



Facultad de Derecho

**"EL CONCEPTO DE EMPRESAS RELACIONADAS Y SU APLICACIÓN EN
DIVERSAS ÁREAS"**

Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo para optar al
grado académico de Magíster en Derecho de la Empresa

Por: Mauricio Andrés Flores Melo

Profesor Guía: Matías Cristobal Pascuali Tello

JULIO 2020
CONCEPCIÓN

Índice

INTRODUCCIÓN:.....	3
CAPITULO 1: GRUPOS EMPRESARIALES RESEÑA Y SU REGULACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	4
1.- ANTECEDENTES GENERALES DE LA FIGURA DE GRUPO EMPRESARIAL	4
2.- MARCO LEGAL	5
A) LEY N° 18.045 SOBRE MERCADO DE VALORES:.....	7
B) LEY 18.046, LEY SOBRE SOCIEDADES ANONIMAS ARTÍCULOS 86 Y 87.....	9
(A) INFLUENCIA DOMINANTE O RELACION DE DEPENDENCIA	10
(B) DIRECCIÓN UNITARIA.....	11
(C) PLURALIDAD SUBJETIVA Y AUSENCIA DE PERSONALIDAD JURÍDICA:	11
CAPITULO 2: LA RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO EMPRESARIAL.....	11
2.1 ANTECEDENTES GENERALES.....	11
(A) INTERÉS SOCIAL:	12
(B) INTERÉS DEL ACCIONISTA	13
(C) INTERÉS DE LOS ADMINISTRADORES.....	13
(D) INTERES DEL GRUPO.....	13
2.2 RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.....	13
2.3 TIPOS DE RESPONSABILIDAD	14
(A) RESPONSABILIDAD CIVIL:	14
(B) RESPONSABILIDAD PENAL:	14
(C) RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	15
CAPITULO 3.- RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES DEL GRUPO Y SUS ADMINISTRADORES.	16
3.1 EL ADMINISTRADOR DE HECHO	18
3.2 ELEMENTOS COMUNES DEL ADMINISTRADOR DE HECHO: AUTONOMÍA Y PERMANENCIA	21
3.3 LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO	23
CONCLUSIONES :	24
BIBLIOGRAFÍA.	26

Introducción:

Los grupos de sociedades constituyen una realidad empresarial característica de nuestro tiempo en la que se ejerce, por la entidad que encabeza el grupo, una dirección unificada sobre las diversas personas jurídicas, normalmente sociedades, que lo componen. Así las empresas relacionadas son empresas independientes pero controladas entre ellas. La dialéctica unidad económica-pluralidad jurídica caracteriza al grupo y es el factor que dificulta el logro de un régimen jurídico adecuado para el mismo. La necesidad de hacer patente el reconocimiento del interés grupal en nuestra legislación, radica en que esto permite comprender que en muchas de las ocasiones en que una sociedad se encuentra integrada en un grupo, las decisiones son adoptadas en beneficio del interés del grupo y no necesariamente de una sociedad individualmente considerada. En razón a esta realidad económica y el eventual riesgo de abuso del grupo económico.

Dicho lo anterior, el presente trabajo busca determinar cómo hacer responsable al sujeto que, en los hechos, ofrece directrices y determina el actuar de la sociedad, aún cuando dicho sujeto carezca de una investidura formal dentro del grupo ocasionando perjuicios, ya sea, a la misma sociedad, o grupos de interés, a los accionistas, a los clientes de una empresa a sus trabajadores o socios, partes interesadas que son en definitiva quienes tienen en común su interés o inquietud por un determinado negocio.

Capitulo 1: Grupos empresariales reseña y su regulación en nuestro ordenamiento jurídico

1.- Antecedentes generales de la figura de grupo empresarial

En el mundo moderno la actividad empresarial la realizan los empresarios con la ayuda de un número plural de sociedades formando de esta manera grupos que buscan la optimización de sus actividades mediante la generación de economías de escala. Las razones para constituir estas estructuras pueden ser diversas, las que van desde la necesidad de mejorar su eficiencia en la administración, separando las empresas por actividades, por funciones, por zonas geográficas. Para lograr sus propositos la empresas acuden, desde su estructura dependiendo de sus objetivos y de las necesidades de cada cual a figuras económicas como la integración horizontal de empresas cordinadas o de estructura paritaria donde la empresa matriz controla directamente el 50% o más del capital de un conjunto de empresas, en este tipo de estructura se suman los esfuerzos de varias sociedades que desarrollan una misma actividad o bien actividades complementarias, se genera una suerte de “sociedad de sociedades” en la cual la matriz controlará a sus filiales, financiará sus operaciones y percibirá de éstas sus frutos económicos en forma de dividendos, retiros de utilidades y pago de intereses eventualmente. O bien, a la figura de la integración vertical, a modo de piramide, en la que también se suman esfuerzos de sociedades que se complementan unas a otras para la producción de un determinado bien o la prestación de un servicio en particular en este caso existe una relación de dependencia o dominacion entre las sociedades del grupo, tambien podemos enciontrar grupos empresariales de facto, simoples o culificados, grupos de colaboración subjetiva y en grupos de carácter convencional

