédito, por insolvencia del deudor o por otro motivo, deberá el primero comunicar con los segundos lo que haya recibido, aunque no exceda a su cuota y aunque en la carta de pago la haya imputado a ella”.<sup>27</sup> Bajo la misma inspiración, el artículo 2092 previene que “Si un socio que administra es acreedor de una persona que es al mismo tiempo deudora de la sociedad, y si ambas deudas fueren exigibles, las cantidades que reciba en pago se imputarán a los dos créditos a prorrata, sin embargo de cualquiera otra imputación que haya hecho en la carta de pago, perjudicando a la sociedad...”. Por último, la disposición del artículo 2091, acorde con todo lo expuesto, dispone: “Los productos de las diversas gestiones de los socios en interés común *pertenecen a la sociedad*; y el socio cuya gestión haya sido más lucrativa, no por eso tendrá derecho a mayor beneficio en el producto de ella”.

De todo lo dicho se infiere, entonces, que los conflictos de intereses a que den lugar las relaciones que tengan entre sí los socios de una sociedad colectiva o bien éstos con la administración de la misma, deben resolverse conforme a principios o parámetros que implican salvaguardar la prevalencia del interés social –entendido como el interés “común” de los socios– por sobre el personal o individual de los socios. Asimismo, y en lo que respecta a la colisión entre dicho interés común y el interés de quienes ejercen la administración de la sociedad, el legislador ha previsto principios del todo similares a los que rigen para las partes que se hallan vinculadas mediante un contrato de mandato, lo que también supone privilegiar el interés por cuya cuenta se actúa y, por tanto, ajeno, antes que el interés propio.

Por otro lado, del análisis que ha precedido es dable colegir que el “interés social”, conforme a la noción que tenemos del mismo, es plenamente coincidente con los principios informadores que se aplican al funcionamiento de la sociedad colectiva civil en nuestro propio ordenamiento jurídico. En efecto, mediante las disposiciones que reglamentan la eventual confrontación entre los intereses de un socio y los demás, o bien entre los intereses de un socio y el administrador, queda claro que el interés prevaleciente es aquel que todas las partes tienen en “común” (la consecución del lucro por intermedio de la sociedad) y que su satisfacción debe alcanzarse precisamente mediante “*gestiones hechas en el interés común*”, es decir, a través del desarrollo o explotación del *objeto social* (giro ordinario). Como fácilmente se puede apreciar, con lo anterior no hacemos sino reproducir las notas distintivas que, algunas líneas atrás, hemos destacado para este concepto.

<sup>27</sup> Dicho precepto, a juicio de Colin y Capitant, constituye una elocuente manifestación del principio general en la materia, formulado como la “Subordinación del interés particular de un socio al interés social”. COLIN, Ambrosio, y CAPITANT, Henry, *Curso Elemental de Derecho Civil*, T. IV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949, pág. 619

## **B) Principios contenidos en el Código de Comercio**

De manera aun más explícita que nuestra legislación civil, el Código de Comercio se pronuncia directamente sobre las más comunes hipótesis de conflicto que pueden surgir en las relaciones de los socios entre sí y entre éstos y la administración. Sin embargo de ello, debe tenerse presente que los principios que respecto de esta misma materia consagra el Código Civil, pueden también recibir aplicación tratándose de sociedades mercantiles, no sólo en razón de su generalidad, sino que en virtud de la vigencia supletoria que los primeros poseen con respecto a la legislación comercial.

Aun cuando, en lo substancial, nos hallemos en presencia de unos mismos principios, para efectos de orden nos referiremos, separadamente, aunque de un modo sucinto, a los distintos tipos societarios que reglamenta el Código de Comercio.

### **a) Sociedades colectivas**

Partiendo de la misma base que subyace en la reglamentación de las sociedades civiles, esto es, la coincidencia que en general existe entre los sujetos que son propietarios de la sociedad y aquellos que ostentan la administración de sus intereses comunes, el Código de Comercio ha venido a precisar algunos de los conceptos que ya expresara su homónimo civil.

