

SEMINARIO COMO HACER NEGOCIOS CON AUSTRALIA  
DESPUÉS DEL TLC, OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS



Desafíos de las empresas en el  
área de gobiernos corporativos

**Responsabilidad de los Directores**

Jorge Carey Tagle  
6 de agosto de 2008



CAREY Y CIA.  
Ltda.  
ABOGADOS

- Temas a Tratar
  - Deberes y responsabilidad de los directores
    - Los deberes de directores tanto en Chile como Australia son similares.
    - En general, si cumple con sus deberes en Chile, cumpliría con los deberes en Australia.
  - Nota sobre manejo de información
- Todo lo que diremos sobre deberes y responsabilidad de los directores es también aplicable a los ejecutivos principales (todos los VP, CEO, CFO, etc. y gerentes).

# Deberes y responsabilidad de los directores en Chile y Australia



CAREY Y CIA.  
Ltda.  
A B O G A D O S

- Los directores no están obligados a adoptar **decisiones acertadas**, en el sentido de que importen siempre buenos y lucrativos negocios.
- Sólo están obligados a adoptar **resoluciones apropiadas**.
- Se trata de una **obligación de medio** y no una **obligación de resultado**.
- “**Decisiones apropiadas**” son:
  - Producto de un procedimiento diligente y con la información necesaria y suficiente.
  - Tomada por directores sin interés en la operación (personalmente o para terceros relacionados) y, en consecuencia, de forma libre e independiente.
  - De buena fe, creyendo razonablemente que es en el mejor interés de la sociedad.


- La ley impone al directorio y a sus miembros los siguientes deberes:
  - deber de cuidado y diligencia (*duty of care*) en el ejercicio de sus funciones;
  - deber de lealtad (*duty of loyalty*) para con la sociedad; y
  - deber de sinceridad (*duty of candor*) respecto a su propia situación y la de la sociedad.
- Esta clasificación o agrupación de deberes tiene su origen en el derecho anglosajón (y está presente en Australia), pero se también se recoge en diversas disposiciones de la LSA de Chile.

- Los directores deben emplear en el ejercicio de sus funciones el **cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios.**
  - La ley establece como mecanismo para determinar el nivel de diligencia un “estándar de conducta”.
  - Dicho estándar, si bien es indeterminado, otorga al juez un parámetro para resolver el caso concreto.
- Obligaciones concretas del deber de cuidado
  - **Informarse y asesorarse** debidamente.
  - **Participar** activamente en el directorio.
  - **Oponerse** a acuerdo ilegales o que no beneficien el interés social.

- En Estados Unidos (y también en Australia) el directorio se beneficia de una regla o presunción que impide al juez cuestionar la forma de administrar la sociedad, en materias propias del negocio social.
  - Aunque involucre una mala decisión de negocios que causa perjuicios a la sociedad o sus accionistas.
  - Siempre y cuando hubiera actuado de forma apropiada.
- El efecto de esta regla es cambiar el peso de la prueba. Corresponde al demandante probar que el directorio actuó en forma inapropiada.
- Probado que la decisión se tomó en forma inapropiada, corresponde al directorio probar su conveniencia o equidad.
- En Chile, si bien esta regla no está reconocida expresamente, se deduce de las disposiciones de la LSA.

- El director debe anteponer el interés de la sociedad por sobre su propio interés o de sus personas relacionadas.
  - El director no puede faltar a los accionistas o a la sociedad a pretexto de defender los intereses de quienes lo eligieron.
  - El deber de lealtad se pone a prueba frente a los conflictos de intereses.
- ¿Cuál es el interés social desde un punto de vista doctrinal?
  - Hay dos posiciones: el de los accionistas solamente o también el de los otros “stakeholders”.

- Evitar acciones que no tenga por objeto el interés social.
- Mantener en reserva y secreto información de la sociedad.
- Evitar exponerse a conflictos de intereses
  - En su caso, informar oportunamente la existencia del conflicto.
- No hacer uso indebido de activos de la sociedad.
- Abstenerse de participar en decisiones en caso de conflicto.
  - Actualmente no es una obligación legal, salvo en caso de operaciones de montos relevante.
- No aprovecharse de las oportunidades comerciales que conozca por su condición de director.
  - La gran interrogante es determinar cuándo una oportunidad comercial es de la sociedad y cuándo es del director o de los accionistas.
  - La actual legislación no resuelve estas interrogantes.



# Resolución de conflictos de intereses (actual legislación chilena)

CAREY Y CIA.  
www.carey.cl

- La sociedad sólo puede celebrar actos o contratos en los que uno o más directores tienen interés cuando dichas operaciones son
  - **conocidas y aprobadas previamente** por el directorio y
  - se ajustan a **condiciones de mercado**.
- Si no se puede determinar si las condiciones de la operación son de mercado, la ley contempla ciertas reglas adicionales (abstención del director conflictuado, evaluadores independientes y aprobación por junta en ciertos casos).
- La ley presume de derecho que determinadas personas tienen interés.
- Se debe informar a los accionistas respecto de las operaciones en que un director tiene interés en la próxima junta de accionistas.