En razón a esta realidad económica y el eventual riesgo de abuso del grupo económico y de no transparencia de la información que el mismo le suministra al mercado la Ley ha instaurado un régimen en materia de sociedades matrices y subordinadas estableciendo los efectos que se derivan de las situaciones de control. Se ejerce control cuando el poder de decisión en una compañía está directa o indirectamente sometido a la voluntad de otra u otras personas, a la controlante se le denomina matriz cuando el control lo ejerce de manera directa, a la controlada se le denomina filial y cuando lo ejerce de manera indirecta es decir por conducto de una filial a la controlada se le denomina subsidiaria. De acuerdo con la opinión de la doctrina nacional, un grupo empresarial es el conjunto de sociedades que conservando su personalidad jurídica independiente se encuentran sometidas a una dirección económica unificada y única sobre la base del control, en procura de un objetivo común. Presenta las siguientes características esenciales: a) La existencia de una pluralidad de sujetos de derecho (sociedades) con personalidad jurídica diferenciada; b) El sometimiento de esos sujetos a una “dirección unificada”, en general bajo la influencia decisiva de un controlador; c) La explotación por el grupo de una o más empresas mercantiles, integradas entre sí o no; y, d) La búsqueda de un objetivo común a todas ellas¹

2.- Marco legal

A partir de la crisis del sistema financiero del año 1982, la legislación chilena ha venido incorporando una serie de exigencias en materia de inversión, control, grupos empresariales y personas relacionadas, todas orientadas a regular los efectos de la concentración económica y crediticia que originó precisamente la crisis de la banca en aquella época, La ley N° 18.660, por lo mismo (D.O. de 20 de octubre de 1987), agregó el Título XV de la Ley de Mercado de Valores —LMV—, artículos 96 a 102, con el concreto propósito de reconocer la existencia, primero, y de regular los alcances después— de un fenómeno que si bien venía observándose hace mucho en la práctica societaria chilena y

¹ Revista ACTUALIDAD JURÍDICA N° 32 - Julio 2015, Universidad del Desarrollo , p224

comparada, no había sido abordado aún por el legislador.² Teniendo, además, como objetivos importantes en la creación de esta Ley perfeccionar el régimen jurídico de administración de las sociedades anónimas abiertas, mediante la figura de Gobiernos Corporativos, reforzar la fiscalización del órgano administrador y además hacer más expedita la gestión de administración, ya sea estableciendo plazos para firmar las actas de las sesiones del directorio, permitiéndole contratar asesores especializados, permitiendo que las sesiones del mismo puedan hacerse a distancia; se otorga autorización para representar legalmente a cualquier director para demandar perjuicios en nombre de la sociedad, entre otros. En cuanto a la Ley de Mercados de Valores, esta Ley de Opas, vino a mejorar y perfeccionar la regulación sobre tomas de control de las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones, establece un sistema orgánico y armónico que soluciona las inequidades del mercado, tipifica conductas ilícitas no tipificadas anteriormente, además regula y perfecciona conductas relacionadas con la información privilegiada, entre otras.

La regulación de los grupos empresariales en el derecho chileno no difiere ontológica y conceptualmente de lo que se observa en el derecho continental europeo y en los sistemas del common law, que precisamente lo han orientado e influenciado. La ley, lejos de prohibir o limitar la conformación de tales grupos, reconoce su existencia como una realidad preexistente y afianzada, legítima y hasta necesaria de cara a la organización jurídica de la mediana y gran empresa moderna, interviniendo únicamente para evitar el abuso de la posición de poder o, como apunta Brunett "cuando es necesario para impedir o reprimir cualquier fenómeno degenerativo" Lo dicho supone aceptar, por ende, que el sometimiento del interés de las sociedades dominadas o dependientes al interés colectivo del grupo constituye la manifestación más notoria de un fenómeno económico-jurídico originado en la iniciativa empresarial, que por necesario no ha podido ser prohibido ni restringido por el legislador en términos tales que lo hagan impracticable. Dicho de otra forma, el solo reconocimiento de los grupos empresariales como un fenómeno fundado en el ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad y del derecho de propiedad, funcional además a los

² JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, Grupos empresariales, p.2-5

desafíos de la economía moderna y de los emprendimientos a gran escala, presupone aceptar a su vez la supremacía de ese interés grupal respecto del interés de cada miembro individualmente considerado, en el entendido que la sinergia grupal terminará por compensarlo en un periodo razonable. Cosa distinta son las eventuales consecuencias dañosas que pueda generar la actuación del interés dominante en este ámbito, tanto para el interés de los entes dominados cuanto para sus socios o accionistas y acreedores, pues en tales casos el ordenamiento jurídico debe proporcionar herramientas resarcitorias adecuadas a la dinámica del grupo, fundadas en último término y a falta de regulaciones particulares para los grupos empresariales en el deber genérico de no causar daño a otro.³

a) Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores: en su artículo 96 encontramos la siguiente definición: Grupo empresarial es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten. Forman parte de un mismo grupo empresarial:

i) Una sociedad y su controlador;

ii) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y éste último,

iii) Toda entidad que determine la Superintendencia considerando la concurrencia de una o más de las siguientes circunstancias:

(a) Que un porcentaje significativo del activo de la sociedad está comprometido en el grupo empresarial, ya sea en la forma de inversión en valores, derechos en sociedades, acreencias o garantías;

³ https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000100006#n019

(b) Que la sociedad tiene un significativo nivel de endeudamiento y que el grupo empresarial tiene importante participación como acreedor o garante de dicha deuda;

(c) Que la sociedad sea miembro de un controlador de algunas de las entidades mencionadas en las letras a) o b), cuando este controlador corresponda a un grupo de personas y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial, y

(d) Que la sociedad sea controlada por uno o más miembros del controlador de alguna de las entidades del grupo empresarial, si dicho controlador está compuesto por más de una persona, y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial.

b) Por su parte el artículo 97 señala: Es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones:

i) Asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o

ii) Influir decisivamente en la administración de la sociedad. Cuando un grupo de personas tiene acuerdo de actuación conjunta para ejercer alguno de los poderes señalados en las letras anteriores, cada una de ellas se denominará miembro del controlador.”