Los principios rectores que informan las soluciones a seguir en caso de confrontación entre el interés particular de un socio y el interés común o social se hallan consagrados en la norma del artículo 404 del Código de Comercio, que enumera determinadas *prohibiciones* que afectan al socio de la sociedad colectiva mercantil. De un modo especial, cabe destacar, para el efecto que nos interesa, las siguientes prohibiciones:

“2. Aplicar los fondos comunes a sus negocios particulares y usar en éstos de la firma social.

El socio que hubiere violado esta prohibición llevará a la masa común las ganancias, y cargará él solo con las pérdidas del negocio en que invierta los fondos distraídos, sin perjuicio de restituirlos a la sociedad e indemnizar los daños que ésta hubiere sufrido.

Podrá también ser excluido de la sociedad por sus consocios”.

“4. Explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad, y hacer sin consentimiento de todos los consocios operaciones particulares de

cualquiera especie cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio.

Los socios que contravengan a estas prohibiciones serán obligados a llevar al acervo común las ganancias y a soportar individualmente las pérdidas que les resultaren”.

Del precepto citado es posible desprender a lo menos dos consecuencias de importancia.

(i) Primeramente, ratifica lo que se ha venido sosteniendo a lo largo de estas notas en orden a que nuestro legislador, basándose en una concepción “contractualista” del interés social, lo identifica con el interés *común* de los socios, el cual debe a su vez satisfacerse mediante la explotación de las operaciones que se hallen comprendidas dentro del objeto social.

(ii) En segundo lugar, contempla una prohibición especial en lo referido a los negocios que puede desarrollar un socio y que impliquen una competencia con los negocios de la sociedad de que es parte. La restricción, en este ámbito, consiste en realizar actividades que supongan explotar la misma rama de industria en que se desenvuelve la sociedad. Adicionalmente, si el objeto social se ha definido en términos generales, queda prohibido a los socios ejecutar operaciones particulares, de cualquiera naturaleza que fueren, sin la autorización de los restantes, ya que en tales casos la ley presume que su realización podría implicar una potencial competencia para con la sociedad que integra. En todo caso, y según reza el artículo 405, “los socios no podrán negar la autorización que solicite alguno de ellos para realizar una operación mercantil, sin acreditar que las operaciones proyectadas les preparan un perjuicio cierto y manifiesto”.

La situación es diversa si el giro de la sociedad cuenta con una mayor precisión, toda vez que en tales casos los socios no pueden acometer por cuenta propia los negocios particulares que fueren susceptibles de incluirse en el giro de la compañía.

La prohibición que comentamos tiene alcances aun más amplios tratándose del socio industrial, desde el momento que el artículo 406 del mismo Código le impide “emprender negociación *alguna* que le distraiga de sus atenciones sociales”. En otras palabras, respecto del socio que se ha comprometido a aportar su trabajo a la sociedad, la restricción para desarrollar negocios por cuenta propia y al margen de la sociedad rige con independencia de que tales actividades sean o no susceptibles de ser desarrolladas por la misma sociedad.

## b) Sociedades en comandita

Dado que las sociedades organizadas bajo esta modalidad se rigen, en lo que no se opongan con la naturaleza jurídica de este contrato y a las disposiciones especiales que lo regulan, por las normas aplicables a la sociedad colectiva (art. 474), a continuación sólo haremos referencia a los preceptos que modifican o precisan los principios que informan los conflictos de interés en esta última.