- Los directores no pueden presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas u ocultarles informaciones esenciales.
- Los directores deben proporcionar a los accionistas y al público, las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas de la situación legal, económica y financiera de la sociedad.
  - Caso Enron
- Los directores deben comunicar al resto de los miembros del directorio el hecho de tener interés en una operación de la sociedad.
- Los directores deben informar de las acciones, opciones sobre acciones o derivados referidos a la sociedad que sean titulares.
- Los directores deben informar a los accionistas acerca de la conveniencia de las OPAs

- La responsabilidad de los directores es la consecuencia lógica de los deberes que a éstos le impone la ley y la diligencia que se les exige en el ejercicio de su cargo.
- Presupuesto para que exista responsabilidad
  - **Cometer un acto ilícito.** Infringir la LSA, su reglamento, los estatutos sociales o las normas de la SVS
  - Que dicho acto produzca un **daño** y
  - Que exista un **relación de causalidad** entre el acto lesivo de los directores y el daño.
- Cumplidos los requisitos anteriores, existe obligación legal de indemnizar los perjuicios, además de las eventuales sanciones civiles, penales y administrativas que correspondan.

- Hay que distinguir entre el daño que afecta a la sociedad del daño que afecta a los accionistas.
  - Todo daño a la sociedad indirectamente afecta al accionista, pero el afectado es la sociedad, siendo ésta la única con derecho a demandar.
  - El accionista individual tendría derecho a ser indemnizado, directamente, por los daños producidos por la actuación de los directores que fueran diferentes al daño a la sociedad.
- **Acción derivativa.**
  - El directorio representa a la Sociedad, pero cuando es el mismo directorio el que afecta la Sociedad, no habría quien lo demande. Para eso se creó la acción derivativa o *derivative action*.
  - En Chile existe desde el 2000: Cualquier director o grupo de accionistas con más del 5% de las acciones de la sociedad puede demandar indemnización de perjuicios en nombre y beneficio de la sociedad.
  - En Australia también existe desde el 2000.

# Nota sobre manejo de información y el uso de información privilegiada en Chile y Australia



CAREY Y CIA.  
Ltda.  
ABOGADOS



... cuando la Ley de Mercado de Valores entra en acción.

CAREY Y CIA.

[www.carey.cl](http://www.carey.cl)

- Cuando la sociedad busca financiamiento en el mercado de capitales (colocación de bonos o apertura a bolsa), además de las normas de sociedades, se incorporan normas de la Ley de Mercado de Valores.
- Dos son las normativas principales que un director tiene que tener en cuenta:
  - **Divulgación de información al mercado**
  - **Uso de información privilegiada**

- La sociedad debe entregar continuamente información relevante, en forma veraz y oportuna al mercado.
  - Sobre la sociedad, sus valores y negocios
  - A través de los “HECHOS ESENCIALES”
- La sociedad debe entregar información financiera de la sociedad en forma periódica (trimestralmente).
  - Se cumple en Chile mediante la “FECU”.
- Los directores y ejecutivos principales deben informar al mercado en general sobre las compras y ventas de acciones de la Sociedad
  - La denominada “Circular 585”
- El cumplimiento de estas obligaciones es realizado por la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) en Chile y por la *Australian Securities and Investment Commission* (ASIC) en Australia.



## ¿Informar o no informar?

- Si bien la regulación de valores está diseñada para que información relevante fluya hacia el mercado en general, a veces cierta confidencialidad es también importantes para poder hacer negocios en beneficio de la sociedad.
- En tema de divulgación de información, dos reglas básicas:
  - Es clave ser consistente en el tiempo, en cuanto a la oportunidad, periodicidad y calidad de la información que se entrega.
  - Ante la duda, informar!
    - Sin embargo, hay que tener presente que “*less is more*” (un mensaje breve pero sustancial siempre es mejor).

- Todas las sociedad anónimas abiertas chilenas deben tener un Manual de Manejo de Información, que debe contener los siguientes contenidos:
  - La política y criterios para el manejo y la divulgación de “información esencial” o “información de interés”
  - El órgano de la sociedad encargado de establecer y hacer exigible el Manual
  - Períodos de bloqueo para comprar o vender valores de la sociedad.
  - Mecanismos de protección de la información confidencial.
  - Designación de las personas autorizadas para hablar en nombre de la sociedad, especialmente en su relación con la prensa.

- Tanto en Chile como en Australia la regulación es básicamente la misma:
  - Información privilegiada es cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos.
  - Cualquier persona que tiene información privilegiada (en razón de su cargo, posición, actividad o relación)
    - Debe guardar estricta reserva de la información privilegiada;
    - No debe utilizar la información en beneficio propio o ajeno;
    - No puede comprar o vender los valores respecto de las cuales tiene información privilegiada;
    - Debe abstenerse de comunicar dicha información privilegiada a terceros o de recomendar la compra o venta de esos valores.

- Directores asustados toman malas decisiones y reconocen tardíamente sus errores.
- Una ley benigna y reglamentación mínima que deje al mercado que sancione puede ser, a la larga, mejor que la alternativa.
- Actualmente, si se actúa de buena fe, los riesgos en Chile y en Australia de ser director, son bajos.
- El manejo de la información de la sociedad, sus valores y negocios debe ser un proceso bien estructurado y planificado.
- Todos los directores y ejecutivos principales deben ser conscientes de las restricciones para el uso de información privilegiada, no solo por la responsabilidad personal, sino también por el prestigio de la firma a la que sirven.

SEMINARIO COMO HACER NEGOCIOS CON AUSTRALIA  
DESPUÉS DEL TLC, OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS



Desafíos de las empresas en el  
área de gobiernos corporativos

**Responsabilidad de los Directores**

Jorge Carey Tagle  
6 de agosto de 2008



CAREY Y CIA.  
Ltda.  
ABOGADOS