El elemento definitorio de la conformación de un grupo de empresas para la ley de Mercado de Valores son los intereses comunes del grupo, o los riesgos financieros comunes de sus integrantes⁴

La ley contempla otros dos que parecen relevantes, uno expreso y otro implícito:

a) En primer término (factor explícito), la LMV exige que el controlador participe en la propiedad del controlado (art. 97 inc. 1°), excluyendo por ende las demás formas de subordinación no participativas.

b) Un segundo factor (implícito), distintivo siempre de la posición de dominio, radica en que el socio o accionista mayoritario o controlador debe actuar necesariamente como empresario, esto es, desarrollando una conducta que va más allá de la mera administración ordinaria de un paquete de acciones

b) Ley 18.046, Ley sobre Sociedades Anónimas artículos 86 y 87

El artículo 86 de la Ley 18.046 sobre sociedades anónimas establece: "Es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores." Y agrega: "La sociedad en comandita será también filial de una anónima, cuando ésta tenga el poder de dirigir u orientar la administración del gestor."

Por su parte el artículo 87 de la Ley 18.046 señala: "Es sociedad coligada con una sociedad anónima aquella en la que ésta, que se denomina coligante, sin controlarla, posee

⁴ VERGARA, Mónica. 2015. El Holding, la dirección laboral común y la calidad de empleado en una sentencia de la Corte Suprema. Revista Labora y Seguridad Social (2): P. 99

directamente o a través de otra persona natural o jurídica el 10% o más de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones, o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar por lo menos un miembro del directorio o de la administración de la misma.” y añade: “La sociedad en comandita será también coligada de una anónima, cuando ésta pueda participar en la designación del gestor o en la orientación de la gestión de la empresa que éste ejerza.”

Los elementos que determinan la existencia de un grupo empresarial son básicamente la influencia dominante que ejerce el controlador y la dirección unitaria orientada hacia la obtención de un objetivo superior:

- (a) Influencia dominante o relación de dependencia: que consiste en la subordinación de unas sociedades a otra, denominada controladora o dominante, la cual, en nombre del grupo, impone la voluntad de éste, ya sea en forma directa o a través de persona relacionada;⁵. Tratándose de los grupos por subordinación –como es el caso de la gran mayoría de grupos empresariales en Chile–, la influencia dominante consiste en la dependencia o subordinación de unas sociedades –las controladas– respecto de otra –la dominante– que define e impone la voluntad de todo el grupo, ya sea directamente o de manera indirecta. El Control es la situación en la que una persona tiene la capacidad de ejercer una influencia dominante sobre una o varias personas jurídicas de tal manera que dicha influencia puede formar ejecutar la voluntad decisiva de las sociedades sometidas al control o dominadas es entonces la situación de control o subordinación consiste en una relación que posibilita colocar a una persona jurídica bajo la influencia dominante de otro sujeto de derecho que por dicha razón tiene la facultad de incidir en el en el gobierno de la primera de la manera que determine. Es importante no confundir la figura de control, subordinación o dependencia societaria con la existencia en sí del grupo empresarial pues siempre que estemos frente al grupo

⁵ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, Grupos empresariales: Notas sobre la responsabilidad del administrador de hecho en el derecho chileno (Estatuto general y responsabilidad por insolvencia) (Santiago, Thomson Reuters, 2015) p.42

se supone la preexistencia de dicho control pero no en toda ocasión que exista un control societario nos encontraremos con la figura de más interés en este escrito cuál es el grupo de sociedades o grupos empresarial en otras palabras no se implica ya con todos los moderación habrá grupo empresarial es indispensable tener.

- (b) Dirección unitaria: que se desprende del anterior elemento, implica que la sociedad dominante ejerce la conducción del grupo y, en ese sentido, lo dirige como un ente económico unido, una empresa pluricorporativa, hacia un objetivo. Se diferencia respecto al primer elemento, en que ya no es sólo el poder que tiene la sociedad controladora para determinar la actividad empresarial de las sociedades dominadas, si no que ese poder más una orientación en un único sentido, al que debe encaminarse cada una de las sociedades del grupo empresarial.
- (c) Pluralidad subjetiva y ausencia de personalidad jurídica: La existencia del grupo, entonces, supone la integración de distintos sujetos con personalidad jurídica propia, en una amalgama corporativa —en lo que aquí interesa— que sin embargo carece de esa personalidad y, por ende, de capacidad jurídica para actuar como tal conglomerado. La búsqueda de un objetivo común a todas ellas

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

Capítulo 2: La Responsabilidad en el grupo empresarial.