La principal disposición en este ámbito se encuentra establecida en el artículo 488, conforme con el cual: "El comanditario que forma un establecimiento de la misma naturaleza que el establecimiento social, o toma parte como socio colectivo o comanditario en uno formado por otra persona, pierde el derecho de examinar los libros sociales, salvo que los intereses de tal establecimiento no se encuentren en oposición con los de la sociedad". La norma transcrita difiere de los artículos 404 y 406 por diversos conceptos, siendo los más relevantes los siguientes:

(i) En primer lugar, para efectos de configurarse un conflicto de intereses no bastaría con la ejecución, por parte del socio comanditario, de una operación particular, siendo necesario a este efecto que proceda a formar un establecimiento de la misma naturaleza que el establecimiento social. Con ello, a nuestro juicio, se estaría exigiendo que las actividades que se emprendan por cuenta propia lo sean bajo una modalidad que implique un cierto grado de proyección de las mismas en el tiempo.

(ii) La sola circunstancia de formar –o integrarse– a un establecimiento de la misma naturaleza que el establecimiento social, no implica, necesariamente, dar por configurado el conflicto, toda vez que la misma norma consulta la posibilidad de que "los intereses de tal establecimiento no se encuentren en oposición con los de la sociedad".

(iii) Enseguida, se entiende que hay conflicto de intereses no sólo cuando el socio explota *directamente* un establecimiento de igual naturaleza que el social, sino que también si tal explotación se realiza a través de otra sociedad que tenga el carácter de colectiva o en comandita.

(iv) Finalmente, y en el supuesto que, verificadas las condiciones reseñadas, deba entenderse configurado el conflicto de interés, la sanción para el socio que incurre en él es también diversa que la contemplada en caso de infringirse la prohibición contemplada para los socios colectivos. En efecto, mientras en este último caso se prevé la obligación de "llevar al acervo común las ganancias y a soportar individualmente las pérdidas que les resultaren", el socio comanditario, en cambio, "pierde el derecho de examinar los libros sociales", lo que

no deja de ser grave si se recuerda que la administración, en este tipo social, pertenece al socio gestor.

### c) Principios y normas contenidos en la Ley sobre Sociedades Anónimas

Atendida la finalidad de este trabajo, nos parece que no corresponde analizar aquí las reglas referidas a los conflictos de interés en la legislación sobre sociedades anónimas, lo que excedería con mucho el propósito perseguido con estas líneas. Por lo mismo, nos limitaremos a enunciar y comentar brevemente las disposiciones particulares que dicen relación con la materia y, específicamente, con aquellos compartimientos que pueden suscitar un conflicto con el *interés social*.

Para efectos de mera sistematización, es posible distinguir, por una parte, entre aquellos preceptos que se refieren directamente a los conflictos que pueden suscitarse entre accionistas y, por la otra, aquellos que miran la vinculación que se da entre la sociedad y sus administradores y en los cuales existe el riesgo de observar una conducta contraria al interés social. En relación con los primeros, los criterios básicos que informan la materia se encuentran, principalmente, en los artículos 30, 39, 89 y 93 de la LSA..

Relativamente a las hipótesis de colisión de intereses entre el interés social y el interés particular de un director o gerente, las disposiciones más relevantes se contienen en los artículos 42 y 44 de la misma ley. El primero de los citados consulta diversas prohibiciones a que se encuentra afecto un director, así como los gerentes, conforme a la remisión que se contiene en el art. 50 de la misma ley. Entre tales prohibiciones, y para los efectos que nos interesan, destacan las contenidas en los N°s 6° y 7° del referido art. 42. Tales disposiciones nos sitúan en un ámbito en el cual es susceptible de presentarse una confrontación entre el *interés social* y el interés personal de los directores, desde el momento que suponen el aprovechamiento de oportunidades comerciales que pudieren ser desarrolladas tanto por los administradores como por la compañía en la cual desempeñan su función.

Como bien señala un autor, las diversas manifestaciones que se originan a partir del deber de fidelidad pueden ser agrupadas en obligaciones positivas o de comportamiento activo, por un lado, y en obligaciones negativas o de abstención, por el otro. El núcleo de las obligaciones negativas puede, a su vez, condensarse en el siguiente principio: el administrador tiene prohibido obtener ventajas propias (o para un tercero) a costa del sacrificio de la sociedad. Dicho en otros términos, el director –o gerente, en su caso– debe abstenerse de todas aquellas actividades que, aun reportándole un beneficio, supongan, sin embargo, un daño para la sociedad y que, por consiguiente, aminoren su valor.

