

Responsabilidad de Directores y Libre Competencia

Seminario

Centro Libre Competencia

Centro Gobierno Corporativo

Pontificia Universidad Católica

Mayo 10, 2011

José Tomás Errázuriz Grez

Barros & Errázuriz

Abogados

Directorio



Directorio

Reglas Generales

- **Administración de S.A. :**
- ✓ La ejerce Directorio, elegido por la Junta de Accionistas (Art. 31, Ley S.A.)
- ✓ Las funciones de Director no son delegables y se ejercen en sala legalmente constituida (colectivamente) (Art. 39, Ley S.A.)
- ✓ Directorio representa a la S.A. judicial y extrajudicialmente y, para cumplimiento objeto social, está investido de todas las facultades de administración y disposición, salvo las privativas de la Junta de Accionistas (Art. 40, Ley S.A.)

Rol del Directorio

- Directorio tiene a su cargo la "*Dirección Superior*" de la S.A. y no la administración diaria y corriente de la Cía.
- Función de dirección, supervisión y seguimiento de la marcha de la sociedad, dotado de amplios poderes.
- Por eso normativa dispone:
 - ✓ Reunirse, al menos, sólo una vez al mes (Art. 38,Rglto.)
 - ✓ Ejercer su cargo en forma colectiva (Art.39, Ley S.A.)
 - ✓ Ley no exige a directores "*dedicación exclusiva*".

Estándar de Diligencia o Cuidado

- “Los Directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios” (Art. 41, Ley S.A.)
- En consecuencia: Directores responden de “*culpa leve*”.
- Definición (Art. 44 Código Civil) :
 - ✓ “*Es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*”.
 - ✓ “*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa*”.

“Culpa Leve”: Constituye la Regla General

- **Estándar de cuidado:**

- ✓ El de persona diligente que, mediante su participación en el Directorio, dirige los negocios de la sociedad como si tuviera comprometido un interés personal.
- ✓ Para administración adecuada y eficiente, Directores deben gozar de espacio de discreción en desempeño de sus funciones:
 - Para apreciar los negocios de la sociedad; y
 - Para decidir acerca de los riesgos a ser asumidos.
- ✓ Doctrina anglosajona: *"Sound Business Judgment"*

Deberes de Cuidado

- En esencia: Participar en el gobierno y dirección superior de la sociedad, mediante actuación personal e indelegable, colectivamente en sala, sin someterse al arbitrio de terceros y en el solo interés social.
- Directores están sujetos a restricciones de estatutos, en particular respecto del *objeto social* (Art. 40, Ley S.A.)

Deberes Concretos de Cuidado

Directorio debe velar para que:

- ✓ Sociedad lleve sus libros y registros en forma;
- ✓ Sea designado al menos un gerente, que cumpla las funciones que establece la ley, los estatutos, las normas de la SVS y el propio Directorio; y
- ✓ Directorio debe implementar los acuerdos de la Junta de Accionistas.

Deber de Información

- Cada Director tiene derecho a ser informado plena y documentadamente y en cualquier tiempo, por el gerente o el que haga sus veces, de todo lo relacionado con la marcha de la empresa (Art. 39, Ley S.A.)
- No es su obligación generarse esa información por medios propios.
- Criterio SVS: “*Derecho a Informarse*” de *Directores* como contraposición de “*deber fiduciario*” de sus relaciones con la Sociedad y sus Accionistas.

Deberes de Lealtad

- Directores deben proteger intereses de la Sociedad y abstenerse de toda acción que pueda perjudicarla:
- ✓ Directores se deben a la Sociedad y no a quienes los designaron (Art. 39, Ley S.A.)
- ✓ Directores tienen prohibición de usar el cargo para obtención de ventajas indebidas para sí o terceros relacionados en perjuicio de la Sociedad (Art. 42, N°s 6 y 7, Ley S.A.)
- ✓ Solución de “*conflictos de interés*” en contratación (*Operaciones con Partes Relacionadas*) (Art. 44 – S.A. Cerradas- y Título XVI –S.A. Abiertas-, Ley S.A.)