2.1 Antecedentes generales: En términos generales responsabilidad se define como la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto

a la obligación de reparar el daño producido⁶. Para definir la responsabilidad derivada de los actos lesivos que genera la dinámica grupal, la responsabilidad de los administradores dentro del grupo empresarial, en efecto, causados ya sea a las sociedades dominadas que lo integran, a sus acreedores o a los accionistas minoritarios en general necesariamente deben tenerse en cuenta los diversos intereses afectados, por un lado, y aquellos otros que por contrapartida han resultado beneficiados por el actuar del administrador de hecho, sea este la sociedad controladora como tal (cuando el interés grupal lesivo surge de y se encuentra en consonancia con el interés manifestado en la junta y en el órgano de administración, según sus respectivos ámbitos competenciales) o los administradores de la dominante en los supuestos de propiedad difusa antes mencionado⁷

Los distintos intereses que confluyen en esta realidad son los siguientes:

- (a) Interés social: Es el fundamento de todos los derechos y obligaciones de los directivos, ejecutivos principales, gerentes y de todos los órganos de la administración de la sociedad, el interés social es aquel que es común a todos los accionistas y diferente al interés particular de cada uno de ellos y que se encuentra relacionado con el objeto y causa de la sociedad que es el motivo que inducen la celebración del contrato social, en este caso la finalidad obtener un beneficio pecuniario y repartirlo entre los socios⁸. El interés social consiste en el propósito de alcanzar la mayor creación de riqueza y valor sostenible para la sociedad y por ende para todos sus accionistas.

⁶ DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO: Sistema de derecho civil. vol. II, Tecnos, 1989, p. 591.

⁷ Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 1, p 131

⁸ Revista Chilena de Derecho, vol. 31 N° 2, p 245

- (b) Interés del accionista, indudablemente dependerá del tipo de sociedad que se trate, sin embargo generalmente consiste en obtener una rentabilidad con el aporte que efectúa a la sociedad, en conjunto a los demás accionistas.
- (c) Interés de los administradores, el de dirigir la sociedad, conducirla de tal manera que las utilidades sean las mayores posibles y buscar así el afianzamiento de la sociedad dentro del mercado, cumpliendo con los deberes fiduciarios que se les ha encomendado. (deber de lealtad y deber de cuidado.
- (d) Interés del grupo, el interés del grupo se traduce en la búsqueda del máximo beneficio y la mayor rentabilidad para todos los integrantes del grupo en su conjunto, lo que no descarta que en el camino pueda generarse un perjuicio para el interés particular de alguno de ellos.⁹ La necesidad de hacer patente el reconocimiento del interés grupal en nuestra legislación, radica en que esto permite comprender que en muchas de las ocasiones en que una sociedad se encuentra integrada en un grupo, las decisiones son adoptadas en beneficio del interés del grupo y no necesariamente de una sociedad individualmente considerada. Además, que muchas veces las sociedades pertenecientes a un grupo son gobernadas no por aquellos que aparecen nominalmente como administradores de tales sociedades, sino por quienes controlan el gobierno del grupo¹⁰

2.2 Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas

La importancia de la responsabilidad de los directores de acuerdo a la ley de sociedades anónimas se deriva no de la manera en que está es aplicada sino del carácter preventivo y de sus disposiciones¹¹. Las sanciones que arriesgan los directores que falten a

⁹ Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 1, p 132

¹⁰ <https://www.elmercurio.com/legal>

¹¹ Revista Chilena de Derecho, vol. 31 N° 2, p 251

los deberes que a su respecto establecen diferentes leyes, como la ley de Sociedades Anónimas y la ley de Mercado de Valores, sin perjuicio del derecho común aplicable, son Civiles, penales y administrativas.

2.3 Tipos de responsabilidad

- (a) **Responsabilidad Civil:** La responsabilidad se puede entender como la obligación que tiene toda persona de indemnizar los daños que ha causado como consecuencia de un incumplimiento o de cualquier otro hecho ilícito. Además de la responsabilidad civil que pueda corresponderle a la compañía, sus administradores en cuanto personas naturales también pueden resultar personalmente responsables. Existen diversas fuentes de riesgo por medio de las cuales los administradores pueden incurrir en responsabilidad en el desarrollo de su gestión corporativa. La responsabilidad civil tiene como propósito asegurar a las víctimas la reparación de los daños privados que le han sido causados, y tratar de poner las cosas en el estado en que se encontraban antes del daño, la sanción de la responsabilidad civil es, en principio, indemnizatoria.

Los administradores tienen la obligación y el deber de cumplir con diversas normas, y además de asegurarse que bajo su manejo y dirección la compañía y sus empleados también lo hagan. En caso contrario pueden verse sujetos a responder. Juan Eduardo Palma, profesor de Derecho Comercial de la U. de Chile, explica que la ley de sociedades anónimas (Art. 41) es muy estricta: los directores son solidariamente responsables y es nula cualquier limitación de responsabilidades para variar o atenuar el grado de responsabilidad, sea en los estatutos o en las juntas de accionistas, lo que plantea una gran diferencia con el artículo 1.547 del Código Civil, que es la regla general en esa materia.