Una de las manifestaciones más relevantes de estas obligaciones de abstención consiste, precisamente, en no desviar las oportunidades de negocio cuando se dé aquella circunstancia. Y ello es así en razón de que el valor de mercado de una empresa viene dado, entre otros factores, por el valor actual de sus expectativas; por lo mismo, la preterición de la sociedad en la explotación de las oportunidades de negocio afecta su valor. La misma opinión hace ver que en la doctrina comparada, no obstante, suele subsumirse en la interdicción de desviar las oportunidades de negocio de la sociedad otra obligación de abstención: la prohibición de utilizar activos sociales para usos distintos de los sociales. En tal sentido, se dice por algunos que el uso por el administrador de activos sociales para la detección, desarrollo o ejecución de cualquier oportunidad de negocio en beneficio propio o de un tercero, hace que sobre ese negocio recaiga automáticamente un derecho a favor de la sociedad. Sin embargo, ello constituye un punto de vista erróneo toda vez que si bien el administrador incurre en deslealtad tanto si se desvían oportunidades de negocio como si se hace uso privado de fondos sociales, la raíz de la deslealtad es de muy distinta índole en uno y otro caso. En la primera hipótesis, sobre una cierta actividad existe originariamente un derecho de la sociedad que impide que el administrador la desvíe para sí o para un tercero y, por ello, es irrelevante si los recursos utilizados en ese comportamiento son propios del administrador, de un tercero o de la sociedad. En el segundo supuesto, en cambio, la deslealtad no deriva del hecho de que el administrador haya interferido en una oportunidad sobre la que la sociedad *ab initio* tiene un derecho, sino de la circunstancia de que se han utilizado activos sociales para propósitos distintos de los que exige la satisfacción del interés social, es decir, la obtención de beneficios para la sociedad. Por ello resulta indiferente si los activos sociales se han utilizado para la cobertura de necesidades personales o familiares o se han invertido en una operación lucrativa propia o ajena.<sup>28</sup>

Atendida la influencia que en muchos pasajes de nuestra legislación societaria y de valores ha ejercido el sistema norteamericano, estimamos oportuno hacer una breve referencia a la forma en que la jurisprudencia y doctrina estadounidense se aproximan a esta materia. De acuerdo con la opinión mayoritaria en las cortes de los Estados Unidos de América, si una determinada oportunidad de negocios es susceptible de ser aprovechada por la sociedad, entonces un fiduciario de la sociedad –tal como un gerente o un accionista controlador– no puede sacarle provecho por sí mismo o “usurparla”, salvo que se le haya dado consentimiento expreso para ello. A partir de este razonamiento, *Brudney y Clark* deducen dos consecuencias fundamentales, a saber: (i) que una oportunidad de negocio es parte del activo de una sociedad, y (ii) que los contratos mediante los cuales la persona delega el poder de administrar su propiedad a

<sup>28</sup> PORTELLANO DIEZ, Pedro, *Deber de Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de Negocio*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 23-25.