Gerentes y Ejecutivos Principales

- Les son aplicables los deberes de cuidado y de lealtad que la Ley S.A. impone a los Directores, en todo lo que sea compatible con las responsabilidades propias del cargo o función (Art. 50, Ley S.A.):
 - ✓ Estándar de cuidado y diligencia (Art. 41);
 - ✓ Prohibiciones (Art. 42);
 - ✓ Obligación de Reserva (Art. 43);
 - ✓ Procedimientos para Operaciones con Partes Relacionadas (Arts. 44 y 146);
 - ✓ Presunciones de Culpabilidad (Art. 45); y
 - ✓ Obligación de Información (Art. 46).

Ilícito de Competencia

D.L. N° 211

- **Concepto:** Prácticas ejecutadas, individual o colectivamente, que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia o que tiendan a producir esos efectos. (Art. 3º)
- **A título ejemplar:**
 - ✓ Colusión: Acuerdos expresos o tácitos o prácticas concertadas entre competidores, que les confieran poder de mercado, mediante conductas ilícitas;
 - ✓ La Explotación abusiva de una posición de dominio; y
 - ✓ Prácticas tipificadas como ilícitas (predatorias o de competencia desleal), realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Ilícito de Competencia

Consideraciones Genreales

- Modalidades de resultado:
 - ✓ De lesión o daño efectivo a la LC
 - ✓ De peligro concreto a la LC (riesgo efectivo)
- Gradación (impedir, restringir o entorpecer la L.C.):
 - ✓ Se aplica a ambas modalidades;
 - ✓ Debe considerarse al aplicarse sanciones (*proporcionalidad*);

¿ Quiénes pueden ser requeridos (FNE) o demandados ante el TDLC ?

- Fórmula de la Ley: “ *El que ejecute o celebre ...*”
- FNE: “ *Ley de la Competencia se aplica por igual al Estado, a sus organismos y empresas y a los particulares, sin hacer distinción alguna entre nacionales y extranjeros*”
- Por ilícito de LC imputado a persona jurídica (Ej: Sociedad) responde:
 - ✓ La propia persona jurídica; y
 - ✓ Las personas naturales que conforman sus órganos de administración, siempre que se acredite que participaron en la realización de la conducta ilícita.

¿ Quiénes pueden ser requeridos (FNE) o demandados ante el TDLC ?

- Norma de Sanción de Multa (Art. 26, letra c) :
 - ✓ *"Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona **que haya intervenido en la realización del acto respectivo**".*
 - ✓ *"Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma"*
 - ✓ *Prohibición se extiende a cualquier entidad perteneciente al mismo Grupo Empresarial y a sus accionistas y socios.*

¿ Quiénes pueden ser requeridos (FNE) o demandados ante el TDLC ?

○ Solidaridad:

- ✓ *“En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán **solidariamente** del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, **siempre que hubieren participado en la realización del mismo.**”*

Jurisprudencia del TDLC

Casos de Requerimientos de la FNE por “*colusión*”:

1) Respecto de “*Sociedades Anónimas*”:

1.1 **Caso “Farmacias” (Requerimiento de 09/12/2008, en trámite):**

Conducta Imputada: acuerdo para uniformar al alza precios de medicamentos, incrementando poder de mercado, que además se ejerce abusivamente.

Requeridos: Sólo las sociedades . No se dirige acción contra ninguno de sus directores, gerentes o ejecutivos principales.

Decisión: Pendiente.

Jurisprudencia del TDLC

1.2 Caso Sociedad Médica "AM Patagonia S.A (Sentencia N° 74, 2 de Septiembre de 2008):

○ Conducta imputada:

- ✓ Concertación de médicos que ejercen en la ciudad de Punta Arenas, mediante constitución de S.A., para acordar precios de prestaciones médicas en sus respectivas especialidades.
- ✓ Se imputa también haber buscado alcanzar poder de mercado y haberlo ejercido abusivamente.