- (b) **Responsabilidad Penal:** Este tipo de responsabilidad tiene como fin responder por todos los daños y perjuicios causados a la sociedad, no a una persona en particular. Esta responsabilidad puede configurarse por actos u omisiones cometidos, ya sea por los directores o por la misma sociedad, pero bien sabemos que quienes deben cumplir

con la sanción que corresponda, será una persona natural, teniendo claro que en las actuaciones cotidianas no las realizan las personas jurídicas directamente, sino que son las personas naturales las que actúan por ellas. Es difícil pensar que las personas jurídicas puedan ser responsables penalmente, por su condición de ente ficticio, salvo por algunas sanciones de carácter pecuniario que pueda proceder en su contra. Esta idea es avalada también por el Código Procesal Penal en su artículo 58 inciso segundo, que contempla el Principio de Personalidad e Inimputabilidad de la Persona Jurídica, que prescribe lo siguiente:

“La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”.

Juan Domingo Acosta, quien se ha desempeñado como profesor de Derecho Penal de las Universidades Católica y Andrés Bello, dice que se debe tener presente que el principio general es que la responsabilidad penal es personal; no se transmite ni se hace efectiva por actos de otros. En ese marco, aparte de delitos contemplados en el Código Penal, como la estafa o la apropiación indebida, la Ley de Mercado de Valores contempla algunos delitos particulares que pueden asociarse a directores de sociedades anónimas, todos de acción penal pública, por lo que pueden ser investigados por el Ministerio Público sin necesidad de denuncia o querrela. También pueden ser condenados por delitos establecidos en leyes especiales. Por ejemplo, el Código Tributario tipifica delitos tales como el de declaración manifiestamente incompleta o falsa, omisión maliciosa de declaraciones exigidas por las leyes tributarias, de reapertura de establecimiento comercial con violación de una clausura impuesta por el Servicio.

- (c) **Responsabilidad Administrativa:** Se trata de la responsabilidad por infracción de normas administrativas o que las leyes suelen sancionar con medidas especiales, como por ejemplo multas, y cuyo conocimiento se encarga a la autoridad administrativa. Distintas leyes establecen hechos que pueden ser objeto de sanciones administrativas. Esta responsabilidad se hace efectiva por medio de diversos entes fiscalizadores gubernamentales. En este sentido, especial importancia tiene la SVS.

De acuerdo al D.L. N°3.538, que crea la SVS, dicha institución tiene por objeto la superior fiscalización de las entidades que participan de los mercados de valores y de seguros en Chile. La SVS debe fiscalizar a toda sociedad anónima abierta, sin perjuicio del sometimiento voluntario de fiscalización de las sociedades anónimas cerradas. Así, a la SVS le corresponde velar porque las personas o instituciones supervisadas, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan la legislación que les sea aplicable.

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

Capítulo 3.- Responsabilidad extracontractual de las sociedades del grupo y sus administradores.

En primer término, alguna doctrina ha planteado la posibilidad de recurrir a las normas comunes sobre responsabilidad extracontractual del Derecho civil, en el entendido que mediante ellas puede hacerse efectiva la responsabilidad por hecho ajeno (art. 2320 C.C.) de las sociedades de un grupo y la de sus administradores de derecho que, sin ser partes de la relación jurídica entre alguno de los miembros de ese grupo y su acreedor, han intervenido

en aquella como terceros causando un perjuicio¹² por el hecho que nos encontramos ante una empresa pluricorporativa, que, si bien se encuentra formada por varias personas jurídicas, y que, en teoría, estas se encuentran dotadas de autonomía, siguen una gestión y dirección empresarial única. El problema, es que el daño o perjuicio se genera a partir de una relación contractual, en principio, donde la responsable será la sociedad dominada, no pudiendo dirigirse contra la dominante, de lo contrario, se permite con ello un desdoblamiento que deja abierta la posibilidad de recurrir a cualquiera de los dos estatutos de responsabilidad que dispone nuestro ordenamiento jurídico, regidos por distintas normas. Por ejemplo, recurrir a la responsabilidad extracontractual por el hecho propio (artículo 2329 Código Civil) para exigir la responsabilidad de la sociedad matriz, no obstante que hay una relación contractual que subyace. En este caso, debería aplicarse el estatuto de la responsabilidad contractual, respecto a la sociedad dominada. Con esto, se va acomodando la normativa para la situación en particular, con el claro propósito de hacer responsable a los directores de la sociedad dominante, o a los individuos que fácticamente, se encuentran a su cargo, lo que genera inseguridad jurídica en cuanto a qué normas han de aplicarse en relación a los plazos de prescripción, la prueba del factor subjetivo de imputabilidad, entre algunos elementos. Se está en el contexto de una relación contractual, sin embargo, se busca la responsabilidad conforme a la responsabilidad extracontractual, siendo que, por definición, éstas tienen ámbitos de aplicación diversos y delimitados, según haya o no una obligación preexistente a la producción de los daños. Con ello, las soluciones se convierten en elucubraciones teóricas que carecen de un sustento legal apropiado y armónico, integrando las lagunas en estas construcciones interpretativas con principios jurídicos o doctrinas extranjeras como el levantamiento del velo societario, las cuales no se encuentran perfecta ni precisamente delimitados.