un tercero no tienen por qué enumerar todas las circunstancias en las cuales se teme que el agente así nombrado distraiga oportunidades de negocio que aparecen para la sociedad hacia su beneficio propio. No obstante, los mismos autores previenen que el problema no es tan sencillo como lo que esta rápida solución puede sugerir. No se trata tanto de saber si es legítimo que las oportunidades de negocio que se dirigen a la sociedad, en cuanto constituyen partes del activo que les incumbe administrar, sean aprovechadas por los gerentes y directores a modo de compensación por sus esfuerzos. La verdadera dificultad está ubicada "aguas arriba", al momento de determinar si la oportunidad de negocio en comento es una oportunidad que pertenece clara y especialmente a la sociedad. Para este efecto, se han propuesto dos enfoques diversos, el denominado "categórico" y el llamado "selectivo". El primero –que se estima apropiado para las sociedades anónimas "abiertas"– define la oportunidad de negocio que recae en el ámbito exclusivo de la sociedad de manera tan amplia como para "incluir todos los modos activos posibles de generar ganancias", limitando estrictamente las excepciones permitidas en beneficio de los gerentes y directores. El enfoque "selectivo" –que se propone para las sociedades "cerradas"– opta por una definición más restrictiva, en función de criterios basados en las operaciones prácticas a las cuales se refieren las oportunidades de negocio y en las necesidades y expectativas de la sociedad. El ámbito de las oportunidades fuera del alcance de los gerentes y directores depende entonces de la capacidad de dicho ejecutivo de demostrar que la oportunidad que aprovechó no cabía dentro del campo cubierto por el criterio aplicado en el caso litigioso. Asimismo y conforme a esta tesis, la distinción entre los dos tipos de sociedades mencionados ("abiertas" y "cerradas") se debe principalmente a una diferencia de tamaño y los autores citados aconsejan al legislador tener presente ambos contextos al momento de redactar los textos que regirán las sociedades. Tratándose de sociedades abiertas, se postula que las reglas del derecho de sociedades que definen las relaciones entre los accionistas entre sí mismos y el equipo administrador de la sociedad, constituye algo similar a un "contrato estándar", en el cual los actores que desempeñan los papeles de accionista, director, y de alto ejecutivo están automáticamente de acuerdo por el simple hecho de asumir estos roles. Por la inversa, la idea que los participantes de la sociedad debiesen ser considerados como celebrando voluntariamente un "contrato estándar", o un marco prefijado de roles y relaciones, se considera que tiene mucho menos relevancia en las sociedades cerradas.<sup>29</sup>

Ahora bien, desde la perspectiva de nuestra legislación positiva, planteada que fuere una situación concreta en la cual un mismo negocio pueda ser emprendido directamente por el director (o por una persona relacionada a él), o bien por la sociedad, la ley *no obliga* al primero a que necesariamente sacrifique o

<sup>29</sup> BRUDNEY, Víctor, y CLARK, Robert, *A New Look at Corporates Opportunities*, Harvard Law Review, Vol. 94, 1981, págs. 998-1017.



postergue su propio interés en beneficio de la segunda. Ello debido a que la conducta ilícita, consistente en hacer prevalecer el propio interés antes que el social, únicamente se configura si concurren las siguientes *condiciones*:

a) Que la oportunidad de negocio de que se trate sea susceptible de quedar comprendida dentro del *giro u objeto social*.<sup>30</sup> Ello es así por cuanto el objeto social, según destacamos en su momento, viene a acotar o fijar los límites del interés social, correspondiendo, en definitiva, a aquello que los propios accionistas, en el contrato mismo de sociedad, determinaron como el medio o forma de ejercitar la actividad societaria y procurarse los beneficios que esperan obtener de la compañía;

b) Que la correspondiente oportunidad de negocio haya sido *conocida* por el director *en su calidad de tal*, es decir, precisamente en razón del cargo o posición específica que posee en la sociedad. En consecuencia, estimamos legítimo que en determinadas circunstancias el director de una sociedad, que por razones ajenas a su cargo tomó conocimiento de un negocio susceptible de ser abordado tanto por él como por la sociedad que administra, opte por su propio interés, privando así a esta última de la expectativa o posibilidad de obtener un provecho del mismo; y

c) Que el director haga uso de tal oportunidad comercial, causando un *perjuicio* a la sociedad. En consecuencia, no cabe formular un reproche de ilicitud a la mera existencia de un conflicto que no se ha traducido, en términos prácticos, en un daño para el interés social. En este sentido, por tanto, no puede decirse que el simple hecho de plantearse intereses contrapuestos origine "*per se*" o en sí mismo una situación ilegítima, siendo lo esencial analizar la forma en que se resuelve el pertinente conflicto.