Jurisprudencia del TDLC

○ Requeridos:

- ✓ La S.A. : "AM Patagonia S.A." : vehículo que ejecuta el ilícito.
- ✓ Los Accionistas (todos médicos): por haber participado en la realización de la conducta.
- ✓ El Gerente General de la S.A. (también médico): por "*haber intervenido en calidad de autores intelectuales y/o promotores del acuerdo colusivo*".
- ✓ Los asesores de la S.A. (un ingeniero comercial y un abogado): *IDEM Gte. Gral*

Jurisprudencia del TDLC

○ **Decisión:**

- ✓ **S.A.:** No fue sancionada.
- ✓ **Médicos/Accionistas:** Se les aplicó multa, como profesionales que se concertaron, sólo en aquellas especialidades en las que ellos representaban un 50% o más de la oferta en Punta Arenas.
- ✓ **Médico/Gerente General:** Multa (doble que anterior).
- ✓ **Asesores:** Se rechaza por falta de prueba.
- ✓ **Petición de disolución de la S.A.:** Se rechaza por innecesario, ya que se transformó en "Ltda" y redujo N° de socios, considerándose no constitutiva de riesgo.

Jurisprudencia del TDLC

2) Respecto de "Soc. Responsabilidad Limitada":

2.1. Caso Buses "Puerto Montt – Los Muermos"
(Requerimiento de 25/01/2011, en trámite) :

Conducta Imputada: Operación como "cartel" de empresas organizadas como Soc. de Resp. Ltda., acordando tarifas y reparto de frecuencias de rutas.

Requeridos: Sólo las respectivas sociedades. No se dirigió contra ninguno de sus representantes.

Decisión: Pendiente.

Jurisprudencia del TDLC

3) Respecto de "Asociaciones Gremiales":

3.1 Caso "Asociación Chilena de Agencias de Publicidad A.G.", "ACHAP"

(Requerimiento de 30/09/2008, en trámite):

Conducta Imputada: Adoptar acuerdos para hacer fracasar procesos de licitación y para repartirse entre asociados el mercado.

Jurisprudencia del TDLC

- **Requeridos:**
 - ✓ ACHAP;
 - ✓ Su Presidente Ejecutivo;
 - ✓ El Presidente y Vice-Presidente del Directorio;
 - ✓ 6 Directores; y
 - ✓ 34 Agencias de Publicidad (S.A. y Ltdas.)

Jurisprudencia del TDLC

Fundamento de acción contra Directores:

- ✓ Conductas habrían sido orquestadas por el Directorio de ACHAP y, en especial, por su Pdte. Ejecutivo.
- ✓ Conductas forman parte de comportamiento ilícito desarrollado en el seno de la asociación gremial, y que éstos por sí y por intermedio de esa asociación ejercieron.

Jurisprudencia del TDLC

3.2 Casos de “Asociaciones de Taxibuses de Transporte de Pasajeros”:

- **Resolución N° 264 (27/Oct./1987)**
- **Resolución N° 373 (22/Junio/1992)**
- **Resolución N° 659 (03/Sept./2002)**
- **Sentencia N° 82 (22/Enero/2009)**

Jurisprudencia del TDLC

- **Resumen:**

- ✓ **Fundamentos Comunes de Requerimientos:**

Acuerdos colusorios, consistentes en acuerdos de precios, exclusión de competidores actuales y entrantes.

- ✓ **Requeridos:**

Además de la Asociación Gremial, todos se dirigieron también contra sus representantes y directores.

- ✓ **Resultados:** Todos se acogieron, pero en sólo 2 casos se aplicaron sanciones a los directores.

Otras Sanciones/Responsabilidades que podrían aplicarse a Directores/Gerentes

- Responsabilidad Civil.
- Responsabilidad Administrativa.
- Responsabilidad Penal

Responsabilidad Civil

1) **Art. 30, DL N° 211:**

✓" La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales, y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario ..."

Responsabilidad Civil

(Art. 30, DL N° 211:)

- ✓ *“El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley”.*

Responsabilidad Civil

2) “*Culpa*” se tendrá por acreditada en proceso civil.

3) Deberá siempre probarse:

- El daño; y
- El nexo causal entre la conducta y el daño.

4) Efectos civiles comprenden:

- Acciones indemnizatorias; y
- Sanciones de “*reparación en naturaleza*” (Art. 26):
 - ✓ *Modificar o poner término a actos, contratos, sistemas o acuerdos;*
 - ✓ *Modificar o disolver personas jurídicas.*

Acciones Indemnizatorias de Terceros contra la Sociedad

- **Regla General**: Todo aquel que haya sufrido daños derivados de la conducta ilícita contra la competencia, sancionada por el TDLC, tiene acción de indemnización contra la Sociedad.
- La Sociedad responde por lo obrado por su órgano de administración (S.A.)