Otra opción, es exigir la responsabilidad conforme al artículo 2320, es decir, responsabilidad por el hecho ajeno, de personas bajo su cuidado, señalando que, independiente del tipo de relación que exista entre las distintas sociedades, basta con que

¹² Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 1, p136

exista un grado de subordinación, que sea suficiente para poder ordenar y exigir a la dominada, la ejecución y celebración de determinados actos y contratos. Por lo tanto, la sociedad dominante respondería en su calidad de “vigilante o garante”, en el entendido que, la sociedad dominada o isla se encuentra bajo su cuidado o dependencia¹³. incluso, esta relación no ser jurídica, solo económica, ya que lo determinante es la supremacía y poder de dirección que existe de una sociedad sobre la otra. Esto entra en contradicción con la noción que se tiene de grupo empresarial, como empresa pluricorporativa. Sea que actúe en virtud de una sociedad u otra, la empresa es la misma, por lo que no podría haber responsabilidad por el hecho ajeno. El principio de supremacía de la realidad, debe hacerse presente, por la dinámica con que funciona el grupo empresarial, siendo de una importancia fundamental, las participaciones en el capital que existen en las distintas sociedades, donde, muchas veces, son unos mismos accionistas, los que tienen presencia en más de una de las sociedades que conforman el grupo empresarial.

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

3.1 El Administrador de Hecho

La figura del administrador de hecho es una realidad constante e inevitable en el ámbito de las sociedades mercantiles. La característica principal del administrador de hecho es la irregularidad formal de su cargo, o bien en su nombramiento, bien en su vigencia. La causa de dicha carencia o ausencia formal es irrelevante pues lo más determinante es que

¹³ CARVAJAL ARENAS, Lorena, La codificación del derecho comercial chileno y sus ejes, en Revista chilena de derecho, vol.44 no.1, Santiago 2017

desempeña la auténtica gestión de la sociedad de forma autónoma y habitual la fenomenología de esta figura es muy diversa y su identificación depende de la manera en que se manifieste en el tráfico jurídico lo que también afectará a la dificultad probatoria de su asistencia. El profesor Enrique Alcalde ha señalado que en términos generales, la cuestión reviste especial importancia respecto de dos órdenes de materias. Por un lado, la situación del administrador que, para escapar a la responsabilidad que pueda devenir por su gestión, actúa a través de otra u otras personas y, por el otro, en el ámbito de los grupos empresariales, el caso de la responsabilidad de los directores de la sociedad controladora en razón de sus decisiones de administración en la controlada. De manera simple, se entiende por administrador de hecho aquel que sin haber sido legalmente nombrado administrador de una sociedad, actúa, no obstante, como tal. Como bien ha hecho ver la doctrina, lo determinante a la hora de calificar a un sujeto de administrador de hecho es que ejerza de administrador, esto es, que desempeñe una actividad gestora que justifique la imputación de responsabilidad y que en todo caso sea similar o equiparable a la labor que compete al órgano de administración societario formalmente instituido. A fin de establecer si un cierto sujeto exhibe tal condición existen ciertos antecedentes que pueden ser calificados de indiciarios; a saber: (i) que la persona ejerza, efectivamente y en la práctica, una actividad positiva de gestión; (ii) que tal actividad importe una administración reiterada o de cierta permanencia; (iii) que sus actos tengan cierta importancia o intensidad; y (iv) que no haya sido nombrado administrador de la sociedad. Según algunos, a más de tales requisitos sería también menester que el administrador esté investido de alguna forma de poder que le permita ejercer la gestión de la empresa, distinta a la que la ley ha establecido para el administrador de derecho de la compañía. La doctrina que comentamos persigue, en definitiva, que sea posible perseguir no sólo la responsabilidad del administrador de derecho sino que también la de aquel administrador meramente fáctico, dotando así de primacía a la realidad y posibilitando que se haga efectiva la obligación de indemnizar los daños o perjuicios en que puede haber incurrido este último al frente de la gestión de la sociedad¹⁴.

¹⁴ <http://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/13437-profesor-enrique-alcalde-responsabilidad-del-administrador-de-hecho>.

Si bien es cierto esta figura no ha sido especialmente regulada en nuestro ordenamiento jurídico, es posible llegar a consecuencias similares a las propuestas en la legislación comparada por la vía de aplicar principios generales de derecho o teorías que dan cuenta de los supuestos fácticos que subyacen en aquella. Existen, en efecto, en nuestra legislación, diversas disposiciones y principios que podrían permitir a un juez declarar la responsabilidad de personas que no aparecen legalmente investidas del cargo de administrador. Así, por ejemplo, en varios preceptos legales se hace referencia al tema bajo la fórmula "el administrador o el que haga sus veces". Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores; artículos 39 y 61 de la LSA, artículo 50 de la Ley sobre Fondos de Inversión; artículo 99 del Código Tributario y artículo 31 de la Ley 19.995 de Casinos. Adicionalmente, también pueden recurrir en auxilio de esta doctrina institutos generales de derecho privado como la simulación, específicamente por interpósita persona, o las teorías del fraude a la ley y de la protección de la apariencia.

Para hablar de la responsabilidad del administrador de hecho en el derecho societario el primer paso debe ser la identificación del concepto de administrador de hecho, que es un administrador de hecho quien puede serlo y qué características tiene. La doctrina define a los administradores de hecho como "aquellas personas que, sin ocupar o controlar formalmente el órgano de la sociedad, ejercen, por cualquier vía, una influencia decisiva que determina la decisión o las decisiones que ocasionan el daño a la sociedad"¹⁵

En un grupo de sociedades las decisiones de administración en cada una de ellas no siempre las adoptan los administradores de derecho, sino que surge el concepto de administrador de hecho. La figura del administrador de hecho, si bien, es la menos explorada en el Derecho chileno, resulta ser la más efectiva para exigir responsabilidad a aquellos sujetos, que, con sus órdenes, generan un daño a sociedades islas, accionistas y terceros, pese a no situarse formalmente dentro de la relación que concierne a los contratantes, o bien, la relación de donde emana el supuesto de hecho que genera los perjuicios.