En nuestra opinión, las conclusiones signadas con las letras b) y c) precedentes se imponen a la luz de lo dispuesto en los N°s 6° y 7° del artículo 42 de la Ley de Sociedades Anónimas.<sup>31</sup> El primero, en cuanto prohíbe a los directores: "Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, *con perjuicio para la sociedad*, las oportunidades comerciales de que tuvieron conocimiento *en razón de sus*

<sup>30</sup> Según lo precisan Brudney y Clark, para la jurisprudencia estadounidense, el carácter necesario, esencial o de valor especial de la oportunidad de negocio aprovechada por el director o gerente se manifiesta *cuando esta oportunidad está vinculada con su giro y sólo si las consecuencias de la privación son tan relevantes como para amenazar la viabilidad de la empresa* (véase la nota 57, caso Kaplan v. Fenton, de 1971). La misma solución se aplica para aquellas oportunidades cuya distracción "daña" la empresa. Con todo, para dicha jurisprudencia, el hecho que la privación de la oportunidad de negocio implique una mera baja de ganancia no implica sanción del director o gerente por haberla aprovechado en vez de la empresa (op. cit., págs. 1016 y 1017).

<sup>31</sup> La necesidad de lesión al patrimonio social también puede predicarse respecto de las situaciones reguladas por el art. 44 de la LSA, cuyo inciso final da a entender, en términos inequívocos, que el reproche jurídico hacia la conducta del director implicado sólo tiene lugar en la medida que con su conducta se irroge un perjuicio a la sociedad.

*cargos*"; y el segundo, al impedirles, en términos generales, "usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social".

Finalmente, el artículo 44 de la LSA regula aquellos casos en que la sociedad pretenda celebrar un acto o contrato en el cual uno o más de sus directores pudiere tener interés. Sin entrar al detalle de la referida norma legal, fácil será advertir que el hecho de que un director, titular de un interés propio o de una persona relacionada a él, pretenda realizar una operación en la cual es también parte la compañía en que desempeña tal función, puede configurar para éste un evidente conflicto con el *interés social*.<sup>32</sup> Sin embargo, ante tales situaciones la ley, en general, no impide al director verificar la correspondiente transacción, sino que establece los medios necesarios para resolver el conflicto, fijando las reglas que debe observar a fin de que su actuación resulte legítima y ajustada a derecho. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otras soluciones seguidas por la legislación comparada, no ha establecido la prohibición genérica de que el director afectado emita su voto, disponiendo en cambio su obligación de revelar la situación de conflicto y exigiendo que se cumplan determinadas condiciones de equidad y transparencia para los efectos de concretar la operación. A nuestro juicio, la alternativa adoptada por nuestra ley parece la más apropiada, toda vez que, habiendo obligación de abstinencia para el director, se corre el riesgo que en una determinada situación la decisión de un asunto relevante quede entregada a la minoría (v.gr. si se trata de operaciones que se pretende realizar con los controladores de la sociedad) y, por la otra, de que en determinado caso no sea posible reunir el quórum mínimo necesario para aprobar la operación, con la consiguiente pérdida de una oportunidad de negocio para la sociedad, si tal fuera el caso.<sup>33</sup> Con todo, debe recordarse que si el acto o contrato de que se trata involucra "montos relevantes", el directorio deberá pronunciarse previamente si éste se ajusta a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado y, en el evento que se considere que no es posible determinar dichas condiciones, el directorio, *con la abstención del director con interés*, puede aprobar o rechazar la operación o, en su caso, designar para estos efectos a evaluadores independientes.

<sup>32</sup> En definitiva, "el conflicto de intereses afecta al administrador cuando éste tiene intereses personales incompatibles con los de la sociedad que representa en un determinado contrato, de tal modo que ésta no habría contratado o lo habría hecho en distintas condiciones de no haber mediado la intervención del administrador implicado". RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *Autocontratación y Conflictos de Intereses en el Derecho Privado Español*, Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris, Madrid, 2005, pág. 338.