Acciones Indemnizatorias de Terceros contra la Sociedad y sus Directores/Gte.

- **Regla General:**

- ✓ Identidad entre la persona jurídica y sus órganos, de modo que la responsabilidad es – por lo general – privativa de la persona jurídica.
- ✓ Directorio manifiesta voluntad de la persona jurídica.

- **Excepción:**

- ✓ Habrá responsabilidad si les resulta imputable personalmente el ilícito;
- ✓ Participación en la realización del hecho ilícito causante del daño reclamado.

Acciones Indemnizatorias de Terceros contra la Sociedad y sus Directores/Gte.

- Si sentencia del TDLC tuvo por acreditada "participación" de administradores en realización del ilícito:
 - ✓ Víctima/Ddte, tendrá por acreditada:
 - Realización personal de acto ilegal (**Art. 42 N°7, Ley S.A.**).
 - La culpa.
 - ✓ Víctima/Ddte podrá reclamar de los administradores **solidaridad** entre sí y con la Sociedad (**Art. 30, DL N°211; Art.133 Ley S.A.**)

Acciones Independientes de la Sociedad contra Directores/Gte.

- Derecho de la Sociedad a demandar perjuicios causados por hechos dolosos o negligentes de sus administradores:
 - ✓ Art. 41, Ley S.A.: deber de cuidado exigido
 - ✓ Art. 42 N°7 Ley S.A.: prohibición de practicar actos ilegales
 - ✓ Ley declara nula toda estipulación del estatuto social y todo acuerdo de junta de accionistas que tenga por objeto limitar su responsabilidad *ex ante* (Art. 41)
 - ✓ Responsabilidad Solidaria (Arts.41 y 133 Ley S.A.)
 - ✓ Caso “*Acción Derivada*” : Art. 133 bis, Ley S.A.

Acciones Independientes de la Sociedad contra Directores/Gte.

Acción de Reembolso de la Sociedad:

Si administradores han incurrido en incumplimiento de su deber de cuidado con la Sociedad: Podrá exigirle reparar el costo de indemnizar a tercero y de las demás sanciones que le fueren aplicadas.

Acciones de Accionistas contra Administradores de la Sociedad

- De la relación entre directores y accionistas nace deber fiduciario: Legislador otorga acción de responsabilidad a los accionistas contra Directores/Gerentes:
 - ✓ Fuente: Arts. 41 y 133 Ley S.A.
 - ✓ Debe prevenirse “doble indemnización”.
 - ✓ Daño reclamado por el accionista debe ser diferente al daño experimentado por la Sociedad.
 - ✓ Responsabilidad Solidaria (Arts.41 y 133 Ley S.A.)

Sanciones Administrativas S.A.

- **Ley Orgánica SVS (DL N° 3.538):**

Dota a la SVS de la potestad de sancionar las infracciones a la Ley de S.A. y su Reglamento, respecto de S.A. sujetas a su fiscalización, atendido el interés público que representa el cumplimiento de la normativa; sin perjuicio de las sanciones civiles y penales que dichas infracciones pudieren implicar.

Sanciones Administrativas S.A.

- Sanciones aplicables por la SVS a Directores/Gerentes:
 - ✓ **Censura y multas**, por infracciones a leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que rijan a las S.A. o incumplimientos a órdenes e instrucciones de la SVS.
 - ✓ Facultad de SVS para informar a la Junta de Accionistas, para que pueda removerlos de sus cargos.

- Sanciones aplicables por la SVS a la S.A.:
 - ✓ **Censura, multas o revocaciones de la autorización de existencia, en su caso.**

Sanciones Penales

- Ley N° 19.911 (2003) modificó DL N° 211, suprimiendo el delito penal de monopolio.
- Discusión sobre aplicación de norma del Art. 285 del Código Penal, fundado en ilícito de monopolio.
- Art. 285, forma parte del Párrafo que sanciona: *“Crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas”*.

Sanciones Penales

- **Art. 285 Código Penal:**

" Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales"

Director que “Salva” su Responsabilidad

- **Art. 48, Ley S.A.:**

“El Director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio, deberá hacer constar en el acta su oposición, debiendo darse cuenta de ello en la próxima junta ordinaria de accionistas por el que presida”.