¹⁵ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, Grupos empresariales: Notas sobre la responsabilidad del administrador de hecho en el derecho chileno, edición digital, capítulo II; Concepto de administrador de hecho y sus variantes

La figura del administrador de hecho no es extraña en la legislación chilena. Así por ejemplo, el art. 99 del Código Tributario considera responsables de delito tributario y hace extensivas las penas penales respectivas no sólo a los gerentes o administradores de derecho del contribuyente persona jurídica, sino también "a quienes hagan las veces de éstos", lo que constituye una clara alusión a la figura del administrador de hecho o del administrador oculto o en las sombras. Más claro aún es el caso del nuevo art. 463 quáter del Código penal, incorporado por la ley N° 20.720, que contempla la figura del administrador de hecho en su acepción amplia.¹⁶ La doctrina define a los administradores de hecho como "aquellas personas que, sin ocupar o controlar formalmente el órgano de la sociedad, ejercen, por cualquier vía, una influencia decisiva que determina la decisión o las decisiones que ocasionan el daño a la sociedad". es la exigencia de que la persona ejercite, de maneramefectiva, las funciones propias de administración social, ya sean de aquellas de carácter interno (gestión y gobierno) o externas de representación.

3.2 Elementos comunes del administrador de hecho: autonomía y permanencia

La figura del administrador de hecho presenta dos elementos concurrentes, que la identifican: la autonomía o independencia y la permanencia.

- (a) El actuar del administrador de hecho debe ser autónomo: Esto quiere decir que el administrador de hecho debe realizar su gestión sin influencia de terceros y sin seguir, por ende, las directrices o instrucciones de los administradores de derecho. En palabras de Pertiñez, el administrador de hecho realiza "funciones propias de la administración social, con una cierta extensión y continuidad y de manera autónoma, es decir, sin subordinación a un órgano de administración social". El administrador de hecho debe ejercer de manera efectiva las funciones propias de administración social ya sean de aquellas de carácter interno, gestión y gobierno, o externas de representación.

¹⁶ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, Grupos empresariales: Notas sobre la responsabilidad del administrador de hecho en el derecho chileno, edición digital, capítulo II; Concepto de administrador de hecho y sus variantes

(b) Estabilidad o permanencia en el tiempo: La figura del administrador de hecho supone una actuación duradera en el tiempo, descartándose por ende las instrucciones eventuales, aisladas y ocasionales, es decir se necesita demostrar una serie continuada de actos pertenecientes al ámbito propio de la administración social. Así lo sostiene también alguna doctrina. No compartimos sin embargo este criterio, pues además de fundarse en un elemento difuso como es el límite temporal entre lo permanente y lo pasajero, agrega una exigencia que en nada altera —de no concurrir— la conducta del administrador de hecho en sí. Por lo mismo, si el daño provocado a la sociedad del grupo y/o a sus accionistas y acreedores se origina causalmente en una instrucción dolosa o culpable dada por el controlador a la filial, aquélla, aunque sea ocasional —o incluso única—, podrá ser también fuente de responsabilidad para este último y/o para sus administradores de derecho.

El administrador de hecho puede tener lugar en diversos supuestos, los cuales son: a) el administrador irregular; b) el administrador oculto o shadow director; c) el ejercicio de la administración en virtud de vínculos contractuales y d) la existencia de situaciones de control.

Por lo tanto, hay que determinar caso a caso, si realmente al sujeto que se le atribuye la responsabilidad por un perjuicio de una sociedad isla, accionistas o stakeholders, asume aquella calidad y con ello se convierte en sujeto pasivo de una acción de responsabilidad. Los caracteres propios del administrador de hecho, se configuran de manera distinta en cada supuesto, y es más, algunas de estas situaciones, a priori, no constituyen un fraude, como por ejemplo el caso del administrador irregular, cuando el vicio se produce en el nombramiento del director, o bien, cuando expira el cargo y sigue ejerciendo funciones, por falta de nombramiento del sucesor en el cargo, lo que podría hacerse de buena fe.

3.3 Levantamiento del velo societario

La doctrina del levantamiento del velo societario ha sido reconocida ampliamente en el derecho comparado, y en nuestro país, en los últimos años, lentamente se ha ido asentando, captando no sólo el interés de los juristas, sino que también de nuestros tribunales, quienes se han pronunciado expresamente respecto a esta teoría en sus fallos, aún cuando de manera incipiente. Así por ejemplo, nuestro máximo tribunal, en su sentencia de 2 de junio de 2009, caratulada “A.G.F. Allianz Compañía de Seguros Generales S.A. con Sociedad Naviera Ultragas Limitada y 52 Ultramar Agencia Marítima Limitada”¹⁷, la aceptó y la aplicó expresamente, demostrando un esfuerzo por fundamentar sus decisiones en principios que van más allá de lo literal.¹⁸ Sin duda alguna la doctrina del levantamiento del velo en nuestro país no ha sido planteada como una solución general y definitiva ante los abusos cometidos tras una persona jurídica con responsabilidad limitada. La tendencia mayoritaria de nuestra jurisprudencia ha sido intentar las alternativas que, como ya vimos, ofrece el derecho para resolver estos casos, como son la inexistencia, nulidad absoluta, acción de simulación y acción pauliana, y la razón principal de todo esto ha sido la interpretación restrictiva que han hecho nuestros tribunales respecto a las figuras societarias que nuestro ordenamiento regula.