<sup>33</sup> Por lo demás, estimamos que la solución comentada, en orden a permitir, bajo ciertas reglas, la participación del director en conflicto de interés no es ajena a otros capítulos de nuestra normativa comercial o económica. Así, por ejemplo, también enfrentan una situación de conflicto los directores de una compañía que es objeto de OPA, no obstante lo cual la ley –también con los resguardos de publicidad necesarios a fin de manifestar tal conflicto– no sólo les permite pronunciarse sobre la conveniencia o inconveniencia de la oferta, sino que, incluso, los obliga a emitir opinión en tal sentido (art. 207, letra c) de la Ley N° 18.045).

## Bibliografía citada

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Relaciones entre el Interés Social y el Interés Personal de los Directores de una Sociedad Anónima", *Revista Actualidad Jurídica*, N° 5, 2001.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los Principios Generales del Derecho*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003.

BARROS B., Enrique, "Derecho y Moral. Consideraciones a propósito del Derecho Civil y Penal de los Contratos", *RDJ*, T. LXXX, N° 2, 1983.

BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1ª. ed., s/a.

BRUDNEY, Víctor, y CLARK, Robert, "A New Look at Corporates Opportunities", *Harvard Law Review*, Vol. 94, 1981.

BRUNETTI, Antonio, *Sociedades Mercantiles*, T. II, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.

BUTLER, Henry, "La Teoría Contractual de la Sociedad Anónima" (Traducido del inglés por la Dra. Ana Di Lorio), *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1993-A, Editorial Depalma, Buenos Aires (artículo publicado originalmente en *George Mason University Law Review*, vol. II, 4, p. 99).

CABANELLAS, Guillermo, *Derecho Societario*, T. I, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993.

CARIOTA FERRARA, Luigi, *El Negocio Jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956.

COLIN, Ambrosio, y CAPITANT, Henry, *Curso Elemental de Derecho Civil*, T. IV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. N° 17, N° 2, 1990.

DE CASTRO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (1971), Madrid.

DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1989.

EMBID IRUJO, José Miguel, "Autonomía de la Voluntad, Estatutos Sociales y Derecho de Sociedades de Capital", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 32, N°s 185-188, Depalma, Buenos Aires, 1999.

ETCHEVERRY, Raúl, "Algunas reflexiones sobre la contraposición de intereses en el ámbito de la dirección de las sociedades anónimas", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

FELIÚ S., Olga, "El Ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios", *Revista Actualidad Jurídica*, Año I, N° 1, enero 2000.

FERMANDOIS V., Arturo, "El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980", *Ius Publicum* N° 4 (2000).

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "El Supuesto de la denominada "Autonomía de la Voluntad", en *Instituciones de Derecho Privado, "Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios"*, Palestra Editores, Lima-Perú y Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2000.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, "Constitución y Autonomía de la Voluntad", *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, T. II, VVAA, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Lexis-Nexis, Santiago, 2005.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, "Fundamentos Constitucionales del Derecho de los Contratos: Intangibilidad, Autonomía de la Voluntad y Buena Fe", *Cuadernos de Extensión Jurídica* N° 6, Universidad de los Andes, Santiago, 2002.

FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

LYON PUELMA, Alberto, *Teoría de la Personalidad*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993.

MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

PIETROBON, Vittorino, *El Error en la Doctrina del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

PORTELLANO DIEZ, Pedro, *Deber de Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de Negocio*, Civitas, Madrid, 1996.

PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Sociedades*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, "Interpretación, Creación y Desviación en el Proceso de Generación de las Normas", Ponencia presentada en el Congreso sobre "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos", realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991.

RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *Autocontratación y Conflictos de Intereses en el Derecho Privado Español*, Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris, Madrid, 2005.

ROIMISER, Mónica, *El Interés Social en la Sociedad Anónima*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, "Principios Constitucionales del Estado Empresario", *Revista de Derecho Público*, Vol. N° 62, 2000, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

ZEGERS, Matías, y ARTEAGA, Ignacio, "Interés Social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, N° 2, 2004.