La justicia chilena ha consagrado en la mayoría de sus decisiones un principio de separación absoluta entre la entidad legal y sus socios, lo cual ha llevado a que la doctrina del levantamiento del velo societario haya quedado relegada en el ámbito jurisprudencial a un espacio netamente exepcional.

17 Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 2 de junio 2008, Rol no 1527-2008

18 Urbina, I., “Levantamiento del Velo Corporativo”, en Revista Chilena de Derecho, vol 38, no 1, (2011), p. 164

En definitiva, con la teoría del levantamiento del velo societario, se puede arribar satisfactoriamente al objetivo de hacer responsable a un sujeto, que no cuenta con una calidad formal en las sociedades del grupo, virtud que se le atribuye también a la figura del administrador de hecho. Se considera que la teoría del levantamiento del velo, pese a resultar efectiva, requiere de una mayor fundamentación de las resoluciones que se apoyan en ella, al no contar con un reconocimiento legal. Dicha argumentación, versará acerca de los principios que le sirven de sustrato, y el problema que puede presentarse, es que aquélla no sea satisfactoria, y no guarde uniformidad con los demás resoluciones a las que puedan llegar los jueces, lo que restaría legitimidad en cuanto al contenido de la teoría en nuestro derecho, y vulneraría también uno de los fines del derecho, la seguridad jurídica, al no estar delimitados con integridad y precisión, los caracteres de la figura.

Conclusiones :

La regulación de los grupos empresariales en Chile, es aún incipiente e incompleta. En la legislación se reconoce un modelo orgánico, donde existe subordinación, cuya estructura, puede ser piramidal, donde una sociedad, llamada en la actividad comercial holding, ejerce la dirección de las demás sociedades, por medio de la vinculación que existe entre unas y otras en lo sucesivo, a través de mecanismos de control, siendo el más común, la participación en el capital. En lugar de aquella estructura piramidal, puede existir una radial, donde una misma sociedad es propietaria de las demás simultáneamente. La necesidad de hacer patente el reconocimiento del interés grupal en nuestra legislación, radica en que esto permite comprender que en muchas de las ocasiones en que una sociedad se encuentra integrada en un grupo, las decisiones son adoptadas en beneficio del interés del grupo y no necesariamente de una sociedad individualmente considerada. La tesis central de este trabajo consiste en que en el Derecho chileno se reconoce el interés del grupo de sociedades, como un interés distinto del de las sociedades que lo componen, a partir de lo establecido en el

artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores. Este interés del grupo, desde una perspectiva contractualista, corresponde al interés de los socios de todas las sociedades que pertenezcan al grupo, de manera tal que la instrucción que causa perjuicio a alguna de las filiales, pero que se encuentra en consonancia con el referido interés común ,del grupo, deberá primar sobre el interés de la filial en cuanto ejercicio legítimo de la dinámica grupal. La necesidad de hacer patente el reconocimiento del interés grupal en nuestra legislación, radica en que esto permite comprender que en muchas de las ocasiones en que una sociedad se encuentra integrada en un grupo, las decisiones son adoptadas en beneficio del interés del grupo y no necesariamente de una sociedad individualmente considerada. Además, que muchas veces las sociedades pertenecientes a un grupo son gobernadas no por aquellos que aparecen nominalmente como administradores de tales sociedades, sino por quienes controlan el gobierno del grupo.

Bibliografía.

Libros

- 1) ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, La responsabilidad de los directores desociedades anónimas (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013)
- 2) ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, Responsabilidad del administrador de hecho en El Mercurio legal, Edición Digital, último acceso 05/06/2020.
- 3) CARVAJAL ARENAS, Lorena, La codificación del derecho comercial chileno y sus ejes, en Revista chilena de derecho, vol.44 no.1, Santiago 2017 .
- 4) DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO: Sistema de derecho civil. vol. II, Tecnos, 1989.
- 5) JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, Grupos empresariales: Notas sobre la responsabilidad del administrador de hecho en el derecho chileno (Estatuto general y responsabilidad por insolvencia) (Santiago, Thomson Reuters, 2015) .
- 6) JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el Derecho Chileno, en Revista chilena de derecho, vol.41 no.1, Santiago abr. 2014.
- 7) URBINA MOLFINO, Ignacio, Comentario de jurisprudencia “Levantamiento del velo corporativo. Sentencia de la Corte Suprema de 2 de junio de 2009 (rol N° 1527-2008)” en Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 1, 2011.

- 8) VERGARA, Mónica. 2015. El Holding, la dirección laboral común y la calidad de empleado en una sentencia de la Corte Suprema. Revista Labora y Seguridad Social.

Publicaciones Digitales:

- 1) JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, Grupos empresariales: Notas sobre la responsabilidad del administrador de hecho en el derecho chileno (Estatuto general y responsabilidad por insolvencia) (Santiago, Thomson Reuters, Edición digital 2020).
- 2) Revista ACTUALIDAD JURÍDICA N° 32 - Julio 2015, Universidad del Desarrollo.
- 3) https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000100006#n019, último acceso 4/06/2020

Jurisprudencia Nacional:

- 1) Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 2 de junio 2008, Rol no 1527-2008